

EL DELITO DE SECUESTRO

GILBERTO MARTIÑÓN CANO

TESIS DOCTORAL

GRANADA, 2008

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Gilberto Martiñón Cano
D.L.: GR. 2215-2008
ISBN: 978-84-691-6772-4

EL DELITO DE SECUESTRO

Tesis presentada para la obtención del grado de Doctor, presentada por el Licenciado en Derecho Don Gilberto Martiñón Cano y realizada bajo la dirección del Profesor Doctor Don Esteban Juan Pérez Alonso, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada.

Vº. Bº.

El Director

UNIVERSIDAD DE GRANADA

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

AÑO 2008

ABREVIATURAS	22
INTRODUCCIÓN	23

PRIMERA PARTE

CONCEPTO Y BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE SECUESTRO

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO DE SECUESTRO

I. RESEÑA HISTÓRICA DEL DELITO DE SECUESTRO	30
1. Sus primeras conceptualizaciones	30
2. El secuestro regulado en la legislación romana	31
3. El secuestro en la época premoderna	32
4. El secuestro en la época moderna	33
II. DETERMINACIONES CONCEPTUALES	35
1. Tipos de secuestros	35
2. Figuras equiparadas de secuestro	37
A. El “secuestro de aviones”	37
B. El secuestro express	41
C. El secuestro virtual	42
3. El <i>modus operandi</i> de los secuestradores	42
A. Selección de la víctima	44
B. El acecho	44
C. La aprehensión	44
D. El claustro	44
E. El chantaje	45
F. La negociación	45
G. El cumplimiento de la condición	45
H. La liberación del rehén	45
4. Los protagonistas en los secuestros	46
A. El (los)rehén (es)	46
B. El (los) extorsionador (es)	46
a) El rey	47
b) Los caballos	47

c) Los peones	47
d) La torre	47
C. El (los) extorsionado (s)	48
III. CONCEPTO DE SECUESTRO	49
1. Etimológico	49
2. Legal	49
3. Jurisprudencial	50
4. Doctrinal	50
IV. EN RESUMEN: CONCEPTO DE SECUESTRO	52

CAPÍTULO SEGUNDO

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE SECUESTRO

SECCIÓN 1ª. PRESUPUESTOS Y DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE SECUESTRO

I. GENERALIDADES SOBRE EL BIEN JURÍDICO	53
1. El bien jurídico como criterio para determinar la dañosidad social	53
2. Concepto del bien jurídico	55
3. La función interpretativa del bien jurídico	56
4. La afectación al bien jurídico	61
5. Interpretación del delito de secuestro a través del bien jurídico	63
II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA LIBERTAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	64
1. Enfoques necesarios para estudiar la libertad	64
2. El tipo de libertad que tutela en el secuestro	65
3. Diferencia entre los bienes jurídicos protegidos por el delito de secuestro y el de coacciones	65
4. Diferencias entre el bien jurídico protegido en los arts, 163 y 164 del CP y en el artículo 530 del CP	68
5. Concepto genérico de libertad	70
6. El concepto restringido de libertad	72

A. El “concepto negativo de la libertad”	73
B. El “concepto de libertades concretas”	73
7. Concepto de libertad ambulatoria, de movimiento, locomotriz, traslaticia o cibernética	74
8. La voluntad como presupuesto de la libertad. Teoría voluntarista de la libertad	74
9. Momentos en que puede ser atacada la libertad ambulatoria	76
A. Se tiene la potencia de desarrollar la voluntad	77
B. Ya se dio la libre formación de la voluntad de movimiento	77
C. Se está ejercitando la libre decisión de la locacidad	77
D. Cuando ya se decidió el lugar donde quiere estar	77
10. Formas de afectar la libertad ambulatoria	78
11. Tesis de la circunscripción. -Propuesta-	80
12. Formas comisivas de la privación de la libertad	81
A. La violencia: física y moral	82
a) La violencia física	82
b) La fuerza moral	83
B. Los medios fraudulentos	84
a) Engaño de obstáculo imaginario	85
b) Engaño por falas promesa	85
c) Engaño de autoridad fingida	85
d) Hipnosis, los narcóticos, alcohol u otra perturbación de la conciencia	85
e) Prevalecimiento o abuso de una situación de superioridad	86
III. EN RESUMEN: LA LIBERTAD AMBULATORIA	87

SECCIÓN 2ª. TESIS QUE EXPLICAN LA FORMA DE AFECTACIÓN DEL BIEN JURÍDICO DEL DELITO DE SECUESTRO Y CASOS ESPECIALES

I. TESIS DE LA LIBERTAD DEL MOVIMIENTO ACTUAL	88
II. TESIS DE LA LIBERTAD DEL MOVIMIENTO POTENCIAL	90
III. TESIS GARANTISTAS	93
1. La teoría de la escases de bienes	93

2. La teoría de la adecuación social	93
3. La teoría del movimiento humano	93
IV. TESIS DE LA VOLUNTAD PRESUNTA	94
V. TESIS DE LA VOLUNTAD PRESUNTA <i>JURIS TANTUM</i> . PROPUESTA	95
VI. PRINCIPIOS QUE IDENTIFICAN LA AFECTACIÓN A LA LIBERTAD AMBULATORIA	96
1. Principio de circunscripción	96
2. Principio de intensidad	96
3. Principio de que la privación de la libertad sea un fin en si mismo	98
4. Principio de idoneidad en la intimidación	99
5. Principio de existencia material del bien jurídico	99
VII. CASOS DE VÍCTIMAS ESPECIALES EN EL SECUESTRO	101
1. Caso en que el rehén tiene una capacidad física diferente	101
2. Caso en el que el rehén posee capacidad mentales diferentes	102
3. Caso de los presos	103
4. Caso del dormido o inconsciente	104
5. Caso en que el activo le causa la inconsciencia a la víctima	105
6. Caso de los menores	106
VIII. EN RESUMEN: LA TEORÍA EXPLICATIVA DEL BIEN JURÍDICO DEL DELITO DE SECUESTRO	107

SECCIÓN 3ª. LOS BIENES JURÍDICOS IMPLÍCITOS

I. LOS BIENES JURÍDICOS IMPLÍCITOS QUE TUTELA LA FIGURA PENAL DE SECUESTRO	108
1. Posturas en torno a bienes jurídicos distintos a la libertad ambulatoria que contempla el delito de secuestro	108

A. Modificar el bien jurídico, como lo plantea la tesis del “objeto ideológico del delito fin o final de la acción” o anotar otros bienes jurídicos junto al de la libertad ambulatoria	108
B. La segunda solución es considerar que conjuntamente con el delito de secuestro, la libertad ambulatoria, existen más bienes que implícitamente son considerados por la figura penal en cita	109
2. Los bienes jurídicos implícitos que tutela el delito de secuestro	110
A. El patrimonio	110
B. Libertad psicológica	111
C. Un perjuicio económico	112
II. EN RESUMEN: LOS BIENES JURIDICOS IMPLICITOS EN LA FIGURA PENAL DE SECUESTRO	113

SEGUNDA PARTE

ANÁLISIS DOGMÁTICO Y POLÍTICO CRIMINAL DEL DELITO DE SECUESTRO

CAPÍTULO PRIMERO

NATURALEZA Y CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE SECUESTRO

I. NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE SECUESTRO	115
1. Un delito que tutela la libertad ambulatoria como demás bienes jurídicos implícitos	117
2. Un delito con un <i>nomen iuris</i> propio diferenciado del delito de detenciones cometidas por particulares	117
A. Como una detención calificada	117
B. Como un <i>delictum sui generis</i>	118
3. Un delito con independencia conceptual y funcional del de detenciones cometidas por particulares	119
4. Un delito compuesto o complejo	120
5. Un delito de acción	122
6. Un delito de resultado	126
7. Un delito de lesión	127
II. CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE SECUESTRO	128
1. Por su gravedad	128

2. Por su duración, unidad o pluralidad en la acción delictiva. Instantáneo, instantáneo con efectos permanentes, continuados o permanentes	128
3. Por el elemento interno. Doloso o culposo	138
4. Por el número de actos. Unisubsistente o plurisubsistente	140
5. Por el número de sujetos. Unisubjetivo, plurisubjetivo o indiferente	141
6. Por la característica del sujeto activo: Común o especial	141
7. Por la forma de persecución. Privado (de querrela necesaria) o de oficio	142
III. EN RESUMEN: LA NATURALEZA Y CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE SECUESTRO	143

CAPÍTULO SEGUNDO

EL TIPO LEGAL DE DETENCIONES COMETIDAS POR PARTICULARES

I. EL CONCEPTO LEGAL DE LA FIGURA DE DETENCIONES COMETIDAS POR PARTICULARES	144
II. SUJETO ACTIVO: EL PARTICULAR	145
1. Concepto	145
2. Caso en que el activo es funcionario público	146
A. Hipótesis del tipo agravado en el artículo 167 del CP	148
B. Diferencias con el sujeto activo previsto en el tipo legal de detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos establecidas por el artículo 530 del CP	149
a) El artículo 167 CP precisa un delito especial impropio. "No medie causa por delito"	150
b) El dispositivo 530 CP establece un delito especial propio. "Medie causa por delito"	150
3. Caso en que el activo sea miembro de una empresa de seguridad privada	151
4. Caso en que se equipara a los particulares con los funcionarios públicos	153
III. CONDUCTA TÍPICA.TIPO OBJETIVO O ASPECTO EXTERNO	155

1. Acción: Encerrar o detener	155
A. Formas de conceptualizar la afectación al bien jurídico en el delito de detenciones	155
B. Los conceptos de encerrar o detener	157
C. Naturaleza jurídica de los conceptos “encerrar” y “detener”	161
2. Resultado: La privación de libertad	162
A. Requisitos para que se actualice la privación de libertad	163
B. Modos en que se pueden presentar la privación de libertad	163
C. Lugar donde puede darse la privación de libertad	164
D. Formas comisivas de la privación de la libertad	165
a) La violencia: Física o moral	166
a´ Violencia física	166
b´ Violencia moral	167
b) Medios fraudulentos	169
a´ Engaño de obstáculo imaginario	171
b´ Engaño de autoridad fingida	171
c´ Engaño sobre el consentimiento de la víctima	172
c) La hipnosis, los narcóticos, alcohol u otra perturbación de la conciencia	173
d) Prevalcimiento o abuso de una situación de superioridad	173
3. La ilegalidad de la privación de la libertad	175
A. Elemento de la antijuridicidad	175
B. Elemento de la tipicidad que subsume la antijuridicidad	175
C. Elemento de valorización global del hecho	175
D. Algunas consecuencias jurídicas	176
E. Elemento ilegal como un elemento del tipo que subsume la antijuridicidad formal, pero no la material. Propuesta	178
4. Sujeto pasivo: A otra persona	182
A. Concepto	182
B. Hipótesis en que el rehén es una autoridad	183
C. Casos de víctimas especiales	184
5. Marco temporal	184
 IV. CONDUCTA TÍPICA. TIPO SUBJETIVO O ASPECTO INTERNO	 185
1. Forma de imputación subjetiva. Delito doloso	185
2. Ausencia de elementos subjetivos especiales	186
3. El error de tipo	192

A. El error sobre los elementos descriptivos. Encerrar o detener	193
B. El error sobre los elementos normativos: la ilegalidad de la detención	193
C. Consecuencias del error de tipo	193
V. EN RESUMEN: LOS ELEMENTOS TÍPICOS DE LA FIGURA PENAL DE DETENCIONES ILEGALES	195

CAPÍTULO TERCERO EL TIPO LEGAL DE SECUESTRO

I. LA TIPOLOGÍA DE DELITOS RELACIONADOS AL SECUESTRO	196
II. CONDUCTA TÍPICA. TIPO OBJETIVO O ASPECTO EXTERNO	197
1. Secuestro	197
2. Exigencia de alguna condición para poner en libertad al rehén	198
A. Concepto	198
B. Diferencia entre condición y rescate	200
C. Características de la condición	201
a) Quien debe exigir la condición	201
b) Víctima de la condición	202
c) A favor de quien puede exigirse la condición	203
d) Tipo de condición que puede exigirse	204
e) La intención de la condición	204
f) Forma de exigir la condición	206
3. Tipos de secuestro, atendiendo al tipo de condición exigida	206
A. Secuestro financiero (condición de dar)	207
B. Secuestro político (condición de hacer u omitir)	207
a) El secuestro político propio	207
b) Secuestro político impropio	208
C. Secuestro por vindicta	209
D. Diferencias del secuestro con los delitos contra la navegación aérea	209
E. Excurso sobre el secuestro express	210
a) Concepto	210
b) Diferencia del secuestro express con otras modalidades de secuestro	211

c) La problemática del secuestro express	212
a´ Su denominación	213
b´ Existen problemas de concurso	213
d) Solución al secuestro express	213
4. Propuesta para la inclusión del secuestro simulado en el código penal	214
A. En que el activo engañe a los extorsionados exigiendo el cumplimiento de una obligación que en ningún momento esperaba cumplir sino que fue una farsa para conseguir otro ilícito objetivo	214
B. En los casos en que la privación de libertad no sea cierta y se engañe a los extorsionados	214
C. En los casos en que no existe un rehén verdadero pues está coludido con otros para exigir el cumplimiento de una condición	215
 III. CONDUCTA TÍPICA. TIPO SUBJETIVO O ASPECTO INTERNO	 216
1. Formas de imputación subjetiva	216
2. El doble dolo	216
3. Error de tipo	217
A. Concepto	217
B. El error de tipo en el secuestro	218
a) El error en elementos esenciales	218
b) El error en elementos accidentales	219
C. Los supuestos de tipos de error	221
a) El error sobre el objeto	221
b) En el golpe (<i>aberratio ictus</i>)	221
c) Error en el curso causal	222
d) Caso de consumación posterior o anterior a la acción dolosa del sujeto	222
 IV. EN RESUMEN: ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL TIPO LEGAL DE SECUESTRO	 224

CAPÍTULO CUARTO
CAUSAS DE ATIPICIDAD DEL DELITO DE SECUESTRO

I. LA FALTA DE ALGUNO DE LOS ELEMENTOS DE LA DESCRIPCIÓN TÍPICA	226
II. EXCLUSIÓN DEL TIPO OBJETIVO: EL CONSENTIMIENTO	227

1. Su ubicación sistemática	227
2. Requisitos para que el consentimiento opere como una causa de atipicidad	228
A. Que no afecte derechos fundamentales	228
B. Debe existir una clara y libérrima manifestación de voluntad	230
C. Debe darlo una persona mayor de edad y con capacidad de ejercicio	230
D. El “consentimiento” debe existir antes de que comience la detención o el encierro	231
E. El consentimiento debe perdurar todo el tiempo que exista la privación de libertad	231
F. El consentimiento debe ser expreso no tácito	233
G. No es necesario que el secuestrador conozca el “consentimiento” de la víctima	233
H. El “consentimiento” solo puede darlo el titular del bien jurídico	234
3. El error en el consentimiento	234
III. EXCLUSIÓN DEL TIPO OBJETIVO: INEXISTENCIA DE AFECTACIÓN AL BIEN JURÍDICO	237
1. Por inexistencia total del bien jurídico	237
2. Por afectación intrascendente al bien jurídico	238
IV. EN RESUMEN: CAUSAS DE ATIPICIDAD EN EL DELITO DE SECUESTRO	240

CAPÍTULO QUINTO

LA ANTIJURIDICIDAD

I. FORMAS DE INTERPRETAR LA RELACIÓN ENTRE LA TIPICIDAD Y LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DE SECUESTRO	242
II. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN EL CASO DE SECUESTRO	244
1. La legítima defensa	244
A. En los casos de adolescentes es mas probable la legítima defensa putativa que en los adultos	244

B. Es posible la legítima defensa putativa en los casos de error del activo	245
C. Es viable la legítima defensa putativa, cuando existe un desconocimiento de la ley por parte del activo	245
D. En muchas ocasiones si el rehén de secuestro encierra a sus secuestradores, actúa en legítima defensa	246
E. Mientras perdura la privación de libertad es posible actuar en defensa legítima, ya que, en dichos momentos, perdura el ataque al bien jurídico protegido	246
2. El estado de necesidad	246
A. Se priva de la libertad exigiendo como condición para la liberación “algo” que afecta un bien jurídico de igual o inferior calidad que la libertad ambulatoria	247
B. El internamiento de persona mentalmente afectada actuado sin el consentimiento o incluso contra la voluntad del rehén	248
C. El internamiento por situación de enfermedad o adicción o bien para la protección de una persona afectada, actuado sin el consentimiento o incluso contra la voluntad del rehén	250
D. El caso de aislamiento de personas que sufren enfermedades contagiosas	252
3. El cumplimiento de un deber	252
4. El ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo	253
A. Cuando el activo puede disponer de la libertad pero no tiene derecho para exigir la condición	253
B. En el caso en que el activo tenga un derecho legítimo a lo que exige en la condición	253
C. Caso del derecho a la corrección	254
D. Caso en que el activo tiene derecho legal de detención	256
III. EL ERROR SOBRE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN (EXIMENTES PUTATIVAS) EN EL SECUESTRO	258
IV. EN RESUMEN: LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DE SECUESTRO	260

**CAPÍTULO SEXTO
GRADOS DE EJECUCIÓN DEL DELITO**

I. LOS GRADOS DE EJECUCIÓN DEL DELITO	262
II. EL <i>ITER CRIMINIS</i> DEL SECUESTRO	263
III. PARTICULARIDADES DE LAS DISTINTAS FASES DEL <i>ITER CRIMINIS</i> EN EL SECUESTRO	264
1. La fase interna del delito	264
2. La fase intermedia del delito	264
A. La conspiración	265
a) El firme acuerdo entre los activos de cometer un específico delito	265
b) La conducta debe ser dolosa	266
c) Solo pueden ser responsables de conspiración quienes puedan ser autores y no los partícipes del delito proyectado	267
B. La proposición	267
C. La provocación	268
D. Los actos de secuestro que pueden implicar provocación, conspiración y proposición	269
3. La fase externa	269
A. Acto de tentativa	270
a) Diferencia entre la tentativa del delito de secuestro con el de detenciones cometida por particulares	274
b) La tentativa acabada como la inacabada	274
c) Tentativa de delito imposible	277
B. Distinción entre actos preparatorios y ejecutivos en el secuestro	278
a) Criterio para la diferenciación	278
b) Algunos casos limite	279
a´ Cuando el rehén forcejea con los secuestradores logrando liberarse y huir	279
b´ Cuando el rehén es encerrado pero inmediatamente escapa por un lugar no previsto por los secuestradores	280
c´ Cuando el rehén es engañado para ser llevado a un enclaustramiento, pero es liberado o se libera en el camino	280
d´ En el caso de que se utilice la violencia como medio comisivo	281
C. Actos de consumación	282
D. Actos de agotamiento	283
a) La figura atenuada de secuestro, art 164 del CP	283
b) La figura agravada del secuestro prevista en el ordinal 166 del CP	284
c) En la individualización de sanciones	284

IV. EL ERROR DE TIPO AL REVÉS	286
V. EN RESUMEN: LOS GRADOS DE EJECUCIÓN DEL DELITO DE SECUESTRO	287

CAPÍTULO SÉPTIMO

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL SECUESTRO

I. LOS INTERVINIENTES EN LOS SECUESTROS	289
II. LA AUTORÍA EN EL DELITO DE SECUESTRO	291
1. Autor inmediato	291
2. La coautoría	292
3. Autor mediato	294
A. Concepto	294
B. Tipos de instrumentalización de la persona en la autoría mediata	295
a) Actúe atípicamente ya que no se colman los elementos del tipo legal dígase objetivo o subjetivo	296
b) Actúe conforme a derecho, sin antijuridicidad, en razón de que su conducta está amparada por una causa de justificación	296
c) Actúe sin responsabilidad personal	296
d) Actúe con responsabilidad en el supuesto de autoría mediata en virtud del dominio de la organización	296
C. Posibilidad de la autoría mediata en el secuestro	297
D. Tres casos típicos de autoría mediata en el secuestro	298
a) La falsificación de un certificado médico	298
b) La falsa acusación	298
c) Falso testimonio o peritaje	299
III. LA PARTICIPACIÓN	301
1. Inductor	302
2. Cómplices	305
A. Concepto	305

B. Casos de complicidad en el secuestro	308
C. El problema de las calificativas en la complicidad	315
a) Conocimiento	316
b) El tiempo en que se realizó la calificativa	316
IV. PROBLEMAS ESPECIALES DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL SECUESTRO	317
1. El caso de secuestro cometido por cédulas de delincuentes donde los activos se desconocen entre sí, como desconocen que se está cometiendo un secuestro	317
2. Caso en que los activos planeen conjuntamente el delito pero no todos lo ejecutan	318
3. Caso en que un activo priva de la libertad y otro exige la condición para su liberación, sin acuerdo entre ambos	319
4. Caso del abogado que sabe que se cometerá un secuestro y auxilia a los secuestradores	320
5. El caso del mediador	320
A. La naturaleza jurídica de la mediación	321
a) Es una complicidad especial	321
b) Es contingente	322
c) Es consciente de la antijuricidad en el sentido que sabe que sus actos pueden favorecer a los secuestradores o al secuestrado	322
B. Las características del mediador	322
C. Requisitos para que el mediador sea castigado penalmente	322
a) Debe tener “poder de influencia” en los secuestradores para liberar al rehén	322
b) Debe de actuar a favor de los secuestradores	323
D. Tipos de mediadores de acuerdo al interés con que actúan	324
a) En favor del extorsionado	324
b) En favor de los extorsionadores	324
c) Sin representación y sin poder efectivo para liberar al rehén	325
E. El fundamento del mediador que no responde penalmente	325
6. El caso de la muchedumbre delincencial	326
V. EN RESUMEN: LA AUTORIA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE SECUESTRO	328

CAPÍTULO OCTAVO
CONCURSO DE DELITOS Y DELITO CONTINUADO

I. LOS CONCURSOS EN EL DELITO DE SECUESTRO	332
II. EL CONCURSO IDEAL	332
1. Concepto legal	333
2. Hipótesis de concurso ideal en el delito de secuestro	333
A. Puede presentarse un concurso ideal si el sayón al secuestrar conjuntamente con esa misma conducta comete otro delito	333
a) Cuando al privar de la libertad conjuntamente se realizan otros delitos	334
b) Cuando al estar extorsionado conjuntamente se cometen otros delitos	334
B. Cuando con el secuestro conjuntamente se actualizan otros delitos	335
C. Cuando con el secuestro se cometen otros secuestros	336
III. CONCURSO REAL	338
1. Concepto legal	338
2. Cuando antes o después del secuestro se comete otro delito	338
3. Cuando con ocasión de un secuestro se comete otro delito	343
4. Caso de concurso real de secuestro con delitos contra la vida o la integridad corporal	343
IV. CONCURSO APARENTE DE NORMAS	347
1. Concepto	347
2. Algunas consecuencias del tema de concurso aparente de normas que se presentan en el delito de secuestro	348
A. Por ser un tipo mixto alternativo	348
B. Por ser un tipo compuesto	348
C. Cuando los verbos típicos se presentan distanciados en el tiempo	349

D. Caso del secuestro calificado con la agravante de fingimiento de autoridad	349
E. Caso del secuestro calificado con la agravante que requiere que el ofendido sea funcionario público	350
V. DELITO CONTINUADO	351
1. Concepto legal	351
2. Necesidad de identidad de rehén para que se actualice el delito continuado	351
VI. EN RESUMEN: CONCURSOS EN MATERIA DE SECUESTRO	354

CAPÍTULO NOVENO

TIPOS AGRAVADOS

I. POR EL TIEMPO DE LA RECLUSIÓN	357
1. Enunciación legal	357
2. Fundamento de la agravante	357
3. Momento en que debe computarse la calificativa	358
4. Crítica	358
II. POR UNA SITUACIÓN DE SUPERIORIDAD DEL VICTIMARIO EN RELACIÓN A LA FRAGILIDAD DE LA VICTIMA	360
1. Enunciación legal	360
2. Por simulación de autoridad o función pública	360
A. Fundamento	360
B. Características	360
C. Fin de la simulación	362
D. Imposibilidad de la concurrencia de la calificativa de simulación con la prevista en el artículo 22.2 del CP	363
E. Crítica	363
3. La víctima fuere menor de edad o incapaz	364
A. Por minoría de edad	364
a) Los que se encuentran en el supuesto	364
b) Crítica	364
B. Por incapacidad del rehén	365

4. Que la víctima sea un funcionario público en ejercicio de sus funciones	367
A. Los que se encuentran en el supuesto	367
B. Razón de la calificativa	368
C. Requisitos para su actualización	368
5. Requisitos generales para que se tengan por acreditadas las calificativas que atienden a especiales debilidades del rehén	369
III. POR DESAPARICIÓN DEL REHÉN	370
1. Concepto legal	370
2. Naturaleza jurídica	370
A. Corriente que sostiene que se trata de un delito de “sospecha o presunción de homicidio”	370
a) Porque el secuestrador tiene la posición de garante de la vida del rehén	371
b) Por razones de política criminal	371
B. Corriente que precisa que la calificativa es un “precepto necesario”	372
a) Por el interés superior de la víctima sobre el derecho de defensa del secuestrador	372
b) Por el “principio de conservación de las disposiciones legales”	375
c) Corriente que precisa que la agravante tiene características <i>sui generis</i> que obedecen a razones de política criminal	375
3. Requisitos para su integración	376
4. Efectos procesales de la figura de desaparición forzosa de personas	378
5. Propuesta de desaparición de la agravante	380
IV. POR SER AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO	383
1. Enunciación legal	383
2. La naturaleza jurídica	383
3. Requisitos para su actualización	384
A. Que se trate de una autoridad	384
B. Actúe fuera del ámbito de su específica competencia	385
C. Se prevalece de su cargo	385
D. No medie causa por delito	385
V. CONCURRENCIA DE DIVERSAS AGRAVANTES	392
VI. PROPUESTAS	394

1. Precepto a derogarse	394
2. Precepto a modificarse	394
3. Calificativas que deben agregarse atendiendo a la vulnerabilidad de la víctima	394
4. Atenuante que debe ser incluida	395
VII. EN RESUMEN: LAS AGRAVANTES DEL SECUESTRO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL	396

CAPÍTULO DÉCIMO
SECUESTRO ATENUADO

I. ENUNCIACIÓN LEGAL	398
II. NATURALEZA JURÍDICA	399
1. El “cuasipunto de plata”	399
2. La tesis que se fundamenta en cuestiones de política criminal	400
III. REQUISITOS PARA SU INTEGRACIÓN	401
1. Elemento objetivo. La liberación	401
A. Si hay solo un secuestrador	401
B. Si hay más de un secuestrador	401
2. Elemento subjetivo. Que la liberación sea espontánea y libre	403
A. Debe ser del culpable del secuestro	403
B. Voluntaria y libre	403
a) Concepto	403
b) Criterio que precisa la no necesidad de voluntad para que se actualice la atenuante	405
c) Forma de probar la voluntad libre y espontánea en la liberación del rehén	405
3. Elemento temporal o limitación cronológica. Dentro de un plazo de tres días	406
4. El resultado del secuestro. Que los secuestradores no hayan conseguido su propósito	409
IV. CRÍTICA	411

V. EXCLUSIÓN DE OTRAS ATENUANTES	412
VI. EL ERROR SOBRE EL TIPO ATENUADO	413
VII. EN RESUMEN: LA FIGURA ATENUADA DE SECUESTRO	416
BIBLIOGRAFÍA	417

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AP	Actualidad Penal
Arts/s	Artículo/s
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Cfr	Confrontar
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Coord/s	Coordinador/es
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
Dir/s	Director/es
D.F.	Distrito Federal
DO	Diario Oficial
Ed	Edición
Lecrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
Mp	Ministerio Público
Núm	Número
P/pp	Páginas/s
Pássim	En diversos lugares
RFDUG	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Granada
Ss	Siguientes
SAP	Sentencia de la audiencia provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
Vid	Véase. Veáanse
Vol	Volumen

INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es analizar el delito de secuestro en el Código Penal español, tanto desde una perspectiva conceptual, como dogmática y político criminal. La principal razón para la elección del tema ha sido que este delito supone una de las manifestaciones más graves de la criminalidad en el momento actual, desde cualquier punto de vista que se analice, sobre todo en mi país, México.

La hipótesis de la que se parte reside en que el adecuado análisis del bien jurídico del delito de secuestro se constituye en el cimiento de la correcta interpretación de la figura delictuosa, capaz de resolver los diversos casos conflictivos que se presentan en la praxis.

Para comprobar la hipótesis planteada se utiliza la interpretación teleológica de los artículos 163 al 168 del Código Penal español buscando un equilibrio entre “pensamiento sistemático” y el “pensamiento problemático”.

Por esa razón, los conceptos de comprensión necesarios en este encargo son: la historia de los secuestros como quienes participan en ellos, el bien jurídico del citado delito y el análisis dogmático de la figura penal de mérito.

De tal suerte, esta disertación se desarrolla en dos partes. En la primera se examina la historia, los intervinientes en el secuestro y las teorías que explican el bien jurídico. Mientras en la segunda se aborda el análisis dogmático de la pluricitada figura.

Así se precisa que, en el primer fragmento del trabajo se revisan: I. El concepto del delito de secuestro. II. El bien jurídico protegido en el delito de secuestro. III. Las tesis que explican el bien jurídico libertad ambulatoria. IV. Casos de víctimas especiales. V. Los bienes jurídicos implícitos que tutela la figura penal de secuestro.

Previo al análisis del bien jurídico, como conceptos presupuestales, se examina la evolución de los secuestros destacando su elemento

constante que era y es una privación de libertad y los elementos variantes que son los distintos impulsos con los que se comete el delito. Motivos que descubren que la más adecuada clasificación es en financieros, políticos y por vindicta.

De igual forma, se define el delito como la privación de libertad a cambio del cumplimiento de una condición que puede ser de cualquier índole. Aserto en el que se centra la monografía prescindiendo de otras acepciones y otras conductas que aunque similares son ajenas como son los casos de los mal llamados “secuestros de aviones”, “de cadáveres”, “de vehículos”, “de ciberinformación”,...

Enseguida se explora a quienes protagonizan la fechoría: El (los) rehén (es), el (los) extorsionado (s) como el (los) extorsionador (es).

En el caso de los últimos citados y a fin de catalogarlos cuando actúan en grupo y acorde a la manera que intervienen, se propone y expone “un concepto ajedreico” que a la postre funciona como apoyo para distinguir el autor de los partícipes.

A más, se dan apuntamientos del *modus operandi* de los secuestradores que abarcan desde la selección de la víctima, el acecho, la aprehensión, el clausuro, la negociación, el cumplimiento de la condición exigida por los secuestradores hasta la ocasional liberación del rehén. Etapas que apoyan en la diferenciación de las fases del *iter criminis*.

El estudio del bien jurídico expresamente garantizado en el delito de secuestro se formula sobre la base de cinco principios que identifican la afectación al bien jurídico libertad ambulatoria, a saber: de circunscripción, intensidad, de idoneidad de la intimidación, la existencia material del bien jurídico y que la privación de la libertad sea un fin en si mismo, no un medio para cometer otro delito en el caso de detenciones, como que sea un medio para buscar un fin económico, político o de venganza en el supuesto del secuestro.

El secuestro además de que explícitamente protege la libertad ambulatoria del rehén, implícitamente garantiza las libertades psicológicas

del secuestrado y del extorsionado, a quien también puede afligirse en su patrimonio.

Enclavado en el tema de la libertad ambulatoria se concluye que la voluntad es su presupuesto, por lo que al agredirla también se arremete contra la referida libertad traslaticia. Para explicar este tema se formula la “tesis de la circunscripción” que precisa que el secuestro sólo se actualiza con la demarcación de una persona en un espacio determinado, donde fácticamente se lesione su libertad ambulatoria y, con ello, se descartan los casos en que se impida ingresar a un lugar.

La naturaleza jurídica del bien jurídico del secuestro se describe con la “tesis de la voluntad presunta”, a la que se propone agregar un correctivo que versa en que la presunción es *iuris tantum* y con la que se afirma que toda persona puede ser víctima de secuestro porque tiene derecho a la libertad ambulatoria y se presupone, salvo prueba en contrario de una libre renuncia a la voluntad, que nadie desea ser privado de su facultad ambulatoria.

Con el anterior bagaje de tesis expuestas y propuestas se ensayan y explican casos de víctimas especiales como son: personas con capacidades diferentes, los enfermos catatónicos, los dormidos, los ebrios, los reclusos y quienes tienen restringida su facultad física de locomoción.

Ante el cuadro planteado y con las conclusiones asumidas en el seno del tema del bien jurídico, en la segunda parte de este trabajo se plasma el análisis dogmático del delito de secuestro en el que se incluye: I. La naturaleza jurídica y clasificación del delito. II. El tipo legal de detenciones cometidas por particulares. III. El tipo legal de secuestro. IV. Causas de atipicidad del delito de secuestro. V. La antijuridicidad. VI. Grados de ejecución del delito. VII. Autoría y participación. VIII. Tipos agravados. IX. Secuestro atenuado.

En el tema de la naturaleza jurídica se expone que el secuestro es un delito con un *nomen iuris* propio que se forma de la fusión de los delitos de “detenciones cometidas por particulares” y la “extorsión”. Ambos perdiendo

su autonomía típica integrando un diverso delito con la naturaleza jurídica de ser de acción, como de resultado, además de lesión y caracterizado por ser un delito grave, plurisubsistente, indiferente, de comisión instantánea con efectos permanentes, de perpetración necesariamente dolosa y al mismo tiempo contenedor de un elemento subjetivo especial.

Para el análisis de los ingredientes típicos de la figura penal se afrontan, con detalle, la figura penal de detenciones cometida por particulares, la que es conveniente que se modifique, sustituyendo los verbos típicos “encerrar” o “detener” por “privación de libertad”; así como que se suprima el pleonasma jurídico que se explica y se deriva del dogma “ilegal”. Razonándose las particularidades de la “condición” que se exige como trueque a cambio de la liberación del rehén.

Mientras en las causas de atipicidad se consideran las “genéricas”, como la cara opuesta de las revisadas en el tipo legal y se particularizan las que significan exclusión de la imputación objetiva tales como el “consentimiento en la privación de libertad”, la “inexistencia total de afectación a la libertad ambulatoria” y porqué su trasgresión es mínima sin cumplir con el “principio de intensidad” que requisita la detención.

En materia de antijuricidad se resalta que la simbiosis entre tipicidad y antijuricidad del delito de secuestro acontece de acuerdo a la regla general que señala que la tipicidad es un indicio, pero no constancia plena, de antijuridicidad. Para inmediatamente desplegar las causas de justificación concretas: la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Para la disertación de los grados de ejecución del delito se recurre al *iter criminis* concretamente adaptado al *modus operandi* de los secuestradores, con lo que se exponen los tipos legales de provocación, como conspiración y la proposición para cometer un secuestro, además de la figura en grado de tentativa como la consumada y la importancia, en el específico caso del secuestro, de los actos de agotamiento del delito.

Respecto al contenido de los grados de intervención en el delito se explican a la luz de la “teoría del dominio del hecho”, con la que se llega a la conclusión de que no existe una regla definida para distinguir al autor de los partícipes en el secuestro, ya que el grado concreto de intervención lo determinará el específico papel que desempeñe el responsable y aquí se exponen diversas notas *ad hoc* para auxiliar a su diferenciación en el secuestro.

En tanto, en el tramo de los “concursos” ideal, real y aparente, como el caso del delito continuado acontecidos en el delito de secuestro aunque tienen un tilde singular por ser un delito compuesto y de efectos permanentes, observan las reglas comunes que impregnan a todos los delitos, por lo que a fin de su examen se recurre a diversos casos conflictivos de los que se propone una solución.

Por otro lado, ya en el punto del secuestro agravado se investigan las circunstancias especiales y las situaciones problemáticas de cinco supuestos: a) Por el tiempo de la reclusión. b) Por una situación de superioridad del victimario en contraste con la vulnerabilidad de la víctima. c) Porque el activo es un funcionario público en ejercicio de sus funciones. d) Porque el secuestrador no otorgue información del paradero del rehén. e) Porque el agente del delito es autoridad o funcionario público y no haya mediado causa por delito. En el mismo tema de las agravantes se plantea la necesidad de incluirse otras que atiendan a la vulnerabilidad de la víctima. Del mismo modo se expone la necesidad de sustituir la agravante que atiende a que el secuestrador no otorgue información del paradero del rehén por una atenuante que atienda al caso en que el secuestrador informe veridicamente el paradero del rehén.

Finaliza el discurso con el estudio de la naturaleza jurídica, los requisitos para la integración y las vicisitudes de la “figura de secuestro atenuado”, que reduce el castigo al secuestrador a manera de contraprestación porque se liberó con prontitud al rehén.

En conclusión se intenta proporcionar los elementos necesarios para la correcta comprensión de la figura de secuestro, cuya consecuencia directa es la adecuada resolución de la diversidad de inconvenientes que se dan en la vida real al momento de juzgarlos y como consecuencia indirecta se resaltan los problemas de la normatividad, bosquejando la necesidad de diversos cambios a fin de su perfeccionamiento.

En definitiva, con este trabajo se busca aportar un estudio monográfico sobre la figura legal del delito de secuestro en el Código Penal español, que afiance los conocimientos actuales sobre el mismo y permita progresar en dichos conocimientos con las aportaciones que se realizan de *lege data* y *lege ferenda*.

PRIMERA PARTE

CONCEPTO Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE SECUESTRO

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO DE SECUESTRO

I. RESEÑA HISTÓRICA DEL DELITO DE SECUESTRO

Con el fin de precisar qué es y en qué consiste el delito de secuestro es conveniente hacer una reseña histórica que posibilite saber cómo se ha cometido a lo largo del tiempo y cómo se comete en la actualidad, destacando lo que continúa igual y cuales son las diferencias.

1. Sus primeras conceptualizaciones

El secuestro es una actividad que prácticamente ha existido siempre porque su nacimiento se ubica desde que el hombre se agrupó para la caza¹ y existen viejas referencias de él, tanto en la Biblia como en el Corán,² donde se le conoció como plagio.

En sus inicios el secuestro tuvo varios fines principalmente conseguir mujeres o para derrocar al líder de un población o para ganar dinero o premio de guerra y generalmente se castigaba, al responsable, con la muerte.

Con posterioridad el secuestro fue limitando sus fines a botín de guerra, por el que se sustituyó la practica de matar a los soldados capturados en batalla, por el cambio de ellos cobrando un rescate por su liberación, lo fue llamado *litrum incendiarium*.³

¹ Vid. Clutterbuck, R.: Secuestro y Rescate. Edición en español. Fondo de cultura económica. México, Madrid, Buenos Aires. 1979; p. 18. Góngora Pimentel, G.D.: Evolución del secuestro en México y las decisiones del poder judicial de la federación en la materia. Porrúa. México D.F. 2005; p. 1.

² Cfr. Clutterbuck R.: Secuestro y Rescate..., p. 18.

³ Cfr. Callamand Pinzón, L. y otros autores: La libertad y el delito de secuestro. Pontificia Universidad Javeriana. Ciencias Jurídicas y socioeconómicas. Bogotá, Colombia. 1988; pp. 59 y ss.

Uno de los primeros secuestros documentados fue en Roma en el año 78 A.C. cuando Caius Julius César viajaba en un barco mercante a la isla de Rodhas siendo privado de su libertad por piratas quienes pidieron un rescate de 20 “talentos”, lo que, según la anécdota, molestó a César quien pensaba valer más, al menos 50, dicen que dijo. Después de pagar el rescate y haber sido liberado, César persiguió a los autores, capturando a 350 piratas y recuperó el dinero del botín.⁴

2. El secuestro regulado en la legislación romana

Al paso del tiempo, en el auge romano, el secuestro se conceptualizó como “*crimen plagium*”⁵ o sencillamente plagio, que deriva de la voz latina *piaga*, plaga que significa calamidad.⁶

En aquel tiempo, el plagio era sancionado por la ley militar y abarcaba tres formas: Una como el apoderamiento de un hombre libre, generalmente prisionero de guerra; otra fue la retención y aprehensión de un esclavo con los perjuicios para su dueño; y, la tercera modalidad, consistió en el llamado “*crimen vis*” versante esencialmente en la violencia física o moral utilizada contra una persona para obligarla a ejecutar u omitir una acción.⁷

Luego, después de Cristo, también en Roma, se definió el plagio como: “El hurto de hijos o siervos ajenos para servirse de ellos o venderlos

⁴ Cfr. Consultores ex profeso: El secuestro (análisis dogmático y criminológico). Porrúa. México, D.F. 1998; pp. 4 y ss.

⁵ Vid. Ma. Elena Leguizamo Ferrer. Secuestro. En diccionario jurídico mexicano. Tomo P-Z Porrúa y UNAM. México D.F. 1994. P. 2878. Callamand Pinzón, L. y otros autores. La libertad y el delito..., p. 58. Góngora Pimentel, G. D. Evolución del secuestro..., p. 1.

⁶ Cfr. Plagio. En real academia de la lengua española. <http://www.rae.es/>. Consultada el 3 de diciembre del 2007.

El término plagio también es utilizado como sinónimo de una red de pesca. Cfr. Weinstein, F.M.: El delito de secuestro extorsivo. Un estudio pormenorizado del artículo 170 del código penal y su interpretación en la jurisprudencia. Omar Favele ediciones jurídicas. Buenos Aires Argentina. 2005; p. 17.

⁷ Vid. Callamand Pinzón, L. y otros autores: La libertad y el delito..., p. 58.

como esclavos”;⁸ dándole, a los rehenes, el mismo trato que a las cosas, pues la pérdida de los siervos fue considerada una afectación patrimonial.

En la misma Roma, pero en la llamada “época de los prácticos”, se reformuló la clasificación sobre plagio en otros tres tipos:⁹ Político o militar, que consistió en alistamiento forzoso de un súbdito, al ejército. Civil, cuando un particular privaba de la libertad a una persona por medio de violencia o engaño con el único propósito de exigir rescate por su libertad. Y, el literario, en el que se especulaba sobre una ganancia sobre una obra ajena, en perjuicio del verdadero autor.

Constituyéndose, el segundo de los mencionados en el párrafo anterior, como un precedente directo, claramente el abuelo, del secuestro de la actualidad.¹⁰

3. El secuestro en la época premoderna

En la edad media, el secuestro fue usado por la realeza, mayormente por “barones” que habían ido a la quiebra y para poder hacerse de dinero secuestraban a mujeres, por las que pedían rescate.

Con posterioridad, Italia registra, informes de la frecuencia de secuestros caracterizados por la privación de la libertad de rehenes, en los bosques, donde eran llevados a enclaustrar en lugares fortificados hasta que se pagaba el rescate.

Fue tan reiterada la comisión de secuestros en Italia que se le llegó a conocer como la Meca del referido y delito¹¹ como que el Papa Sixto V dictó, a principios del año X la llamada “ley pica”, por la que el secuestro dejó de

⁸ Lozano Moreno, A.: Derecho penal mexicano. Porrúa, México D.F. 1968; p. 974.

⁹ Cfr. Díaz de León, M.A.: Secuestro. En diccionario de derecho procesal penal. Tomo II de II. Porrúa. México, D.F. 1989; p. 1323.

¹⁰ Cfr. Díaz de León, M.A.: Secuestro. En diccionario..., p. 1323.

¹¹ Cfr. Díaz de León, M.A.: Secuestro. En diccionario..., p. 1322.

ser regulado por la ley marcial y pasó al fuero civil en donde continuaron los conceptos de rehén y rescate.¹²

Ya en la ley civil, el secuestro se diferenció del plagio, pues el secuestro fue para hombres libres mientras el plagio fue para los esclavos. En aquellos ayeres, tanto el secuestro como el plagio eran regulados como afectaciones patrimoniales y castigados con severísimas sanciones generalmente con la muerte del responsable.

El secuestro se dio prácticamente en todo el mundo, en un principio con diversas particularidades de acuerdo a la región en que se cometían, como los cometidos en Andalucía, donde se conocieron banda que operaban y dirigían el delito desde su casa.¹³

4. El secuestro en la época moderna

El siglo XVII, precisamente en 1678, es que aparece en los anales de la historia el vocablo inglés: Kidnapping,¹⁴ que refería “el robo de infantes” cuyo antecedente fue que en Inglaterra algunas bandas organizadas se apoderaban de niños (kids) para venderlos en Norteamérica, donde se requería mano de obra barata.¹⁵

¹² “(...) Lo que le da colorido especial de maldad a este hecho es la formación de bandas, puestas en lucha abierta con la autoridad que amenazan al gobierno mismo. Pero en este caso ya no nos hallaremos dentro de los términos del mero robo con rescate, sino de una verdadera guerra civil y muy sangrienta, cuyo remedio no debe esperarse del derecho penal, sino de los cañones, y los principios del derecho penal deben reemplazarse por los del derecho de guerra, de una guerra empeñada contra un enemigo feroz e injusto, que al negar cuartel no tiene motivo para esperarlo (...).” Carrara, F.: Programa de derecho criminal parte especial. Vol. IV. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1996; p. 178.

¹³ Cfr. Góngora Pimentel, G.D.: Evolución del secuestro en México y las decisiones del poder judicial de la federación en la materia. Porrúa. México D.F. 2005; p. 2.

¹⁴ Kidnapping: “One who steals childrens (and others), orig. To provide servants and labovres for the americans plantatione”. The oxford of english ethimology. Edited by C.T. Onions. Quinta edición. Gran Bretaña. 1979; p. 505.

¹⁵ Cfr. Consultores Exprofesso. El secuestro..., p. 4.

Posteriormente, en 1853, el derecho penal inglés estableció la sanción de la “servitude”, por la que se reguló legalmente la práctica de canjear un prisionero de guerra por dinero.

Con dichos precedentes llegó el secuestro al siglo XX, donde en sus principios, con la abolición de la esclavitud, mutó la voz plagio por otra latina: “*sequestrare*”¹⁶ abriéndose, una nueva etapa en su historia asumiendo el sitio propio e indiscutible de los delitos que atentan contra la libertad.¹⁷

Entonces, el secuestro no es particular de una región, ni de un tiempo determinado.¹⁸ En la actualidad, a principios del siglo XXI, continúa acrecentándose tanto con diversos fines como con distinto tratamiento punitivo.

El factor que incrementa el número de secuestros es una relación costo-beneficio. Es decir si es fácil cometerlos y altos los dividendos, el delito en mención se incrementa; y viceversa, si es difícil cometerlo y bajos los dividendos, el delito decrece.

Ahora, las condiciones de costo-beneficio obedecen a múltiples factores entre otros: Corrupción, la impunidad de los secuestradores, la ineficiencia de los órganos de justicia etcétera.

En suma, el secuestro en la presente época es una privación de libertad para conseguir cualquier fin que puede ser: Obtener un rescate, causar un daño (sea este físico o mental) o adquirir un favor político.

¹⁶ Vid. Callamand Pinzón, L. y otros autores: La libertad y el delito..., p. 52.

¹⁷ Vid. Díaz de León, Marco Antonio. Secuestro. En diccionario..., p. 1322.

¹⁸ Vid. Jiménez Órnelas, René A.: El secuestro: Uno de los males sociales del mexicano. En el secuestro. Problemas sociales y jurídicos. UNAM. México D.F. 2002; p. 16.

II. DETERMINACIONES CONCEPTUALES

La historia del secuestro muestra que ese nombre no ha tenido ni tiene una única significación, por lo que es necesario identificar lo que es y diferenciarlo de otras conductas similares.

1. Tipos de secuestros

La historia de lo secuestros muestra un elemento permanente, que es la privación de libertad y el elemento mudante son los fines que han perseguido los secuestradores.

Por lo que, a fin de clasificar los distintos tipos de secuestro debe atenderse a su elemento variante, es decir, a la intención de los activos, de donde se desprende que los secuestros pueden ser:

- Financiero, que persigue obtener un lucro.
- Por venganza, que busca causar un daño.
- Político, que tiene esa intencionalidad.¹⁹

No se pasa por alto que existen muchas clasificaciones del delito de secuestro pero atienden a cosas ajenas a la finalidad del activo²⁰ pero la que

¹⁹ Sobre este tipo de secuestros y los efectos que producen ver De la Grange, B.: La multinacional FARC. En letras libres. Revista mensual. Año X. Número 115. México D.F. Julio 2008; pp. 14 y ss. Palacios, M.: Las FARC y la paz en Colombia. En letras libres. Revista mensual. Año X. Número 115. México D.F. Julio 2008; pp. 70 y ss.

²⁰ Existen diversas clasificaciones del delito de secuestro, pero atendiendo a diversos factores ajenos a la intención de los activos. Entre otras se les clasifica en:

- 1.- Secuestro simple.
 - A. Rapto
 - B. Simple propiamente dicho.
- 2.- Secuestro extorsivo.
 - A. Económico.
 - B. Político.
- 3.- Secuestro profesional.

-
- 4.- Secuestro improvisado.
 - 5.- Secuestro de aviones.
 - 6.- Secuestro de vehículos.
 - 7.- Autosequestro.

Esta clasificación, con independencia de que no atiende a la finalidad del responsable, no se comparte que el rapto y el “secuestro de vehículos” sean parte del delito en mención pues, en el rapto el fin del activo es distinto al que se persigue en el secuestro y no puede ser considerado secuestro de un bien inanimado porque no existe bien jurídico. Cfr. Jiménez Órnelas, R.A.: El secuestro..., p. 22.

Otra clasificación de secuestros los divide en:

- I.- Secuestro simple, que toca a la privación de libertad pero con fin de que el extorsionado haga algo.
- II.- El secuestro tradicional en el que se priva de la libertad a un empresario, ejecutivo o político por un grupo de secuestradores cuyo líder generalmente los demás partícipes no conocen.
- III.- Secuestro extorsivo.
 - 1.-Secuestro extorsivo económico.- Que versa en el extorsionamiento con un fin patrimonial.
 - 2.- Secuestro extorsivo político.- Que trata de la extorsión para chantajear al gobierno.
- IV.- Secuestro express.- Secuestro que se ejecuta en poco tiempo, sin logística, donde se busca extorsionar por la cantidad que en ese momento tienen los extorsionados.
- V.- Secuestro económico.- Secuestro que busca una ganancia económica.
- VI.- Secuestro político.- Aquel que se priva de la libertad para allegarse fondos para fortalecer una causa política.
- VII.- El narco secuestro.- Que es el que ejecutan los narcotraficantes.
- VIII.- Secuestro virtual. Que no es un secuestro, sino una amenaza de que se va a cometer un secuestro.
- IX.- Secuestro cibernético.- Es una amenaza que se hace llegar vía Internet, de que se va a cometer un secuestro.
- X.- Secuestro científico.- En el que los secuestradores tienen acceso al banco de datos de diversas compañías, lo que utilizan para seleccionar a sus víctimas.
- XI.- El autosequestro.- En el cual se simula un secuestro generalmente para solventar un gasto de índole financiero o familiar. Cfr. Góngora Pimentel, G.D.: Evolución del secuestro..., pp. 48 y ss.

La precedente clasificación no tiene un orden, como que la clasificación atiende a una casuística inadecuada, pues la clasificación no puede atender a particularidades del secuestro si a las reglas generales que permitan agrupar a los que tienen pautas comunes.

Otra clasificación precisa que el secuestro se divide en:

- I.- Simple, que es cometido por delincuentes si experiencia actúan sin logística.
- II.- Extorsivo o profesional, que comente la delincuencia organizada de carácter transnacional.

se propone afirmamos que es la más adecuada ya que, al referirse a la intención del agente del delito, descubre el tipo de condición que se exige a cambio de la liberación del rehén y dicha “condición” es un elemento de la figura penal de secuestro en el Código Penal Español.

Tampoco se ignora que doctrinalmente se hace referencia a figuras equiparadas al secuestro por la similitud que tienen con el delito en estudio, pero que realmente no lo son. Caso de: “secuestro de aviones”, “secuestro de cadáveres”, “secuestro de vehículos”, “secuestro express”, “secuestro virtual” entre otros.

2. Figuras equiparadas de secuestro

A. El “secuestro de aviones”

Se ha llamado secuestro de aviones la toma, por las armas, del mando de una aeronave reteniendo a la tripulación como a sus pasajeros, a fin de exigir el cumplimiento de una condición.²¹

Del análisis de sus elementos se tiene que implican una triple afectación: a) Privación de libertad ambulatoria de pasajeros y tripulantes; b) la libertad de decisión de quienes se exige el cumplimiento de una obligación a cambio de liberar a los privados de la libertad y devolver el avión; y c) la “circulación aérea”.

Por lo que el llamado delito de “secuestro de aviones” tutela los mismos bienes jurídicos que el secuestro y otro mas concretamente la “circulación aérea”,²² entonces si es un secuestro o mejor dicho un tipo de secuestro.

III.- Político, que tiene la finalidad de que se haga o deje de hacer algo. Cfr. Carrión Tizcareño, M.: El secuestro en México. Editorial Porrúa. México D.F. 2006; p. 57 y ss.

Clasificación que tampoco se comparte por no atender a los fines del activo.

²¹ Vid. Callamand Pinzón, L. y otros autores: La libertad y el delito..., p. 76.

²² Cfr. Fundación Tomas Moro: Apoderamiento ilícito de aeronaves. En diccionario jurídico Espasa. Editorial Espasa Calpe. Madrid España. 2001; p.154.

Aun así, desde un punto de vista semántico, es incorrecta la denominación de secuestro de aviones ya que no se secuestra o se priva de la libertad a una cosa o una aeronave, sino a personas.

Por lo tanto, si la denominación de “secuestro de aviones” es incorrecta semánticamente hablando y el derecho no tiene una “licencia literaria” para modificar el idioma, también desde el punto de vista jurídico es incorrecta la citada denominación.

Lo que obliga a sustituir el concepto de “secuestro de aviones” por “secuestro de pasajeros y tripulación de una aeronave con afección a la circulación aérea”. Mismo que nació en 1930 cuando un grupo revolucionario peruano huyó de su país tomando un avión, al que hicieron desviarse de su ruta.²³

Después vinieron réplicas a dicha conducta, ya que se capta la atención internacional y crea una situación de estrés mundial, que se utiliza como plataforma publicitaria de distinta índole: Evasión, el enriquecimiento mediante el pago de una recompensa, la propaganda para una causa política, el secuestro de un pasajero célebre, para obtener publicidad, etc.²⁴

²³ Cfr. Villegas Villalobos, A.: Secuestro de aviones. En diccionario jurídico mexicano. Tomo P-Z. Porrúa – UNAM. México D.F. 1994; p. 2880.

²⁴ Ejemplos de casos relevantes: El 6 de septiembre de 1970, el frente para la liberación de Palestina (FPLP) de Georges Habache, desvió cuatro aviones comerciales que iban rumbo a Nueva York; un DC- 8 de la Swissair, un Boing –707 de la TWA y un VC –10 de la British Airlines, desviados hacia el desierto de Zarka en Jordania, así como un jumbo jet de la air-panam, que fue destruido en el aeropuerto del El Cairo. El FPLP reclamaba la liberación de terroristas palestinos detenidos en Suiza, Alemania Federal, Israel y Gran Bretaña. Tras largas negociaciones, emprendidas por la Cruz Roja, con mandato de los gobiernos interesados, los últimos rehenes fueron liberados, después de 24 días, el 29 de septiembre.

El 27 de junio de 1976, un airbus de air france fue desviado hacia Entebbe (Uganda). El 3 de julio, un comando aerotransportado israelí puso fin al acto de piratería con un saldo de tres rehenes muertos, un israelí, veinte ugandeses y siete terroristas.

El 28 de septiembre de 1977 el “ejército rojo” japonés desvió un DC-8 de la JAL hacia Dacca (Bangladesh). Los rehénos fueron liberados en Argel al cabo de cinco días.

El 2 de marzo de 1981 un Boing 720-B de la Pakistan Airlines fue desviado durante 13 días, a Kabul (Afganistán). Un pasajero resultó muerto.

Un análisis completo del delito de secuestro de pasajeros y tripulación de una aeronave con afección a la circulación aérea, exigiría un libro pero incluso en la brevedad antes expuesta muestra que es una especie de secuestro²⁵ que los diferencia del que se analiza en la presente investigación.

El 3 de diciembre de 1984, un airbus A_310 de la Kuwait-airways fue desviado a Teherán. Dos norteamericanos fueron asesinados por los piratas del aire y, el 9, las fuerzas armadas iraníes liberaron a los rehenes.

El viernes 14 de junio de 1985, un Boing -727 de la TWA que iba de Atenas a Roma, fue desviado hacia el Líbano con 145 pasajeros entre los que se encontraban los dos piratas del aire, así como ocho miembros de la tripulación, el avión aterrizó en Beirut, tras dos escalas en Argel, el domingo 16 de junio.

Entre los secuestros memorables merece especial mención el avión de SAM HK-1274, que el 30 de mayo de 1972 cubría la ruta Pereira- Bogotá y cuyo autor fue el paraguayo Alfredo Solano López, en complicidad con un compatriota suyo, Eusebio Borja, para realizar el peripio más largo y angustioso que se recuerde.

Durante 70 horas de vuelo, más de 27.750 kilómetros por cinco países incluidos en su itinerario cuando tocaron aeropuertos de Medellín, Aruba, Caracas, Guayaquil. Lima, Residencia, Mendoza y Buenos Aires, destino final de la odisea.

Otro secuestro que hizo historia por la persistencia del aeropirata sucedió el 24 de julio de 1974, cuando Eduardo Martínez, en su segundo intento por llegar a Cuba, fue dominado a tiros a bordo del HK-1772 en Cali por la policía, cuando varios agentes disfrazados de mecánicos entraron al avión apostado en la cabecera de la pista.

En 1981 en las celebraciones del aniversario de la muerte del libertador Simón Bolívar, en Santa Marta, un comando de M-19 con el ánimo de sabotear los festejos patrios, secuestró el avión HK-1377 de avianca que cubría la ruta Pereira - Bogotá y fue obligado a dirigirse a la capital de Magdalena. Posteriormente voló a Panamá y luego a México para finalizar aterrizando en Cuba con 130 personas a bordo. Cfr. Callamand Pinzón, L. y otros: La libertad y el delito...pp. 77 y ss.

25

Algunos instrumentos internacionales específicos contra el secuestro de aviones:

1.- La convención de Tokio o convención sobre delitos y otros actos cometidos a bordo de aeronaves, del 14 de septiembre de 1963 y entro en vigor el 4 de diciembre de 1969. En este convenio, en lo que interesa al presente trabajo, en el artículo 11 define el apoderamiento de una aeronave "cuando una persona a bordo, mediante violencia o intimidación, cometa cualquier acto ilícito de apoderamiento, interferencia, o ejercicio del control de una aeronave en vuelo, o sea inminente la realización de tales actos, los estados contratantes tomaran todas las medidas apropiadas a fin de que el legitimo comandante de la aeronave recobre o mantenga su control.

2.- Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, o convenio de la Haya, del 16 de diciembre de 1970, que entro en vigor el 14 de octubre de 1971.

En este instrumento, en el artículo 1, se describe el secuestro de aviones: "Comete un delito (que en adelante se "denominara el delito") toda persona que, a bordo de una aeronave en vuelo,

-
- A. Ilícitamente, mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma, o intente cometer cualquiera de tales actos.
 - B. Sea cómplice de la persona que cometa o intente cometer cualquiera de tales actos.”

3.- Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexas cuando estos tengan trascendencia internacional. Washington 2 de febrero de 1971.

En el precepto 2 establece que son delitos de trascendencia internacional, los de índole doméstico, con cualquier fin como el secuestro.

4.- Conferencia de Montreal o convención para la represión de actos de violencia efectuados en contra de la aviación civil, del 23 de septiembre de 1971.

En este pacto se definen el delito de secuestro de aviones y diferentes modalidades, tales como: Violencia a bordo de una aeronave, si se pone en peligro la seguridad de la nave, dañar y destruir las instalaciones, poner en peligro la seguridad del avión dando información falsa.

La finalidad de este tratado es que las conductas que prevé sean castigadas, aunque no se encuentren previstas en las leyes domésticas, dando la oportunidad de acción legal internacional.

5.- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil. Londres, Moscú y Washington. 11 de octubre de 1971 que entro en vigor el 26 de enero de 1973.

En el se establece como catalogo de delitos contra los aviones:

Realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo, actos de violencia.

- A. Destruya o cause daños a una aeronave en servicio.
- B. Coloque o haga colocar un artefacto o sustancia capaz de destruir tal aeronave o la ponga en peligro.
- C. Destruya o dañe las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbe su funcionamiento.
- D. Comunique a sabiendas informes falsos poniendo con ello en peligro la seguridad de la aeronave.

6.- Resolución 3034 (XXVII) de la asamblea general de la ONU de 18 de diciembre de 1972, sobre las medidas para prevenir el terrorismo.

7.- Convención contra la toma de rehenes, Nueva York, 1979; aprobada por la Asamblea General; 96 Estados Partes; los Estados Partes acuerdan que la toma de rehenes es reprimible por penas adecuadas; prohibir ciertas actividades dentro de sus territorios; intercambiar información; y llevar a cabo procedimientos criminales y de extradición. Vid. ONU. Las naciones unidas y las medidas para eliminar el terrorismo internacional (1963-2001). En <http://www.unit.org.ar/sigloXXI-terrorismo.htm>. Consultado el 2 de septiembre del 2002. Como Székely, A.: (Compilador). Instrumentos fundamentales del derecho internacional público. Tomo III de V. UNAM. México, D.F. 1989; pp. 1307 y ss.

B. El secuestro de cadáveres, de vehículos, cibernético, etcétera

Doctrinalmente, existen los incorrectamente llamados: “Secuestro de cadáveres”²⁶ que se refiere al apoderamiento de un cuerpo sin vida para exigir rescate a sus allegados.²⁷ Como “secuestro de vehículos”²⁸ que trata de la toma de unidades motorizadas para utilizarlas en manifestaciones públicas contra el sistema o contra una institución en concreto. Además del “secuestro cibernético”, por el que se entiende el “robo de información” que consta en una base computarizada de datos exigiendo una condición a cambio de regresarla.

No obstante, las conductas antes indicadas metafóricamente hay quienes las llaman secuestros pero no tutelan la libertad ambulatoria de una persona, por lo que son inventos atécnicos y admitirlos implicaría desnaturalizar el verdadero delito de secuestro.

C. El secuestro Express

“Secuestro express” es un concepto usado para referirse a una privación de libertad sin logística, llevado rápidamente y en el que generalmente se exige el pago de una escasa cantidad de dinero.²⁹

²⁶ Casos del mal llamado secuestro de cadáveres son: “En la segunda guerra mundial fueron secuestrados en Milán [...] el cadáver de Mussolini [...] los restos de Petain[...] en 1974 [...] el general argentino Aramburu. Han ocurrido los despojos mortales de célebres artistas [...] María Callas [...] del actor cinematográfico Chaplin. En todos los casos[...] los restos mortales se han recuperado”. Cabanellas, G.: Secuestro de personas. En diccionario enciclopédico de derecho usual. Editorial Heliasta. Vigésimo primera edición. Tomo VII de VIII. 1989; p. 171.

²⁷ Fundamentalmente, los que sostienen la existencia del “secuestro de cadáveres” argumentan que la conducta que describe no es una simple violación de sepulturas con hondos efectos sentimentales; como que tampoco se trata de robo simple ya que el cadáver no tiene una significación en el comercio, salvo los casos de excepción expresamente señalados en la ley. Vid. Reynoso Dávila, R.: Delitos patrimoniales. Porrúa. México, D.F. 1999; p. 171.

²⁸ Término usado entre otros por Jiménez Órnelas, René A.: El secuestro..., p. 24.

²⁹ Cfr. Weinstein, F. M.: El delito de secuestro..., p. 115.

Algunas legislaciones penales, como en México, regulan el “secuestro express” que se refieren a los robos calificados con retención de personas; lo que no se encuentra previsto en la legislación penal española.

Con todo, el “secuestro express” aunque tutela la libertad ambulatoria no tiene la misma naturaleza del “secuestro clásico” pues en este último engendra sus características definitorias por tutelar la libertad ambulatoria y otros bienes implícitos. Mientras el llamado “secuestro express” su bien jurídico tutelado es principalmente el patrimonio.

Ahora bien, pueden darse casos en que el “secuestro clásico” y el “express” hayan afectado la libertad ambulatoria y el patrimonio, pero el enfoque normativo con el que fueron creadas las figuras es distinto porque uno protege principalmente la libertad ambulatoria y otro fundamentalmente el patrimonio.

Diferencia que les da distinta naturaleza jurídica al “secuestro clásico” y al “secuestro express”, identificándolos como figuras penales con un antecedente común pero con diversa prioridad de acuerdo a lo que protegen.

D. El secuestro virtual

El “secuestro virtual” se ha concebido como la extorsión amenazando con un secuestro.³⁰ Ergo no se trata de un secuestro sino del delito de coacciones, por lo que huelga cualquier otro comentario al respecto.

3. El *modus operandi* de los secuestradores

Una mera y general aproximación de la forma en que operan los secuestradores, de acuerdo al *iter criminis*, es:³¹

³⁰ Cfr. Weinstein, Federico M.: El delito de secuestro..., p. 116.

³¹ Existen otras explicaciones del *modus operandi* del o de los secuestradores, como la de Elvira Salgado, quien distingue 10 etapas: Acto preparatorio, plantación (sic), ejecución, acción, desarrollo, contacto, negociación, desenlace, empleo de la fuerza y

consolidación. Salgado, E.: La industria del secuestro. En <http://www.monografias.com/trabajos7/inse/inse2.shtml>. Consultado el 5 de diciembre del 2007.

Otra explicación la de Raúl A. Nieto y Patricio F. Freire Cartagena las etapas de secuestro son las siguientes:

- 1.- Primera etapa. Acciones previas en las cuales se concibe el plan delincencial, se busca la víctima y se conforma el personal operativo para secuestrarlo.
- 2.- Segunda etapa. La ejecución de secuestro, que es cuando se priva de la libertad al rehén buscando, una sorpresa, o la iniciativa, o la fuerza, o la interceptación vehicular, o la amenaza, o el engaño.
- 3.- Tercera etapa. Las negociaciones, que consiste en la fase en los cuales los secuestradores exigen el rescate y acuerdan con los allegados de las víctimas a unas determinadas características del rescate.
- 4.- Cuarta etapa. La liberación del cautivo, que ocurre generalmente cuando ya se ha pagado el rescate, pero también puede acontecer que se halle la víctima sin vida. Cfr. Manfredini, Elena, S. (Coordinadora). El secuestro extorsivo. Ediciones la rocca. Buenos Aires, Argentina. 2005; pp. 150 y ss.

Otra más Jiménez Órnelas, R. A.: El secuestro..., pp. 26 y siguiente, precisa que las etapas de secuestro son:

- 1.- Ubicación de la residencia.
- 2.- Lugar de trabajo.
- 3.- Hora de salida de la residencia.
- 4.- Ruta de desplazamiento entre la residencia y lugar de trabajo.
- 5.- Hora de ingreso al sitio de trabajo.
- 6.- Lugar de estacionamiento del vehículo.
- 7.- Trayecto recorrido a pie.
- 8.- Lugares que acostumbra a visitar dentro de su horario de trabajo.
- 9.- Personas que normalmente lo acompañan.
- 10.- Hora de regreso a la residencia y rutas.
- 11.- Lugares de diversión que frecuenta, días y horas.
- 12.- Actividades que acostumbra el fin de semana.
- 13.- Propiedades que posee y capital representado.
- 14.- Facilidad en la obtención del dinero líquido, ya sea con venta de propiedades, créditos bancarios o préstamos de terceros.

Estas diferentes explicaciones del *modus operandi* de los secuestradores no son acordes al *iter criminis*, lo que a la postre sirve para identificar los actos de tentativa a la figura consumada, por lo que se desestiman.

A. Selección de la víctima

El secuestro inicia con la búsqueda de una víctima adecuada caracterizada por su vulnerabilidad de ser aprehendida³² como porqué “alguien” o el mismo puede cumplir la condición exigida para su liberación.³³

B. El acecho

Localizada la víctima los secuestradores estudian cómo, cuándo y dónde detener al rehén, haciendo un cálculo de riesgos con el que definen su plan criminal.³⁴

C. La aprehensión

Asumido el riesgo que implica la captura del rehén y decididos a cometer el delito, los secuestradores proceden a detener a la víctima.

D. El claustro

Detenido el rehén, una vez vencida su resistencia, se le enclaustra en un sitio pretendidamente seguro buscando que no pueda escapar.³⁵

³² Para la selección de la víctima los secuestradores organizados, buscan información de la víctima, sobre: Su domicilio, lugar de trabajo, hora de salida de su residencia, ruta de la casa al trabajo, ruta alterna, hora de ingreso al trabajo, lugar de estacionamiento del vehículo, personas que lo acompañan lugares que visita en horas de oficina, hora de regreso a la residencia, lugares de diversión, actividades de fin de semana, propiedad cuentas e inversiones de la víctima. Cfr. Carrión Tizcareño, M.: El secuestro en..., p. 58.

³³ Cfr. Jiménez Huerta, M.: Derecho penal mexicano Parte especial. Tomo III. La tutela penal y de libertad.- Antigua librería Robledo. México, D.F. 1968; pp. 138-139.

³⁴ Cfr. Clutterbuck, Clutterbuck, R.: Secuestro y rescate..., p. 78.

³⁵ “(...) Los plagiarios suelen utilizar como lugar de cautiverio zonas rurales alejadas de la ciudad por la ausencia de ruidos que impidan la orientación de las víctimas, así como poca movilidad de transeúntes y autoridades; de igual manera, la mantienen con los ojos vendados y nula comunicación (...)” Carrión Tizcareño, M.: El secuestro en..., p. 59. Incluso sean llegado a encontrar, caso de secuestro de Ortega Lara, debajo de

E. El chantaje

Una vez enclaustrado el rehén, los secuestradores, hacen contacto con quien van a extorsionar, a quien le hacen saber el precio del rescate a cambio de la libertad del secuestrado.

Este chantaje puede estar también dirigido al propio rehén, quien una vez privado de su libertad le condicionan su liberación cambio de que les de o cumpla con lo que le exigen.

F. La negociación

Es la etapa en la que se busca un arreglo entre lo que aspiran los secuestradores y lo que pueden pagar o dar los extorsionados, que pueden ser personas allegadas al rehén o el mismo secuestrado.

G. El cumplimiento de la condición

Una vez que los secuestradores convienen con los extorsionados en qué consiste la condición exigida para liberar al rehén, se da cumplimiento de a la misma.

H. La liberación del rehén

Satisfecha la condición exigida por los secuestradores, en ocasiones y no siempre, proceden a liberar al prisionero.

4. Los protagonistas en los secuestros

En los secuestros intervienen: El (los) extorsionador(es), el (los) rehén (es) y el (los) extorsionado (s).

A. Él (los) rehén(es)

Es la persona privada de su libertad que es utilizada como “mercancía” con la finalidad de obtener una contraprestación.³⁶

B. El (los) extorsionador (es)

El extorsionador se refiere a quien lleva a cabo el secuestro, pudiendo ser una persona solitaria o un grupo.

Cuando el secuestro se comete con intervención plural de activos lo que acontece en la mayoría de los casos pues incluso este delito es el prototípico de los que cometen las bandas³⁷ que en muchas ocasiones tiene

³⁶ Vid. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la parte especial del derecho penal. Sexta edición (revisada, ampliada y puesta al día) Thomson Aranzadi Editorial. Barcelona, España. 2007; p. 202.

³⁷ Existen otras clasificaciones como la que afirma que los intervinientes en el secuestro:

Iniciador: Es la persona que facilita los contactos, consigue el vehículo robado, la casa donde se encierra la víctima, las armas y llega a penetrar el círculo social de ella para conseguir información.

Lavaperros: Son las personas encargadas de interceptar o levantar a la víctima, movilizarla y entregarla para custodia. Se conocen como los desechables, por que poco les importa su vida o la del secuestrado.

Custodios: Tienen la tarea de cuidar al secuestrado durante su cautiverio y son normalmente tres personas, una de ellas una mujer que se encarga de alimentar a la víctima. Adicionalmente, son los encargados de ayudarla a construir su prueba supervivencia.

Negociador: Su tarea es ponerse en contacto con la familia del secuestrado, presionarla psicológicamente, organizar los procedimientos de entrega del rescate, etc.

Otra clasificación sobre la banda delictiva de secuestro la exponen Raúl A. Nieto y Patricio F. Freire Cartagena, de la forma siguiente:

1.- Organizador o iniciador; que es el pensante, quien diseña el secuestro y establece el orden y disciplina.

una organización comparable a las funciones que tienen las piezas en el juego de ajedrez, lo que tiene aplicación a la postre al auxiliar en diferenciación del autor del resto de los partícipes:

- a) El rey. Es quien comanda las acciones diseñando el plan delictuoso, haciendo las negociaciones y a veces participan en la aprehensión del rehén.
- b) Los caballos. Son los que se encargan de aprehender al rehén.
- c) Los peones. Son quienes custodian y vigilan al rehén, cuando se encuentra en el claustro.
- d) La torre. Que interviene generalmente en los secuestros de niños y su función es vigilarlo en el claustro.

2.- Los emisarios; que son los comandantes, la mano derecha del jefe y retransmiten sus órdenes.

3.- Los planteros; que son los que facilitan y financian los recursos para conseguir el secuestro.

4.- Los ejecutores; que son los soldados encargados del cuidado y vigilancia del rehén.

5.- Los entregadores; los conocidos del rehén y quienes aportan los conocimientos de sus movimientos. También pueden prestar viviendas como aguantaderos que es el lugar de claustro.

6.- Informantes; son personas externas a la banda pero que les dan información para evitar ser detenidos, como son los miembros de la policía, los juzgados y la fiscalía.

7.- Encubridores; son aquellos que no participaron en el secuestro pero auxilian con posterioridad al mismo juntando datos a fin de encubrir a los secuestradores. Cfr. Manfredini, Elena, S. (Coordinadora): El secuestro extorsivo..., pp. 138 y ss.

Otra clasificación mas la proporciona Jiménez Órnelas, R.A.: El secuestro: Uno de los males sociales del mexicano. En el secuestro. Problemas sociales y jurídicos. UNAM. México D.F. 2002; p. 25. de la siguiente manera:

“Iniciador: es la persona que suministra la información de la víctima a la banda.
Plantero: individuo que facilita y financia los recursos necesarios para llevar a cabo el objetivo.

Grupo de aprehensión o “levante”: delincuentes encargados de aprehender a la víctima y trasladarlo al lugar de cautiverio.

Grupo de vigilancia: se encarga de la vigilancia, cuidado y mantenimiento del secuestrado en el lugar de cautiverio.

Negociador: persona o personas encargadas de negociar la liberación de la víctima. También recogen el dinero acordado con la familia del secuestrado”.

C. El (los) extorsionado (s)

Es o son con quien se dirigen los secuestradores para exigir el rescate, pudiendo ser el propio rehén o un tercero.

III. CONCEPTO DE SECUESTRO

Habiéndose expuesto una reseña de la evolución del delito de secuestro, los tipos de éste y sus actores, es tiempo de definirlo desde los puntos de vista etimológico, legal, jurisprudencial y el que proporciona la doctrina científica.

1. Etimológico

El vocablo secuestro proviene de la voz latina *secuestrare*, que entre sus acepciones gramaticales³⁸ una lo define como: Aprender indebidamente a una persona, para exigir rescate a cambio de su liberación.

2. Legal

El artículo 164 del CPE concibe el secuestro como la detención de una persona exigiendo el cumplimiento de alguna condición a cambio de su libertad.

³⁸ Cfr. El concepto de secuestro. Real academia de la lengua. En diccionario de la lengua española. Vigésima primera edición. Tomo II de II. Espasa. Madrid, España. 1992; p. 2037.

De dicho vocablo han derivado múltiples acepciones, como:

Secuestración.- (Del lat. *sequestratio*, -onis). F. Acción y efecto de secuestrar.

Secuestrador, ra.- (Del lat. *sequestrator*, -onis). Adj. Que secuestra. U.m.c.s.

Secuestrar.- (Del lat. *sequestrare*, -onis). Tr. Retener indebidamente a una persona para exigir dinero por su rescate, o para otros fines. || 2. Tomar por las armas el mando de un vehículo, ya sea un avión, un barco etc., reteniendo a la tripulación y pasaje, a fin de exigir como rescate una suma de dinero o la concesión de ciertas reivindicaciones. || 3. Depositar judicial o gubernativamente una alhaja en poder de un tercero hasta que se decida a quién pertenece. || 4. Embargar judicialmente. || 5. Impedir, por orden judicial, la distribución y venta de una publicación.

Secuestrario, ria.- (Del lat. *sequestrarius*, -onis). Adj. Perteneiente o relativo al secuestro.

Secuestro- (Del lat. *sequestrum*, -onis).m. Acción y efecto de secuestrar. || 2. Bienes secuestrados. || 3. Der. Depósito judicial por embargo de bienes, o como medida de aseguramiento en cuanto a los litigios. || 4. Med. Porción de hueso mortificada que subsiste en el cuerpo separada de la parte viva. || 5. desus. Juez árbitro o mediador. || al paso. M. Perú. El que se realiza llevando en automóvil a la víctima para que con su tarjeta de crédito retire dinero de cajeros automáticos.

3. Jurisprudencial

En tanto con más o menos palabras jurisprudencialmente se ha conceptualizado, como:

“(…) El delito de secuestro - denominación común convertida en *nomen iuris* por el nuevo código penal - es un tipo agravado de detención ilegal en que el término de la privación de libertad se condiciona, por los autores del delito, a la realización de un hecho – una acción u omisión – que consiguientemente se exige. Es preciso, pues, para la integración del tipo de secuestro, en primer lugar, que se prive de libertad a una persona encerrándola o deteniéndola, y en segundo lugar, que se advierta por los autores al sujeto pasivo o a otras personas que la recuperación de la libertad que aquél depende del cumplimiento de la condición impuesta.”³⁹

4. Doctrinal

Hay una constelación de acepciones teóricas del delito de secuestro pero se expone y propone una que pretende referir todos sus elementos, como: La privación de libertad a cambio del cumplimiento de una condición que puede ser de cualquier índole dígame financiera, política o por venganza.⁴⁰

³⁹ STS de 9 de marzo de 2001.

⁴⁰ Vid. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la libertad. En código penal. Doctrina y jurisprudencia. Conde-Pumpido Tourón, C. (director). Tomo II. Artículos 138 a 385. Trivium editorial. Madrid España. 1997; p. 2002.

IV. EN RESUMEN: CONCEPTO DE SECUESTRO

El delito de secuestro, para la ley penal española, la jurisprudencia y el grueso de la doctrina científica, es la privación de la libertad de una persona exigiendo el cumplimiento de una condición (económica, política o por venganza) para su liberación.

De la historia de los secuestros se colige que con el paso del tiempo el secuestro era y es una privación de libertad, mientras lo que ha cambiado, además de su nombre, otrora llamado plagio, son sus fines. En el pretérito eran fundamentalmente patrimoniales y en el presente también se actualiza con una intención de venganza o fin político o ambos.

Identificándose tres tipos de secuestros, de acuerdo a la intención de los activos. Financiero, cuando se busca obtener un lucro. Por venganza, cuando la pretensión es causar un daño. Político, en que se tiene esa intencionalidad.

Debiendo excluirse del concepto de secuestro los que se refieren a: “aviones”, “cadáveres”, “vehículos”, “ciberinformación” etc., como figuras equiparadas pues no se refieren a la privación de libertad de una persona.

El *modus operandi* aproximado de una banda de secuestradores, atendiendo el *iter criminis*, es: La selección de la víctima, acecho, la aprehensión, el claustró, la negociación, el cumplimiento de la condición exigida por los secuestradores y la liberación del rehén.

Como que los protagonistas en el secuestro son: El (los) rehén (es), el (los) extorsionado (s) y el (los) extorsionador (es), que cuando actúan en grupo, muchas ocasiones tienen una organización similar al ajedrez que ayuda a diferenciar el autor de los partícipes.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE SECUESTRO

SECCIÓN 1ª. PRESUPUESTOS Y DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE SECUESTRO

I. GENERALIDADES SOBRE EL BIEN JURÍDICO⁴¹

1. El bien jurídico como criterio para determinar la dañosidad social

El derecho, en términos genéricos, es uno de los mecanismos de control social que busca hacer posible la convivencia humana a través de normas jurídicas.

El control social, que ocupa al derecho penal, se circunscribe solo a ciertos comportamientos no tolerados, cuya primera aproximación sociológica son los “comportamientos desviados” o “comportamientos que incumplen el rol social”.

Pero no todo “comportamiento desviado” debe ocupar el derecho penal sino, desde un punto de vista ideal, solo aquellos que produzcan un “daño social” lo que se determina en base a un principio que excluye toda consideración de castigar “la personalidad dañina del autor” (derecho penal de autor).

Para determinar la “dañosidad” de un “comportamiento desviado” y por ello su verdadero carácter delictivo, se ha recurrido a diversos y variados criterios, algunos de los más recurridos son: “La ética social”, “la funcionalidad de la conducta” y “el bien jurídico”.

⁴¹ En este punto se asumen las conclusiones substancialmente de Zugaldia Espinar, J.M. Fundamentos de derecho penal. Parte general. Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico-práctica a sus problemas básico). 3ª edición. Tirant lo blanch libros. Valencia España. 1993; pp. 43 y ss. como 290 y ss.

De esos tres criterios, el bien jurídico tornasola preferible sobre los otros, substancialmente porqué el de la “ética social” y el de la “funcionalidad de la conducta” no hay manera de concretizarlos ya que no determinan clara y precisamente, inicialmente, que conductas deben ser delitos y cuales no; como, posteriormente, no jerarquizan la distinta gravedad de los hechos seleccionados como delitos ni dan luz de cómo debe ser interpretados.

Si bien, al criterio de bien jurídico se le ha objetado, entre otras cosas, que los bienes jurídicos no pueden surgir de la ley, a razón de que se daría una *petitio principii* en círculo vicioso pues la ley penal debe proteger bienes jurídicos y son bienes jurídicos los que protege la ley, lo que debe ser previo a ella y emanar de la realidad social, de las convicciones culturales del conglomerado, lo que es ambiguo.

Además, no hay una definición unánimemente aceptada del propio concepto del bien jurídico, como que se debaten sus funciones dentro de la teoría del delito y la necesidad, de dicha institución jurídica, en la dogmática jurídico-penal.

Sin embargo dígase como se diga, o se use cualquier tipo de palabras un “comportamiento desviado y dañoso” necesariamente implica lesión o puesta en peligro de determinados valores o intereses individuales o colectivos. Dicho en otras palabras, los comportamientos dañosos afectan bienes jurídicos, lo que se constituye un elemento relativamente objetivo, concreto y materializable.⁴²

Así las cosas, el bien jurídico, es el líder de los criterios hasta ahora encontrados, para determinar la dañosidad social.

⁴² Vid. Quintero Olivares, G.: Parte General del Derecho Penal. Con la colaboración de Fermín Morales Prats. 2ª ed. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2007; pp. 64 y ss.; Mir Puig, S.: Bien jurídico y bien jurídico penal como límite al ius puniendi. Estudios penales y criminológicos. XIV Universidad de Santiago de Compostela. 1991; pp. 205 y ss.

2. Concepto de bien jurídico

Bien, es lo que representa utilidad a una persona o a la sociedad, lo que se constituye en presupuesto lógico del concepto jurídico.⁴³

A los efectos que ahora interesan, concretamente realizar una correcta interpretación, del delito de secuestro, se le define como:

“La institución jurídica que considera el interés, personal o colectivo, que es merecedor de protección penal.

Mismo que antes de la creación del tipo penal, a través del estudio de lo que sucede en la sociedad proporciona, teóricamente, la directriz político criminal de aquello que debe ser considerado delito, para legitimar el poder castigador del estado.

Como que, ya creada la figura delictuosa, suministra los elementos para la interpretación teleológica.”

Esta definición, como cualquier otra de un tema polémico, no es plenamente satisfactoria; pero, al explicar los fines del bien jurídico, cumple con situar el marco metodológico del presente trabajo.⁴⁴

⁴³ Cfr. Polaino Navarrete, M.: Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Teoría jurídica del delito. Volumen I. Bosch. Barcelona-España. 2000; p. 558. Sobre la evolución y concepto del bien jurídico, vid. también, Morillas Cueva, L.: Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal. Dykinson. Madrid. 2004; pp.81 y ss.

⁴⁴ Ya que “(...) hasta hoy no se ha logrado esclarecer el concepto de bien jurídico ni siquiera de modo aproximado. (...)”Stratenwerth, G.: Derecho penal. Parte general. El hecho punible. 4ª. Edición totalmente reelaborada. Traducción de M. Cancio Meliá y M. Sanacinetti. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Argentina. 2000; p. 65.

3. La función interpretativa del bien jurídico

Al bien jurídico se le han asignado diversas funciones, unas antes de la creación del tipo penal, otras cuando la figura penal ya se encuentra elaborada.

Antes de la creación del tipo, se sostiene que el bien jurídico tiene una ocupación pre-legal o supra-legal o trascendente al sistema; consistente, primero, en limitar el *ius puniendi* estatal⁴⁵ y, segundo, ordenar las figuras delictuosas de acuerdo a su gravedad.

Después de creada la figura penal, se afirma que el bien jurídico tiene una función normativista o inmanente al sistema, consistente en interpretar la ley.

Pues bien, la función prelegal del bien jurídico es sencillamente un sofisma porque no existe precepto legal, ni forma, ni medio que obligue al parlamento a considerar el tema del bien jurídico cuando elabora los distintos tipos penales y los coloca en el código.⁴⁶

De tal suerte, la creación de las figuras delictuosas y su ordenación en el código, son actualmente una potestad discrecional del legislador y una consecuencia de la democracia que obliga a soportar la creatividad o ingenio legislativo sin más límite que el que se encuentra en las fuerzas políticas.

Pero a pesar de la facultad legislativa, no implica que todo lo que hagan este legitimado, ya que al crear tipos penales y ordenarlos en el código, solo lo estarán, si, entre otras cosas, se respetan las reglas que impone el tutelar bienes jurídicos.

De ahí la conveniencia que la constitución se reforme imponiendo como imperativo para el legislador, al momento de crear tipos penales, la efectiva tutela del bien jurídico.

⁴⁵ Vid. Zúñiga Rodríguez, L.: Libertad y seguridad ciudadana. Estudio del injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público. PPU (promociones y publicaciones universitarias). Barcelona, España. 1993; p. 35.

⁴⁶ Ello a pesar de que SSTC de 8 de abril y 62/1982 de 15 de octubre haya pronunciado en el sentido de que el bien jurídico deviene como requisito indispensable de cualquier limitación de derechos constitucionales.

En fin, actualmente el bien jurídico en su función prelegal fácticamente solo proporciona, la guía o directriz político criminal de aquello que debe ser considerado delito, para legitimar el poder castigador del estado.⁴⁷

De la referida función de guía político criminal del bien jurídico, no se hace mayor apuntamiento pues el delito de secuestro que ya se encuentra legislado e interesa en el caso, su correcta aplicación.

La aplicación de la ley penal consiste fijar las consecuencias jurídicas contenidas en una disposición general, a un caso concreto, determinando cual es su contenido y el alcance exacto; lo que se logra con la adecuada interpretación.

Interpretar es la operación intelectual en la que se busca establecer el sentido de las expresiones utilizadas por la ley para decidir los supuestos contenidos en ella y, en consecuencia, su aplicabilidad al supuesto de hecho que se le plantea al intérprete.⁴⁸

La interpretación en materia penal de conformidad a consideraciones prácticamente universales, es en base al principio de legalidad y a la prohibición de analogía.

La prohibición analógica consiste en la exclusión de crear figuras delictuosas que no se encuentran expresamente establecidas en ley pero son similares. Aunque esta permitido recurrir a ella en supuestos llamados de “cláusulas legales de analogía”, que son expresiones utilizadas en la ley para extender los supuestos legales; como en “interpretación *in bonam partem*”.

⁴⁷ Cfr. Roxin, C.: Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamento. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas: Diego – Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Civitas. Madrid, España. 1997; pp. 55 y ss. En este mismo sentido Martiñón Cano, G.: El bien jurídico del delito de secuestro. Tesis para obtener el grado de maestro en ciencias jurídico penales. Universidad de Guanajuato, México. 2007; pp. 5 y ss.

⁴⁸ Vid. Muñoz Conde, F. y García Arán, M.: Derecho penal. Parte general. Décimo sexta, edición revisada y puesta al día. Tirant lo blanch. Valencia, España. 2004; p. 131; Quintero Olivares, G.: Parte General..., pp. 124 y ss.

Por otro lado, el principio de legalidad establece que al autoridad solamente puede hacer lo que la ley expresamente le ordena, mientras el particular puede hacer todo aquello que la ley no le prohíba.

Este principio aplicado a la interpretación exige que quien aplica el precepto legal solamente puede considerar lo que se encuentra contenido en la ley, para lo que existen plurales clasificaciones. Algunas de ellas de acuerdo al sujeto que la hace: Auténtica, que es la que realiza el legislador, judicial, doctrinal. Según el método utilizado: Gramatical o literal, lógico sistemática, histórica y teleológica. Por el resultado: Declarativa, restrictiva, extensiva.⁴⁹

Ninguno de los sistemas de interpretación son incorrectos pero si todos son *per se* incompletos y en ocasiones contradictorios entre si, por lo que para la adecuada hermenéutica de las figuras penales, de acuerdo al principio de legalidad, un criterio fundamental es ver los efectos prácticos con los que se resuelvan casos concretos.

Resultando que para resolver casos concretos debe existir un equilibrio entre pensamiento sistemático y pensamiento problemático.⁵⁰

El pensamiento sistemático sustrae de la irracionalidad, arbitrariedad y de la improvisación, dando certeza a las decisiones de los tribunales. Entonces cuando el desarrollo dogmático es pobre la interpretación de los tribunales es imprevisible. En tanto que, cuando esta desarrollado un método dogmático, serán mas previsible las decisiones jurisdiccionales.⁵¹

En tanto el pensamiento problemático consiste en analizar cada problema a los que se les llama *topoi* y cada *topoi* se le buscan todas las

⁴⁹ Vid. al respecto, Morillas Cueva, L.: *Metodología y ciencia penal*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada. Granada. 1990; pp. 267 y ss.; del mismo autor: *Derecho Penal. Parte General...*, pp. 184 y ss.

⁵⁰ Vid. Morillas Cueva, L.: *Metodología...*, pp. 302 y ss.; Pérez Alonso, E. J.: *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes "indeterminadas" en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Edersa. Madrid. 1995; pp. 76 y ss.

⁵¹ Vid. Roxin, C.: *Derecho penal...*, p. 207.

soluciones imaginables y después de analizar los pros y los contras se toma la solución mas adecuada para el caso concreto.⁵²

Para ello, el punto de arranque, es descifrar la finalidad perseguida por la norma, lo que se consigue con la interpretación teleológica por la que se busca fijar el sentido y alcance de la ley atendiendo al propósito de su creación.⁵³

Si bien, la palabra “finalidad” es polisémica, pues puede entenderse el propósito general de un sistema jurídico o la finalidad específica de cada uno de los preceptos legales; en la práctica y para los fines del presente trabajo, por finalidad se comprende solo el fin concreto de un precepto legal, que se descubre por el bien jurídico contenido en la norma.

Atento a lo expuesto el bien jurídico, es el cimiento de la total y correcta interpretación de la figura delictiva más, por la naturaleza de la presente investigación no se abordan sus diversas problemáticas, las que ameritan un estudio individual.

No se pasa por alto que la interpretación a través del bien jurídico o teleológica no es la única, aunque si debe estimarse como la principal, en atención de que, de inicio, debe verificarse cual es la pretensión de la norma.⁵⁴

⁵² Vid. Roxin, C.: Derecho penal..., p. 216.

⁵³ Vid. Dehesa Dávila, G.: Introducción a la retórica y a la argumentación. Elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional. Tercera edición. Suprema corte de justicia de la nación. México D.F. 2006; pp. 505 y ss.

⁵⁴ “No hay que desconocer el círculo vicioso que representa el recurso exegético del bien jurídico, pues el hecho mismo de individualizarlo en la norma, es ya fruto de la propia interpretación.” Zúñiga Rodríguez, L.: Libertad y seguridad..., p. 37.

Un sistema penal integral no debe tener como único y exclusivo criterio, el jurídico aunque la interpretación a través del bien jurídico es indispensable ya que sin el análisis de la lesión a la vida social, no es posible el juicio de antijuridicidad. Vid. Cobo del Rosal, M. y otros autores: Derecho penal. Parte general. 4ª. Edición. Adecuada al código penal de 1995 por María Isabel Valdecabres Ortiz. Tirant lo blanch. Valencia España. 1996; p. 292.

Ni se desconoce las posturas que niegan importancia al tema del bien jurídico;⁵⁵ pero como ya se dijo el bien jurídico hasta hoy es la forma mas objetiva de poder referir la dañosidad social y de interpretar la ley de acuerdo a su fin.

Así las cosas, situado el bien jurídico como eje rector para debutar en la interpretación de cualquier figura penal, con en y en base en el, debe continuar el análisis de las categorías del delito, que de acuerdo a la postura tripartita del delito, son la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad.⁵⁶

⁵⁵ Las concepciones que restan importancia al tema del bien jurídico son dos, fundamentalmente: La tesis del injusto subjetivo y el funcionalismo radical de Jakobs.

En la tesis del injusto subjetivo se reduce el ilícito a un acto contrario al deber que de infringirse trae aparejado un castigo. Por lo que no le concede relevancia al tema del bien jurídico, ni a sus funciones, sino a conductas contrarias al deber. Cfr. Zaffaroni, R. y otros: Derecho penal. Parte general. Porrúa. México. 2001; pp. 465 y ss

Por su parte, el funcionalismo de Jakobs conceptualiza el delito como la violación a un rol con ruptura de una expectativa social. No siendo importante, en este entendimiento, el bien jurídico, sino sólo el cumplimiento del mandato estatal. De tal manera la tesis funcionalista simplemente hace recaer el contenido de la norma en un deber fijado por las expectativas sociales y no en el bien jurídico. Pues el delito no se representa por el daño social, sino por la infidelidad al ordenamiento.

La tesis de Jakobs parte de que el hombre es un ser social; por ende son funcionales todas las conductas que contribuyan al mantenimiento y desarrollo de la sociedad y son disfuncionales las conductas que provoquen desintegración, inestabilidad o ineficiencia. Luego, si se defrauda la expectativa de un rol social, debe intervenir el derecho como institución estabilizadora del orden.

Con estas premisas Jakobs estima que el objeto de la norma es sólo la de mantener la vigencia de las normas para lograr el orden social. Por eso, sostiene, la pena tiene como uno de sus objetivos: Ejercitar la confianza de la norma. Por lo anterior Jakobs desestima que el bien jurídico tenga un fin limitante del ius puniendi y en general la importancia del bien jurídico, porque, considera, que no da aportes significativos al derecho penal; ya que lo que interesa es garantizar la vigencia de la norma, sin más discusión. Entonces, para el autor en cita, no se plantea la legitimidad de la norma, ni su sustento político-criminal. Cfr. Jakobs, Günther. Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras José Luis Serrano González de Murillo. 2ª. Edición. Marcial Pons, ediciones jurídicas, S. A. Madrid, España. 1997; pp. 56 y ss.

⁵⁶ Esta es actualmente la postura mayoritaria de la doctrina científica en España, la que además rebasa la postura de los elementos negativos del tipo que se basa en una construcción bipartita del delito, el tipo de injusto y culpabilidad, considerando sus elementos positivos y negativos. Ultima postura a la que le cabe la critica "(...) desde una noción de injusto personal, la asunción de un concepto de dolo malo, pues no puede pasar desapercibida la complejidad de concebir un dolo que abarque también la ausencia de los elementos de todas las causas de justificación (como elementos negativos del tipo), dificultad que no solo se manifiesta en los delitos dolosos sino especialmente en los imprudentes. Junto a ello, las soluciones que se barajan desde la perspectiva doctrinal para los supuestos de desconocimiento de la presencia de una

4. La afectación al bien jurídico

El bien jurídico puede afectarse mediante la puesta en peligro (vulneración potencial) actualizándose una tentativa o con la efectiva lesión (vulneración real) del interés jurídicamente reconocido por la norma positiva, que del delito consumado.⁵⁷

La puesta en peligro del bien jurídico implica una situación de riesgo con una potencialidad objetiva de que puede causar la lesión típica que exige la figura penal.

Mientras que la lesión del bien jurídico, puede ser total con la destrucción o parcial con el menoscabo o definitiva cuando el bien jurídico no es susceptible de resarcirse o no admite reparación.

Ahora, para que se pueda considerar afectado el bien jurídico, por puesta en peligro o por afectación material, debe existir una real afectación al principio de intensidad del bien jurídico consistente en que solo le interesan conductas que lo afecten de “manera seria” (principio *nullum crimen sine iniuria*).⁵⁸

Pues, no todas las perturbaciones al bien jurídico deben ser consideradas por el derecho penal, en razón del “principio de insignificancia o

causa de justificación (piénsese en el sujeto que mata a otro sin saber que su vida corría peligro por la existencia de una agresión ilegítima de la víctima) y el error sobre la presencia de una causa de justificación en realidad inexistente, generan una notable dificultad que no podría eludir esta teoría en el ámbito de los delitos imprudentes. Piénsese en un disparo intimidatorio o en una maniobra que alcanza por descuido al que se creía era un agresor”. Pomares Cintas, E. y otros autores. *Derecho Penal. Parte General*. José M. Zulgaldia Espinar (Dir) Esteban Pérez Alonso (Coord.). 2ª ed. Tiran Lo Blanch. Valencia. 2004; p. 558. En sentido similar, vid. Stratenwerth, G.: *Derecho penal...*, pp. 129 y 130; Jakobs, G.: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª. Edición corregida. Traducción: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (universidad de Extremadura). Marcial Pons. Madrid. 1997; pp. 192 y ss. Sobre la evolución de la teoría del delito, vid. por todos, Morillas Cueva, L.: *Metodología...*, pp. 139 y ss.

⁵⁷ Cfr. Polaino Navarrete, M.: *Derecho penal...*, p. 554.

⁵⁸ Cfr. Zaffaroni, E. R. y otros autores: *Derecho penal...*, p. 461. Vid. también, Quintero Olivares, G.: *Parte General...*, pp. 64 y ss.

bagatela" (*minima non curat praetor*) por el que solo puede ser considerado como antijurídica, una conducta, que implique una lesividad relevante al bien jurídico tutelado por la figura penal; ya que el derecho penal solo debe intervenir cuando haya una razón justificada por una imperiosa necesidad y merecimiento de castigo, no por cualquier molestia.

Si bien, las lesiones al bien jurídico no son graduables de manera exacta, con "buen tacto" se pueden diferenciar las conductas insignificantes de las que no lo son.

El contra-argumento al principio de intensidad es que es subjetivo pues la lesión al bien jurídico no es objetivamente graduable, dejando al gusto del intérprete la determinación de cuando una lesión es insignificante, no puede ser atendible ya que es la misma refutación que puede hacerse a la "racionalidad".

Resultando que la racionalidad campea en el orden jurídico como elemento primordial pues se trata de juzgar conductas humanas, las que no se pueden medir con parámetros matemáticos.

Aceptar dicha crítica implicaría que no es posible que el juez pondere un caso de inexigibilidad de otra conducta o si el actuar de una persona se ajusta a lo descrito por el tipo penal o valore la calidad de una prueba, etc.

Entonces la detracción que precisa lo subjetivo del principio de intensidad no es válida, pues implicaría que se sustituya la racionalidad por parámetros exactos, lo que materialmente es imposible.

Además de lo anterior, la falta de un "criterio objetivo" de cuando se debe tener por afectado el bien jurídico, en ningún caso debe ser pretexto para legitimar la extensión del poder punitivo.⁵⁹

⁵⁹ Vid. STS 17 de enero de 1961. En el plano doctrinal Zaffaroni, E. R. y otros autores Derecho penal... p. 472. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1973.

En este orden de ideas, para que se tenga por afectado el bien jurídico debe existir una conducta que seriamente afecte o ponga en riesgo el bien jurídico precisado en la norma.

5. Interpretación en el delito de secuestro a través del bien jurídico

De acuerdo a la definición anotada de bien jurídico, es necesario un doble análisis. Por un lado e inicialmente se requiere revisar como se da el delito en el mundo fáctico, como ya se hizo en el capítulo primero de la presente tesis.⁶⁰

Luego, concluido el análisis de la realidad, debe hacerse el estudio del marco normativo del delito de secuestro so pena, en caso contrario de que el análisis sea erróneo o simplemente especulativo.⁶¹

En el plano normativo, se estudia el bien o bienes jurídicos que se reconocen tanto expresa como tácitamente del referido delito de secuestro contemplados en el código penal español.

Posteriormente, en este mismo plano se recurre a la función interpretadora del bien jurídico, a fin de descubrir su *ratio legis*.⁶²

⁶⁰ Ya que el bien jurídico tiene, la función de conectar la dogmática penal con la política criminal. Vid. Portilla Contreras, G. y otros autores: Derecho Penal. Parte General. José M. Zulgaldia Espinar (Dir) Esteban Pérez Alonso (Coord.). 2ª ed. Tiran Lo Blanch. Valencia. 2004; p. 38.

⁶¹ “[...] El concepto de bien jurídico tiene que ir necesariamente referido a la realidad social, y el concepto de bien jurídico sobre esta base no es creación del legislador [...] parece evidente que sea el examen de la realidad social donde se haya de buscar la determinación de los intereses merecedores de la protección penal [...]”. Berdugo Gómez de la Torre, I. y otros autores: Lecciones de derecho penal. Parte general. Segunda edición. Editorial praxis. Barcelona España. 1999, p. 6.

⁶² “(...) El bien jurídico, en tanto contenido material, señala los presupuestos sociales de protección jurídico – penal y, en tanto concepto jurídico dentro de la teoría del delito, valora dichos presupuestos conforme criterios político – criminales (consistente en medios – principalmente la pena -, en función de fines concretos – la ordenación de la sociedad por el derecho -) con lo cual se llega a fines trascendentes de realización de la justicia material en el seno de la idea de justicia.” Zúñiga Rodríguez, L.: Libertad y seguridad..., p. 49.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA LIBERTAD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1. Enfoques necesarios para estudiar la libertad

La libertad puede ser analizada desde tres enfoques: Político - social, jurídico y psicológico.⁶³

Desde la perspectiva político – social se analiza la libertad referida a que el hombre es gregario por naturaleza y entonces obligado por instinto a cohabitar con otros, lo que a su vez implica la convivencia de libertades. Así que este enfoque de la libertad implica la regulación de la coexistencia de libertades.⁶⁴

En lo que hace al punto de vista jurídico es precisamente el papel que la libertad desempeña como contenido del bien jurídico el que a su vez se divide en poder obrar y poder querer sin obstáculos perturbadores.⁶⁵

En lo que ocupa el enfoque psicológico, se refiere a que la libertad es un atributo de la voluntad, de donde se sigue que los delitos contra la libertad se equiparen a los delitos contra la voluntad.

Considerando, en la presente investigación, los enfoques jurídico y psicológico de la libertad que se prevén en el Título VI del Libro II del Código Penal español relativos a “los delitos contra la libertad”.⁶⁶

⁶³ Vid. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1959.

⁶⁴ Vid. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal. Parte especial. Tirant lo blanch. Valencia España. 200; p. 181. En el mismo sentido Orts Berenguer y otro: Compendio de derecho penal. (Parte general y parte especial). Tirant lo blanch. Valencia España. 2004; p. 435.

⁶⁵ Vid. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la libertad (I). Detención ilegal y secuestro. En derecho penal español. Parte especial. Manuel Cobo del Rosal (Coordinador). 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas. Dykinson, S.L. Madrid España. 2005; p. 178.

⁶⁶ Vid. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 180. En similar sentido Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1960. Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo I. Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán (Dir.) Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2004; p. 170.

2. El tipo de libertad que tutela el secuestro

La libertad tiene un tratamiento unitario en el nombre, pero diferenciado en la ley, atendiendo al concreto tipo de libertad que tutela.

Hablar genéricamente de la libertad, como se establece en el artículo 17 de la CE, es hacer alusión a un concepto en sumo abstracto e incluso metafísico. En tanto, hablar de la libertad que tutela en el título VI del CPE es hacer una referencia a un tipo específico de libertad.

La libertad comúnmente es regulada de acuerdo a la división aristotélica que separa entre la civil, que se da entre los individuos entre sí, de la política, que se presenta entre los individuos con los poderes públicos.

La libertad civil puede ser de obrar, al afectar la libertad “libremente formada” o de querer, al perturbar la libre formación de voluntad; ambas reguladas en el mismo capítulo, pero no de ambas se ocupa el secuestro.

La libertad que ocupa el secuestro es la civil, ya que atiende la privación de libertad de un gobernado o autoridad actuando como particular que afecta la libertad de otro y dentro de ella fundamentalmente la de obrar pues le importa la limitación a la potestad ambulatoria, mientras que la libertad de querer es objeto de protección por los delitos de coacciones y amenazas.⁶⁷

3. Diferencia entre los bienes jurídicos protegidos por el delito de secuestro y el de coacciones

El secuestro tutela la libertad de obrar y por lógica consecuencia también la de querer pues, el primero, siempre se presenta posterior al segundo de los mencionados. Es decir siempre está primero la facultad de decidir y luego la de obrar.⁶⁸

⁶⁷ Vid. Del Rosal Blasco, B.: *Delitos contra la...*, p. 178. En el mismo sentido Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: *Derecho penal...*, p. 181.

⁶⁸ Ya que el bien jurídico del delito de secuestro es “resultativo” o “prohibitivo de causación”. Cfr. Paz Rubio, J.M. y otro.: *Delitos contra la...*, p. 1965.

En tanto, en el delito de coacciones el bien jurídico que tutela es acotada o limitada la libertad en la fase de querer y no de obrar.

Coligase entonces que la similitud entre los bienes jurídicos de coacciones y secuestros es que ambos protegen la libertad; mientras la diferencia, en base a “concepto funcional de especialidad”⁶⁹, es que son distintas fases de la libertad que protegen. El delito de coacciones tutela la libertad en la fase de “libre decisión” y el secuestro protege la libertad en la ya citada fase de “libre decisión” y en la de “libre obrar”.⁷⁰

Así la diferencia substancial, atendiendo a los bienes jurídicos entre el delito de coacciones y el de secuestro, es de género a especie y de menos a más.

El delito de coacciones es el género ya que protege *in extenso* la libertad de obrar y el delito de secuestro es la especie, ya que tutela tanto la libertad de obrar y de querer. Por lo que los delitos de detenciones ilegales y secuestros son especies de coacciones⁷¹ siendo, el elemento especializante, el referido tipo libertad que las figuras protegen.

La relación es de menos a más, porque todo secuestro entraña una coacción, pero ninguna coacción puede ser secuestro.⁷² Entonces las coacciones entrañan menos bienes jurídicos que el secuestro que tiene más.

Ante el cuadro planteado siempre que exista una material privación de libertad sumado a una intimidación, se desplazan las coacciones por las detenciones.

Con lo anterior se desestiman sofismas como el que precisa que los bienes jurídicos de coacciones y secuestro son exactamente iguales;⁷³ como erradicar criterios de diferenciación tales como el tiempo de la privación de

⁶⁹ Prats Canut, J.M.: Comentarios a la..., p. 192.

⁷⁰ Vid. SSTS 16 de enero de 1995 y 22 de junio 1995. En similar sentido Serrano Gómez, A. y otro: Derecho penal. Parte especial. 12ª edición. Dykinson. Madrid España. 2007; p. 158.

⁷¹ Vid. STS 2189/2001 de 26 de septiembre.

⁷² Vid. STS 25 de octubre 1983.

⁷³ Vid. SSTS 8 de octubre 2002 y 9 de octubre de 2002.

libertad, que sostiene que si es breve se actualiza el delito de coacciones y si es más o menos larga se presenta el delito de detenciones.⁷⁴

Al tema es aplicable el criterio del tribunal supremo que señaló:

“(...) No constituye un ingrediente diferenciador la mayor o menor duración de la privación de libertad, ya que la detención ilegal participa de los caracteres del delito de consumación instantánea, lo que no significa que el elemento temporal sea desdeñable en su función evidenciadora o reafirmadora del propósito o intención que guió al culpable (...)”.⁷⁵

4. Diferencias entre el bien jurídico protegido en los arts. 163 y 164 CP y en el art. 530 CP.

El delito de detenciones previsto en el art. 163 CP considera los casos de privación de libertad cometida por particulares. En tanto, el ordinal 530 CP prevé las detenciones cometidas por funcionarios públicos.

Ambas figuras delictuosas comparten, en su enunciación típica, las detenciones, pero los bienes jurídicos que protegen son distintos.⁷⁶

⁷⁴ Vid. STS de 9 de abril de 1986, STS 12 de junio 1986, STS de 20 abril octubre de 1989, STS 23 de enero de 1993, STS 22 de octubre de 1999, STS 12 de junio 2001, STS 7 de noviembre de 2001. En este sentido Muñoz Conde F.: Derecho penal. Parte especial. Décimo sexta edición, revisada y puesta al día. Tirant lo blanch. Valencia España. 2007; p. 166. Arroyo Zapatero, L. y otros (varios directores). Comentarios al código penal. Nieto Martín, A. y Pérez Cepeda A.I. (coordinadores). Iustel. Madrid España. 2007; p. 399. Orts Berenguer y otro: Compendio de derecho...; p. 437. Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español..., p. 165.

⁷⁵ Vid. STS 493/2002 de 13 de marzo. En Sanz Delgado, E.: Detención ilegal: ¿delito de consumación instantánea?. En la ley penal. Revista de derecho penal procesal y penitenciario. Año III. Julio-Agosto. La ley grupo Wolkers Kluwer. Madrid España. 2006; p. 65.

⁷⁶ Cfr. Portilla Contreras, G.: El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público. Edersa. Madrid España. 1990; p. 114. En el mismo sentido Jaramillo García, A.: Novísimo código penal, comentado y cotejado con el de 1870. Vol. II. Salamanca España. 1929; p. 309. Antón Oneca y otros autores. Derecho penal. Parte especial.

Claras evidencias de que los bienes jurídicos son distintos se obtiene por su diversa ubicación en el CP. La figura penal de detenciones cometidas por particulares se encuentra dentro del Título VI referido a los delitos contra la libertad. En tanto, el tipo legal de detenciones cometidas por funcionarios públicos está dentro del Título XXI Capítulo V relativo a los delitos contra las garantías constitucionales.

Entonces las figuras penales de estudio tutelan desiguales bienes jurídicos, desprendiéndose que la intención del legislador fue en un caso proteger la libertad ambulatoria cometidas por gobernados y en otro la garantía constitucional de libertad en los casos en que la cometen autoridades.

En la última hipótesis, la detención cometida por autoridades, más que proteger la libertad, pregona el correcto desempeño de los funcionarios públicos, con ello priorizando el incumplimiento de la función sobre la libertad ambulatoria,⁷⁷ el “*ius detentionis*” como “bien jurídico institucional”⁷⁸ o el respeto de la garantía de libertad inherentes a una legal detención;⁷⁹ arriba que la libertad ambulatoria.

La garantía consagrada en el artículo 17.1 de la CE establece el derecho a la libertad que se afecta, en el caso de la figura contra los funcionarios públicos cuando la detención sea ilegal y es ilegal si no concurre o se actualiza un supuesto normativo aplicable al caso concreto.⁸⁰

Tomo II. Madrid España. 1949; p. 46. Quintano Ripollés: Curso de derecho penal. Madrid España, 1963; p. 113. Bustos Ramírez, J.: Manual de derecho penal español. Parte especial. Barcelona España. 1986; p. 371. Zugaldía Espinar, J.M.: Delitos contra la libertad. En documentación jurídica. Vol. I. Enero-diciembre de 1983; p. 427.

⁷⁷ Cfr. Climent Durán, C.; Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público. Tirant lo blanch. Colección de delitos. No. 18. Valencia 1999; p. 19. En similar sentido se ha conceptualizado “(...) el bien jurídico lesionado es la noción de estado de derecho y la libertad del sujeto el objeto material sobre el que recae la acción.” Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español..., p. 163.

⁷⁸ Cfr. Climent Durán, C.; Detenciones ilegales cometidas por autoridad..., p. 104.

⁷⁹ Cfr. Climent Durán, C.; Detenciones ilegales cometidas por autoridad..., p. 107.

⁸⁰ García Morillo, J.: El derecho a la libertad personal. (Detención, privación y restricción de libertad). Tirant lo blanch. Valencia España. 1995; p. 56.

Confirmando lo anterior la exposición de motivos contenida en el Código Penal, en lo que ocupa el tema en debate, señala:

“(...) En cuarto lugar, y en consonancia con el objetivo de tutela y respeto a los derechos fundamentales, se ha eliminado el régimen de privilegio de que hasta ahora han venido gozando las injerencias ilegítimas de los funcionarios públicos en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por tanto, se propone que las detenciones, entradas y registros en el domicilio llevadas a cabo por autoridad o funcionario fuera de los casos permitidos por la ley, sean tratadas como formas agravadas de los correspondientes delitos comunes, y no como hasta ahora lo han venido siendo, esto es, como delitos especiales incomprensible e injustificadamente atenuados (...)”.⁸¹

Así las cosas, la naturaleza jurídica del delito de detenciones cometidas por funcionario público es ajena al delito de secuestro razón por lo que hasta aquí llega el análisis de la última figura indicada.⁸²

⁸¹ Exposición de Motivos. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE 24 Noviembre 1995. Ley Orgánica 10/1995, 23 noviembre, rectificada por Corrección de errores («B.O.E.» 2 marzo 1996).

⁸² Vid. Portilla Contreras, G.: El delito de práctica..., p. 114. En similar sentido Climent Durán, C.; Detenciones ilegales..., p. 104.

5. Concepto genérico de libertad

La palabra libertad proviene del latín *libertas-atis* que indica la condición del hombre no sujeto a esclavitud, de donde se deduce que en términos amplios, es la ausencia de trabas para el movimiento de una persona.⁸³

A la libertad la afecta todo aquello que impida al sujeto desplegar su capacidad de actuar dentro de las relaciones sociales.⁸⁴ Posicionándose la “libertad física” en la base de las otras “libertades específicas” y con ello ocupando una posición de liderazgo⁸⁵ en el catálogo de derechos fundamentales.

Pero, jurídicamente, más aun hablando de Derecho Penal y por las características de la presente investigación, es difícil adentrarse al significado del concepto libertad, dado que es fácil de enunciarla, pero difícil de explicarla. Como es fácil sentir su ausencia, pero complicado profundizar sus alcances al ser uno de los bienes jurídicos más “relativos” y “ambiguos”.⁸⁶

Incluso la misma jurisprudencia se ha pronunciado sobre lo difícil y multívoco que implica interpretar el bien jurídico libertad, señalando que:

⁸³ Cfr. Adame Goddard, J.: Libertad. En Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo. I-O. Porrúa – UNAM.. México D.F. 1994; p. 1987.

⁸⁴ Cfr. Bustos Ramírez, J.: Manual de derecho penal (Parte especial). Editorial Ariel. Barcelona, España. 1986; p.81.

⁸⁵ Pues “(...) cuando se pierde la libertad se está en el trance más difícil que cuando se pierde la propiedad, pues la libertad es la vida misma. El ser es siempre superior al tener. Los bienes vienen y después se van; pero la libertad, si se va, nos lleva al ser entero consigo, y si llega nos irgue de nueva cuenta en el ser (...)”. Valdivia, B.: Veleidades de Numa Fernández al caer la tarde. (Novela). Ediciones la rana. Guanajuato, Guanajuato. México. 1999; p. 202.

El atentado contra la libertad “ (...) se trata de atentados contra las condiciones mínimas que el ser humano necesita para su normal desenvolvimiento social (...)” Vives Antón, T.S. y otros autores: Derecho penal. Parte especial. 3ª edición revisada y actualizada. Tirant lo blanch. Valencia – España. 1999; p. 166.

⁸⁶ Vid. Quintero Olivares, G.: La justicia penal en España. Editorial Aranzadi. Pamplona, España. 1998; p. 67. En similar sentido Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 177. En el mismo sentido Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1958. Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p. 170.

“La CE propugna en su artículo 1.1, como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, por no decir el primero (según un amplio sector doctrinal), la libertad, entendida además no en términos puramente formales, sino de realidad y efectividad hasta el extremo que llevo al legislador constituyente a la atribución a los poderes públicos del deber de promover las condiciones para que la libertad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo como prescribe su artículo 9.2 los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.”

El termino libertad (genérica y abstracta), es multívoco, pudiendo comprenderse en el concepto todo el cúmulo de atribuciones inherentes a la persona humana para su completa realización, así libertad de pensamiento, de información, de expresión y las demás (particulares y concretas) que se especifican en el capítulo II del título I de la propia constitución, las que, declarándose además fundamento del orden político y de la paz social, deben interpretarse conforme a la declaración universal de derechos humanos (art. 10 del texto constitucional). Ciñéndonos a la forma mas primaria de la libertad, libertad ambulatoria o de movimiento, es reconocida como derecho fundamental en el artículo 17.1 de la carta magna en forma idéntica a las del convenio europeo de derechos humanos en su artículo 5.1, toda persona tienen derecho a la libertad y a la seguridad.

La libertad de movimientos, locomotriz o ambulatoria, reconocida y afirmada constitucionalmente como derecho fundamental (como se acaba de decir), viene legalmente protegida en el ordenamiento legal a través de diversas figuras legales, así por medio de los delitos de raptó y sustracción de menores (en los que la norma especifica desplaza a la detención ilegal como genérica), de robo violento con toma de rehenes (tipo complejo en el

que el ataque a la propiedad, preferente, relega a la detención ilegal a un segundo plano), de amenazas, coacciones y detención ilegal.”⁸⁷

De tal suerte, se tiene que asumir un concepto jurídico penal de “libertad genérica” en sumo abstracto y únicamente para efectos de esta tesis, como: La facultad de estar donde se desea y hacer lo que se quiere.⁸⁸

Esta definición implica, como presupuesto, el albedrío que toda persona tiene para decidir donde estar. Con ello se diferencia la libertad que se considera en todos los delitos en los que también se le afecta, pues todo injusto típico perturba la libre decisión del paciente del delito. Como se ha advertido en la doctrina, todos los delitos atentan ya sea directa o indirectamente la libertad en sus diferentes aspectos, pero entre los que afectan directamente esta el secuestro por estar precisamente, esta libertad, reconocida expresamente como bien jurídico.⁸⁹

Concordante con lo anterior, el secuestro no protege la libertad en abstracto, sino solo un aspecto de ella,⁹⁰ por lo que se hace necesario agregarle a la libertad otro elemento que la ubique como aquella que ampara el secuestro.

6. El concepto restringido de libertad

La libertad entendida en forma genérica o en su estado puro es imposible de alcanzar y no puede ser legalmente protegida, debido a su abstracción, por lo que a fin de que pueda ser objeto de protección penal, no solo una quimera inalcanzable, es necesario un encontrar maneras de delimitar sus alcances. Con este propósito fundamentalmente se han adoptado dos posturas:

⁸⁷ STS 29 enero 1992.

⁸⁸ En este sentido SSTS de 21 de octubre de 1971, 20 de diciembre de 1974, 28 de octubre de 1976, 24 de febrero de 1981, 25 de octubre de 1983, 1 de marzo de 1995, 12 de junio del 2001. Como Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 178.

⁸⁹ Cfr. Callamand Pinzón, L y otros autores: La libertad y el delito de secuestro..., p. 1.

⁹⁰ Vid. Muñoz Conde, F.: Derecho Penal. Parte Especial..., p. 137.

A. El “concepto negativo de la libertad”

Por una parte, se sostiene que la libertad no puede definirse positivamente, sino que debe determinarse de forma negativa, ya que no se protege la libertad absoluta, sino solo un aspecto en concreto de ella, dígase ambulatoria, política, psicológica, etc.⁹¹ De tal suerte, el concepto negativo de libertad enuncia la misma como: La ausencia de fuerza, presión o impedimentos a la voluntad.

B. El concepto de “libertades concretas”

Desde otra perspectiva se rotula que sólo algunos aspectos específicos de la libertad pueden ser objeto de tutela.

Ambas concepciones, la que precisa que la libertad debe ser definida en sentido negativo y la que indica que solo se puede materializar si se atiende a aspectos concretos de la libertad genérica; son distintos ángulos y distintas palabras, pero el tema es el mismo.

Resultando, pero solo por cuestiones semánticas, mas acertada la segunda la que se adopta sin mayores prolegómenos a razón de que profundizar en el estudio de estos enfoques es un esfuerzo bizantino, pues lo importante es la comprensión de un concepto global de libertad diferenciado de un concepto restringido o una proyección concreta de la idea de libertad genérica,⁹² último que importa para el presente trabajo.

⁹¹ Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones. Editorial Trotta. Madrid, España. 1992, p. 35.

⁹² Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 31. En el mismo sentido Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la libertad..., p. 177. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 180.

7. Concepto de libertad ambulatoria, de movimiento, locomotriz, translaticia o cibernética

La libertad genérica ya fue, en líneas precedentes, abordada y definida, siendo el turno de conceptualizar el vocablo ambular mismo que proviene del latín *ambulare*, que significa pasear o ir de una parte a otra.⁹³

Mismo término que en materia jurídica se le define como la facultad de la persona de fijar libremente su situación espacial⁹⁴ sin ninguna otra limitante que respetar la libertad ajena y, por supuesto, con las salvedades que se pueden presentar de acuerdo al físico de cada persona y a las que dispone la naturaleza.⁹⁵

Jurisprudencialmente, la libertad ambulatoria, se le ha conceptualizado como:

“(...) No verse constreñido a estar donde no se quiere estar, en razón de una fuerza física o psíquica ilegítima que lo obliga a ello (...)”.⁹⁶

8. La voluntad como presupuesto de la libertad. Teoría voluntarista de la libertad

La libertad se forma con el albedrío de estar y hacer, lo que implica que la voluntad es el presupuesto de la libertad y dicha voluntad tiene a su vez dos acompañantes: El pensamiento y la conciencia.

⁹³ Concepto “ambular”. Real academia de la lengua española. En diccionario de..., p. 135.

⁹⁴ Vid. SSTS 17 de octubre 1991 y 25 de enero 1997. En el mismo sentido Prats Canut, J.M.: Comentarios a la..., p. 181. En el mismo sentido Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 183. Muñoz Conde F.: Derecho penal. Parte especial..., p. 166.

⁹⁵ Vid. Orts Berenguer y otro: Compendio de derecho..., p. 435.

⁹⁶ STS 17 de octubre 1991.

El pensamiento es la capacidad de razonar eligiendo entre las opciones que se presentan. En tanto, la conciencia es la capacidad de elección entre las opciones que descubre el pensamiento. Y, la voluntad, es el movimiento para lograr lo que se ha decidido.⁹⁷

Despréndase entonces que la libertad ambulatoria se ejerce sólo si el pensamiento, la conciencia y la voluntad son genuinamente decididos.⁹⁸ A cuya consecuencia la libertad es un bien jurídico inicialmente disponible que le interesa la no privación de libertad como que no se influya, de ninguna manera, en la decisión de una persona de ubicarse donde quiere estar (lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo).⁹⁹

Acorde con lo anterior la jurisprudencia ha recalcado que:

“Es la voluntad de la víctima otro factor esencialmente determinante en el delito en cuanto que solo la retención, la detención y en encierro de la persona devendrá a la infracción si el hecho se produce y ocasiona contra la voluntad o sin la voluntad de la misma, bien porque se oponga terminantemente, con mayor o menor fuerza, que eso ya es algo dependiente de la idiosincrasia de cada uno, bien porque se actué sin la voluntad, agotada tras la inicial oposición o inexistente desde el primer momento por las razones que fueren (...)”.¹⁰⁰

⁹⁷ De ahí que se haya definido a los delitos contra la libertad como “(...) el conjunto de delitos que lesionan directamente la formación o actuación de la voluntad, sin que se presenten una referencia valorativa en conexión con otros bienes jurídicos.” Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1959.

⁹⁸ Vid. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 181. En el mismo sentido Orts Berenguer y otro: Compendio de derecho penal..., p. 435.

⁹⁹ Vid. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 178. En el mismo sentido Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 182. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 183. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1960.

¹⁰⁰ STS 10 de septiembre 1992.

Destacándose que las personas que no tienen, por cualquier razón, capacidad de discernimiento, también tienen facultad ambulatoria, aunque solo sea jurídica y no material como en los casos de aquellos que temporal o permanentemente no puedan moverse o los incapaces o menores que no pueden de propia iniciativa decir donde estar.¹⁰¹

9. Momentos en que puede ser atacada la libertad ambulatoria

La voluntad es el presupuesto de la libertad,¹⁰² por lo que al atacar el pensamiento, la conciencia o la voluntad, se esta atacando la misma libertad en alguno de sus aspectos conformantes.

¹⁰¹ En contrario algunos sectores de la doctrina han considerado que solo pueden ser víctimas de secuestro, quien de manera directa puede ejercitar su voluntad. Vid. Vives Antón, T.S. y otros autores: Derecho penal..., p. 171.

¹⁰² Conclusión a la que se llega del análisis de las posturas de Binding, Carrara, Florián y Grozaid.

Binding, quien sistematizó, por primera vez los delitos contra la libertad, decía que la voluntad era el bien jurídico y el objeto del ataque. Así que este autor marcó como pauta que la voluntad funciona para identificar a los delitos contra la libertad y concluyó que se daban estos cuando se transgredía la formación o actuación de la libertad. Pero sostuvo que solamente se podía secuestrar por medio de la violencia o la intimidación. Definiendo la violencia como todo medio que haga imposible la formación y actuación de la voluntad; mientras la intimidación la entendió como un ataque a la libertad de resolución conforme a motivos propios.

Binding excluyó como medios para afectar la voluntad, la astucia y el engaño; que, como se verá posteriormente, si son medios idóneos para cometer una privación de la libertad.

Además la tesis de Binding es incompleta porque la violencia y la intimidación no son todos los medios como se puede atacar la voluntad.

Carrara señaló que para que se afecte la voluntad hay dos criterios, uno positivo y otro negativo. El aspecto positivo es que se lesione el derecho de libertad y el negativo es que la lesión a la libertad no sirva de medio para otro delito.

Florián, tomando las ideas de Carrara precisó que se necesita que se lesione o ponga en peligro exclusivamente un bien jurídico de un delito que afecte la libertad.

Posteriormente Grozaid siguiendo a Carrara y a Florián; abundó sobre las dos condiciones para que se puedan identificar los delitos contra la libertad que solamente se lesione la libertad del hombre pero que esa libertad por accidente no sea un medio de otro delito. De todo ello es claro que lo importante para identificar a los delitos contra la libertad es que afecten por cualquier forma la voluntad. Ergo, descartando las concepciones que solamente se pueden afectar por violencia o intimidación, como erróneamente sostenía Binding y como lo destaca actualmente señala Muñoz Sánchez valen la astucia, el engaño, cualquier medio idóneo, la afectación a la libertad debe ser

En este orden de ideas, la libertad ambulatoria puede ser agredida, cuando:

A. Se tiene la potencia de desarrollar la voluntad. La libertad puede ser atacada desde el momento previo a que la persona decida donde estar, sin aun hacerlo.

Por ejemplo: Juan es privado de su libertad cuando esta en su casa donde todavía no ha decidido a donde ir y ni siquiera sabe si ese día se desplazara a algún lado.

B. Ya se dio la libre formación de la voluntad de movimiento. En esta fase la persona ya decidió donde estar pero aun fácticamente no esta donde quiere.

Por ejemplo: Mario le impide a Juan salir de su casa cuando se disponía a ir a su trabajo.

C. Se está ejercitando la libre decisión de locacidad. Para este momento la victima de secuestro ya decidió donde estar y comienza a desplazarse a ese lugar.

Por ejemplo: Pedro priva de la libertad a Juan en el camino de la casa a su oficina.

D. Cuando ya se decidió el lugar donde quiere estar. El cuarto momento en que puede ser afectada la libertad ambulatoria es cuando la persona ya

un fin en sí mismo no un medio para otro delito. Vid. Muñoz Sánchez, J.: Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el código penal de 1995. Cuadernos de derecho judicial. Madrid, España. 1996; pp. 36 y siguientes. Como Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1959. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1965.

decidió donde estar, se trasladó y llegó a donde decidió y, estando ahí, se le fuerza a estar en otro sitio.

Por ejemplo: Al llegar Juan a su oficina Pedro le priva de libertad llevándolo a una bodega.

10. Formas de afectar la libertad ambulatoria

La libertad ambulatoria materialmente puede perturbarse de dos maneras: a) cuando se impide ir a un lugar y b) cuando se impide abandonar un lugar.

Más jurídicamente, como se desprende del análisis del bien jurídico del delito de secuestro, solo se afecta cuando se impide al paciente del delito abandonar un lugar. Descartándose, como forma de afectar el bien jurídico, los supuestos en que se impide a una persona acudir a un específico sitio, pues ello implicaría que toda conducta que limite el acceso a determinado espacio geográfico sería una privación de libertad, lo que es racionalmente insostenible.¹⁰³

Por ejemplo: Un grupo de profesores y alumnos de una universidad que permiten entrar al edificio de la escuela a otros alumnos y personal, exigiendo a cambio el cumplimiento de ciertas prestaciones estudiantiles. Caso que no puede ser calificado de secuestro y considerar víctimas a quienes no se les dejó entrar a la escuela.

O el caso en que un grupo de pacifistas que se encadenan en una base militar, impidiendo la entrada de los trabajadores. Ejemplo donde es claro

¹⁰³ Cfr. Del Rosal Blasco, B.: *Delitos contra la...*, p. 179. En el mismo sentido Prats Canut, J.M.: *Comentarios a la parte...*, p. 182. Portilla Contreras, G.: *El delito de práctica...*, p. 207.

que se está limitando la libertad de movimiento, pero solo se actualizaría el secuestro si se impide salir a los trabajadores de la base militar.

Aceptar lo contrario implicaría dejar la figura incontrolablemente amplia, como si atendiera a un concepto genérico de libertad y no acotado de libertad ambulatoria y de aceptarlo serian secuestros:

Cuando un chofer de camión lleva a un viajero a un sitio no deseado por el pasajero.

O cuando un sujeto golpee el caballo de otro, llevando, a este último, a un sitio no querido por él jinete.

Ante el cuadro expuesto, cabe colegir que los comportamientos de impedir el acceso a un determinado lugar, aunque materialmente afectan la libertad, jurídicamente no afectan el bien jurídico del delito de secuestro.¹⁰⁴

Así las cosas, considerar que se afecta el bien jurídico cuando se impide abandonar un sitio es la más adecuada explicación; pero aún no puntual ya que también es demasiado amplia pues podría caerse en el absurdo de considerar afectado el bien jurídico si se impide salir de un país, lo que claramente no puede considerarse secuestro.

Ahora, enclavado en la postura de que el secuestro solo puede darse cuando se impide abandonar un lugar, esto puede darse, ya sea porqué al pasivo se le sustraiga del lugar donde se encuentra y se lleve a otro (*admotio de loco ad locum*) o porqué se le retenga en el sitio donde esta en contra de su voluntad (retención).

¹⁰⁴ Vid. STS de 24 de febrero de 1981. En el mismo sentido Prats Canut, J. M.: Delitos contra la libertad. En comentarios al nuevo código penal. Aranzadi Editorial. Elcano Navarra, España. 1996; p. 143. En el mismo sentido Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1966.

Producto de lo expresado, para constatar la afectación a la libertad ambulatoria, ya sea *admotio de loco ad locum* o retención, se formula la tesis de la circunscripción.

11. Tesis de la circunscripción. - Propuesta -

Esta postura parte del entendido de que el bien jurídico libertad ambulatoria se afecta cuando se impide a una persona abandonar un determinado sitio, agregando que el área del claustro debe ser un espacio donde fácticamente se afecte la posibilidad traslaticia.

Valga la gráfica explicación con dos círculos. Uno grande con otro pequeño en su interior. El primero representando el ámbito de la libertad ambulatoria y el segundo el espacio a que puede ser restringida.

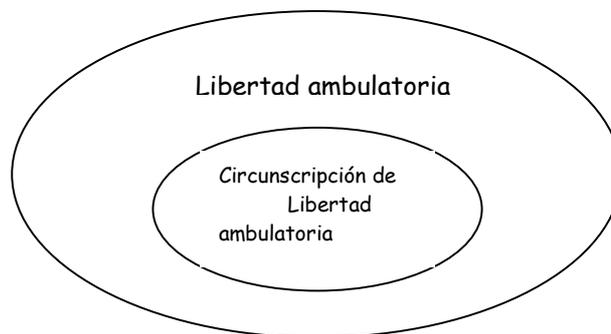


Imagen que representa la afectación de la libertad ambulatoria cuando se circunscribe, cuando se limita la potestad de una persona para que se traslade libremente a donde quiera.

Sobre los límites a los que se puede confinar la potestad ambulatoria, no puede fijarse un número de metros, solo basta que sea una efectiva limitación traslaticia. Puede ser un islote, donde el rehén no puede escapar o el maletero de un coche, todo va a depender del caso concreto.

Entonces, la privación que requiere el secuestro, implica circunscribir, enclaustrar o prohibir, que se abandone un lugar. En pocas palabras tener un prisionero.¹⁰⁵ Concepto que se hace necesario en atención a que solo circunscribiendo, el espacio donde se limita la libertad, es posible evidenciar que se afecta la facultad ambulatoria.¹⁰⁶

La tesis de la circunscripción concluye que la privación de libertad, que requiere el delito de secuestro, envuelve la demarcación de una persona en un espacio determinado, donde fácticamente se lesione su libertad ambulatoria.¹⁰⁷

12. Formas comisivas de la privación de la libertad

Legalmente no hay restricción de medios para cometer el secuestro, existiendo tantos como la inteligencia o maldad humana pueda crear, bastando que sean idóneos para conseguir la privación de libertad.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Preso en sentido de todo aquel que se encuentre enclaustrado, salvo quien se encuentra procesado judicialmente o sentenciado. Siendo válido el concepto pues proviene del latín prehensio- onis que quiere decir “acción de pretender, asir o coger. Cárcel o sitio donde se encierra y asegura a los presos”. Genis González Méndez, A.: La libertad en el derecho procesal penal federal mexicano. Porrúa. México, D.F. 1999, p. 39.

¹⁰⁶ Cfr. Muñoz Sánchez Juan. El delito de detención..., p. 53. En similar sentido Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 179.

¹⁰⁷ “Para la consumación del tipo debe entenderse referida a la capacidad de autodeterminación y no a las proporciones del espacio físico en que esa capacidad se realiza, es necesario que al sujeto se le sustraiga tal capacidad [...] al sujeto que se le cierra la puerta de la habitación en que se encuentra se le sustrae la posibilidad de alejarse de ella, es decir, se le priva de libertad [...] al bañista que sufre la sustracción de la ropa de la que se ha despojado para bañarse, simplemente se le dificulta la locomoción, pero no se le impide. Equiparar ambas situaciones supone una, rechazable interpretación analógica de lo que cabe entender por privación de libertad.” Landrove Díaz, G.: Detenciones ilegales y secuestros. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 1999; pp. 43 y ss.

¹⁰⁸ Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detención..., p. 117.

Algunos ejemplos de medios comisivos de secuestro son:

A. La violencia: Física y moral

Violencia entendida como la fuerza, dígase física o moral, con la que se vence la resistencia del paciente del delito, logrando privarlo de su libertad.

a) La violencia física (*vis corpori afficta*) se puede presentar contra las cosas y contra las personas y en este último caso puede ser contra el rehén o el extorsionado u otra persona.

La violencia sobre las personas se debe considerar acreditada cuando la agresión ejecutada es suficiente para conseguir la privación de la libertad entonces puede afirmarse que va dirigida a suprimir la voluntad del rehén, a pesar de que se ejecute contra otra persona; pero ello sea de tal manera trascendente para el ofendido que se le derrote su voluntad.

Además la violencia, como medio comisivo del secuestro, es solo aquella que sea suficiente y necesaria para consumir la privación de libertad y si esta excede, por ejemplo si ya sometido el rehén el activo le de de patadas, si no se manifiesta en lesiones es al menos un elemento que obliga al juez, al momento de individualizar la sanción, a aumentar el juicio de reproche.

Por otro lado, por violencia contra las cosas se comprende aquella que recae sobre un objeto lo que es usado para cometer la privación de libertad o para mantenerla.

Por ejemplo: El activo rompe la chapa de una puerta con lo que se bloquea la salida y deja atrapado a una persona.

Una variante de violencia sobre las cosas es cuando no se ejerce fuerza sobre ellas sino que se quitan ellas y se impide la libertad traslaticia de la victima como en los casos de personas con capacidades diferentes en los supuestos en que se les quitan los instrumentos que le permitan desplazarse, como las muletas o silla de ruedas o andador.¹⁰⁹

b) La fuerza Moral (*vis compulsiva*) es la intimidación ejercida sobre la voluntad o motivación de la victima capaz de vencer su resistencia para consumir la privación de libertad.

Algunos sostienen que la violencia física excluye la violencia moral asegurando que solo puede presentarse una u otra y en ningún caso las dos.¹¹⁰ Sin embargo esta afirmación no parece precisa. Pues, en un solo momento nada mas puede darse una única acción lo que implica que en ese preciso momento solo se puede actualizar la violencia física o la moral. Más, sucesivamente, una conducta de *vis moral* seguida de otra *vis phisyca* o viceversa si pueden coexistir un mismo secuestro.

Por ejemplo: Primero se amaga a la victima con una pistola y enseguida se le golpea. Supuesto en que son claros dos momento y dos medios comisivos del secuestro, primero de violencia moral y luego la física.

¹⁰⁹ En ese sentido STS de 10 de septiembre de 1992 y STS de 8 de octubre 2002. Como Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 183.

¹¹⁰ Vid. Pavón Vasconcelos, F: Privación de la libertad. En diccionario de derecho penal. (Analítico sistemático). Porrúa. México D.F. 1997, p. 821.

B. Medios fraudulentos¹¹¹

Por medios fraudulentos se comprende cualquier engaño con el que se introduzca un error al paciente del delito a fin de que pueda ser privado de su libertad.

Por ejemplo: Los secuestradores le dicen y convencen al ofendido que los acompañe porque fue premiado en un sorteo, con ello logran que el pasivo vaya a una oficina donde es detenido.

No existe problema legal para admitir a los medios fraudulentos como medios comisivos del delito de secuestro, ya que la ley no establece ninguna limitación.

En consecuencia, excluir los medios fraudulentos como formas de comisión del delito de secuestro a través de una interpretación basada en que el delito de coacciones no los admite y como el secuestro es una forma de coacciones entonces tampoco debe admitirlos.

Mas ya se argumentó que el delito de secuestro no tiene el mismo bien jurídico que el de las coacciones, por lo que en congruencia con lo entonces asentado la diferencia entre los delitos invocados destruye la afirmación de que el secuestro tiene las mismas características, en ello, el mismo bien jurídico que el delito de coacciones.

A guisa de lo expuesto, sostener que el secuestro no admite medios fraudulentos es una “interpretación legislativa” porque inventa limitaciones que la ley no prevé.

En fin, el delito de secuestro admite que sea cometido por medios fraudulentos y algunas maneras de engaño pueden ser:

¹¹¹ Se asume el término de medios fraudulentos y no el de astucia y engaño, pues el término empleado es más amplio y abarca “(...) cualquier artificio, enredo, mentira, trampa con la cual se induce a la víctima a un error con la finalidad de privarla de libertad (...)”. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 122.

a) Engaño de obstáculo imaginario. También se le llama “error de hecho” provocado o mantenido por el autor, consistente en hacer creer falsamente al rehén que se encuentra impedido para abandonar un lugar, aunque materialmente no sea así.

Por ejemplo, el secuestrador convence a su víctima de que la puerta de la casa en que se encuentran está cerrada, cuando no lo está.

b) Engaño por falsa promesa. Es el que se despliega para que la víctima permanezca en un determinado lugar en espera de una promesa fingida, quien permanece en un recinto enclaustrado por ese irreal ofrecimiento.

c) Engaño de autoridad fingida. Consistente en que el activo simula ser agente de autoridad, con lo que se aniquila la resistencia del pasivo, consumándose la privación de autoridad.

d) La hipnosis, los narcóticos, alcohol u otra perturbación de la conciencia. Se trata de un catálogo de medios para suprimir la capacidad de voluntad introduciendo un estado de inconciencia que el agente del delito aprovecha para perpetrar la privación de libertad.

Ejemplo: Una anciana que los secuestradores drogan para trasladarla a un hospital psiquiátrico; o alguna persona se le provoca una perturbación que elimina su capacidad de entender y de querer.

e) Prevalcimiento o abuso de una situación de superioridad. Se refiere los casos en que los secuestradores, por el cargo que poseen influyen, eliminando la resistencia del pasivo, usando “la influencia espiritual”¹¹² suficiente para transgredir la libre voluntad del rehén privándolo o manteniéndolo enclaustrado.

¹¹² Cfr. Muñoz Sánchez, F.: El delito de detenciones..., p. 127.

III. EN RESUMEN: LA LIBERTAD AMBULATORIA

Por libertad ambulatoria se comprende la facultad de cada persona de fijar libremente su situación espacial. Dicha libertad tiene como presupuesto la libre voluntad, por lo que al agredir la voluntad se arremete también contra la libertad. En consecuencia, la citada libertad puede ser atacada desde que se tiene la potencialidad de desarrollar donde se quiere estar.

Como que puede ser atacada cuando se retiene o impide ir a una persona, lo que se explica con un “concepto de circunscripción” que precisa la afectación del bien jurídico, cuando materialmente se tiene un prisionero.

Por lo que la libertad puede ser atacada de cualquier medio con el solo requisito de que sea idóneo.

SECCIÓN 2ª. TESIS QUE EXPLICAN LA FORMA DE AFECTACIÓN DEL BIEN JURÍDICO DEL DELITO DE SECUESTRO Y CASOS ESPECIALES

Hay diversas tesis que explican la forma de afectación del bien jurídico del secuestro, entre las que destacaremos las siguientes:

I. TESIS DE LA LIBERTAD DE MOVIMIENTO ACTUAL

Esta doctrina supone que en los delitos contra la libertad se lesiona la libre voluntad solo por medio de la violencia o la intimidación, afectándose la libertad únicamente si la víctima evidentemente, de modo expreso o tácito, manifiesta su contrariedad a ser privado de la libertad.

De tal suerte, la tesis del movimiento actual no acepta que exista afectación a la libertad ambulatoria de forma presunta.¹¹³

Esta tesis es criticada por varios motivos. Por un lado, porque limita solo a ciertos medios comisivos y no a todos los posibles. Por otro lado, la referida postura es ineficaz para explicar los casos de tentativa en los que

¹¹³ Hay un grupo cuantioso de autores que se suman a esta postura, entre otras:

Suárez Montes, señaló que se afecta la libertad cuando se contradice de manera real, cuando se manifiesta en el mundo exterior de manera expresa o tácita.

Díez Ripollés, argumenta que es un acto contra la voluntad pues el legislador parte de una presunción legal en el sentido de que mientras no se demuestre lo contrario en ningún caso el sujeto pasivo de la conducta acepta ser privado de su libertad.

Binding, precisó que solamente se afectaba la libertad cuando se atacaba la formación o actuación de la voluntad y que no valía una presumir que no deseaba esa privación.

Rodríguez Devesa quien precisó que el tipo exige que la víctima se haya claramente manifestado su oposición a la privación de libertad a cuya consecuencia, si no se ha dado la oposición de la víctima, es un supuesto de tentativa y, en caso contrario, argumenta el tipo se torna demasiado e inconvenientemente amplio.

Bustos Ramírez que indica que esta postura es la adecuada en consideración a que el delito de secuestro es un delito contra la voluntad. Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detención..., pp. 54 y ss. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1966.

aun no existen actos ejecutivos y, en consecuencia, el paciente del delito no ha manifestado su expresa oposición a ser privado de su libertad.

Además, la tesis de la libertad del movimiento actual, tampoco justifica los casos en que el rehén esté inconsciente, ya que no es posible que en tales condiciones exprese su contrariedad al encierro.¹¹⁴

¹¹⁴ Con esto “(...) se dejan fuera del tipo los casos de creación o prolongación de la inconsciencia, ya que aquí no existe voluntad real de cambiar de lugar, no existiría una voluntad expresa o tácita, y por tanto no se realiza el tipo: piénsese en la creación de un estado de inconsciencia antes de que la víctima haya tomado la decisión de abandonar el lugar o la decisión de iniciar un proceso decisorio en ese sentido, por ejemplo el ladrón de una casa golpea al propietario dejándolo inconsciente para evitar que pueda ser perseguido en su huida; o cuando se prolonga el estado de inconsciencia, por ejemplo el suministro de un narcótico a una anciana mientras duerme para evitar las posibles resistencias de esta a ser trasladada a un centro psiquiátrico. Evidentemente (...) no existe duda de que existe una voluntad presunta que debe fundamentar la detención ilegal (...)”. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones... p. 57.

II. TESIS DE LA LIBERTAD DEL MOVIMIENTO POTENCIAL¹¹⁵

Esta postura considera que lo importante no es que se exprese la contrariedad de la voluntad, sino que la privación de la libertad se cometa con ausencia de voluntad. Por lo que, sostiene, que el bien jurídico protegido es la potencial (tanto efectiva como teórica) afectación a la libertad y no la oposición expresa o tácita de la víctima a ser detenido.¹¹⁶

Con esta explicación, la tesis que se aborda, busca proteger a todas las personas, incluso a las que no estén en posibilidad de tomar una decisión, como es el caso de los dormidos, los inconscientes, los borrachos o los enfermos catatónicos. Por lo que esta teoría no requiere que el afectado sea consciente de la privación de la libertad y cuando no está en posibilidad de expresar directamente su voluntad, lo pueden hacer sus representantes.

Un caso resuelto con la tesis del movimiento potencial ocurrió en Alemania, en el llamado “caso Amanda”, cuyo supuesto fáctico consistió en que:

¹¹⁵ A la que también se le conoce como teoría de la privación de movimiento futuro pues entra su valoración estimativa a un contenido no presente, a algo que se puede desarrollar. Vid. Polaino Navarrete, M.: Manual de derecho penal. Parte especial. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1993; p. 432.

¹¹⁶ En esta concepción, principalmente apoyados por la corriente alemana y minoritariamente española, entre otros están: Córdoba Roda que refiere que lo que importa es la potencialidad de violación del bien jurídico protegido.

Polaino Navarrete señala que pueden ser sujetos pasivos los que se hayan en una situación de involuntariedad así como los que carecen de voluntad pues, concluye, lo que importa es la facultad anímica de todo ser humano.

Schäfler indica que la libertad es un derecho fundamental conferido constitucionalmente por lo que debe interpretarse extensivamente e incluir a aquellos que no tienen capacidad de movimiento o las personas dormidas o inconscientes. Pues -afirma- que en caso contrario sería una interpretación contraria al sentido moral ya que se dejarían impunes los casos de las personas incapaces de actuación de voluntad.

Schmidhauser se pliega a esta teoría con la modalidad de que suma a la teoría de la representación. Es decir que otras personas detentan esa facultad en su nombre pero Schmidhauser niega esa posibilidad. Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., pp. 58 y siguientes. Apoyan esta teoría Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., pp. 1966 y ss. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 182. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 184 y ss.

El activo encerró a su amante, en su habitación, por media hora, mientras él le practicaba un aborto a otra mujer. En el proceso no se pudo demostrar que Amanda hubiera querido abandonar el cuarto, ni siquiera que hubiera sido consciente de que estaba encerrada. Pero en base a la teoría del movimiento potencial, el tribunal germano consideró que si Amanda hubiera estado consciente indudablemente hubiera intentado abandonar el cuarto y por ende se le condenó a su amante por el delito de detención.¹¹⁷

Esta tesis crea dos entendimientos de la libertad potencial, de acuerdo a si la persona puede ejercitar su facultad ambulatoria o no. El primer concepto de libertad potencial para los casos de personas con “imposibilidad transitoria” de ejercer su facultad ambulatoria. Verbigracia: Los dormidos o los borrachos.

El segundo concepto de libertad potencial es para las personas que tengan “imposibilidad definitiva”, es decir, que en ningún caso puedan ejercitar su facultad ambulatoria. Por ejemplo: Los enfermos catatónicos, los que se encuentran en coma o los discapacitados.

Esta tesis tiene el acierto de intentar abarcar los casos de las personas que no tienen, por si, en un momento determinado o permanentemente, la posibilidad de expresar su desacuerdo con la privación de libertad.

No obstante, también ha sido objeto de críticas. La primera va referida al bien jurídico, pues la ley establece que el bien jurídico del delito de secuestro es la libertad, no la “libertad ambulatoria potencial”. Por ello, esta concepción “falsea” el bien jurídico pues lo extiende de manera inadecuada.

¹¹⁷ Cfr. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones... p. 60.

Además, esta tesis persigue un fin moral como base para el respeto de sus derechos ambulatorios, lo que tampoco está previsto en la ley.

Por otra parte, esta tesis establece que lo importante es que se tenga la “potencialidad teórica” de ejercer la voluntad. Pero, en el caso del dormido, no hay, siquiera, conciencia con la que se pueda decidir donde estar. Luego no existe, ni teóricamente, la posibilidad de ejercer la libertad.

Finalmente, en lo que ocupa la crítica de la tesis, es de escribirse que de aprobarla, implicaría aceptar que el secuestro es un delito de peligro y no de lesión.¹¹⁸ Criterio del que se desprenden otras consecuencias, ya que si se tiene que el secuestro es un delito de peligro, no podría configurarse la tentativa, lo que es insostenible.

¹¹⁸ Cfr. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones... p. 61. En el mismo sentido Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., pp. 1967 y ss.

III. TESIS GARANTISTAS

Son varias posturas que coinciden en destacar que la libertad es una magna cualidad que toda persona posee, diferenciándose en la explicación de cómo se afecta el bien jurídico. Entre estas posturas cabe señalar:¹¹⁹

1. La teoría de la escasez de bienes. Postura que señala que a pesar de que sean muy escasos los medios para que el paciente del delito pueda ejercitar la actividad locomotriz, en todo caso, es penalmente relevante la privación de libertad.

2. La teoría de la adecuación social. Menciona que toda persona tiene derecho a la libertad por lo que es inadecuado socialmente que pueda negar su facultad locomotriz.

3. La teoría del movimiento humano. Que refiere que la libertad debe verse como algo inherente a la persona, algo abstracto y no tangible, que puede ser mecánicamente limitado.

Las tesis garantistas tienen el acierto de promover, como principio fundamental, el reconocimiento a la facultad ambulatoria, como algo abstracto e inherente a toda persona, en donde no interesa que se pueda ejercitar o no. Pero, estas tesis se quedan en el camino ya que su explicación se limita a resaltar la calidad del derecho a la libertad, más no explican cuál es su contenido como bien jurídico.

¹¹⁹ Estas teorías citadas por Polaino Navarrete, M.: Manual de..., p. 432.

IV. TESIS DE LA VOLUNTAD PRESUNTA¹²⁰

Esta proposición busca tanto armonizar como superar las diversas críticas que se hacen a las tesis antes reseñadas. De tal suerte, arranca reconociendo que la tesis del movimiento actual limita los medios comisivos del secuestro a la violencia física o coacción, descartando otros como el ingenio. Continúa analizando la postura del movimiento potencial, a la que acusa de falsear el bien jurídico pues, el secuestro no tutela la dignidad sino la libertad ambulatoria.

Finalmente, la tesis de la voluntad presunta sintetiza las críticas expuestas en el párrafo precedente, afirmando que el bien jurídico que tutela el secuestro es la libertad de movimiento, expresa o tácita y también cuando no tienen capacidad de formular su libertad, presumiendo que no quieren ser afectados.

La postura en comento tiene los argumentos más convincentes, pero aún no es aceptada de forma unánime por que dicen que exige un “juicio hipotético”¹²¹ que es un criterio inseguro ya que consiste en suponer que el rehén no desea ser privado de su libertad. Más la crítica no destruye la calidad del razonamiento de la tesis de la voluntad presunta. Aunque para evitar huecos en la explicación, valdría establecer que la presunción que establece esta tesis es *iuris tantum*.

¹²⁰ De Muñoz Sánchez, J.: Reflexiones sobre la..., p. 345.

¹²¹ Cfr. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1968.

V. TESIS DE LA VOLUNTAD PRESUNTA JURIS TANTUM. –PROPUESTA–

Esta noción toma como válidos los razonamientos que expone la tesis de la voluntad presunta, basada en la presunción lógica de que nadie desea ser privado de su libertad ambulatoria, a la que por el hecho de ser personas todos tienen derecho. Más, se agrega, que esa presunción es *iuris tantum*.

En efecto, la regla de ordinariedad, además de que se desprende de un instinto natural, es que nadie desea ser privado de la libertad. Ergo suponer que la víctima desea ser privada de su libertad es un caso de extraordinaria excepción que, por ello, debe ser probado.¹²²

Por lo expresado, el bien jurídico del delito de secuestro se explica con la tesis de la voluntad presunta *iuris tantum* que se enuncia asegurando que: El bien jurídico del delito de secuestro es el derecho a la libertad ambulatoria que toda persona, por el hecho de serlo, tiene y se presume, salvo prueba en contrario, que nadie desea ser privado de dicha facultad.

¹²² A diferencia de lo que sostiene Díez Ripollés que afirma: Que la presunción legal es de que “el sujeto pasivo acepta la incidencia sobre su persona”. Lo que rompe un principio lógico de que nadie desea ser privado de su libertad. Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 55.

VI. PRINCIPIOS QUE IDENTIFICAN LA AFECTACIÓN A LA LIBERTAD AMBULATORIA

Para poder sostener la existencia de una afectación al bien jurídico se deben reunir ciertas características, que se formulan como principios:

1. Principio de circunscripción. Este principio, ya analizado, precisa que la privación de libertad se da si y solo si se enclaustra al rehén, limitando su espacio geográfico. Descartando que el secuestro se pueda cometer impidiendo ir a un determinado lugar.

2. Principio de intensidad. No toda afectación al bien jurídico es típica, sino solo las más graves. Ello implica el análisis del caso concreto donde se debe valorar si existió una real afectación a la libertad ambulatoria.¹²³

De tal suerte no puede ser secuestro:

Si un varón toma de la mano a una mujer exigiéndole a cambio de su liberación un beso.

O si una joven alquila un taxi indicándole al chofer que la lleve a la estación de autobuses, pero en lugar de dirigirse ahí la lleva a una localidad vecina, acosándola sexualmente durante el trayecto pero al no lograr su propósito, el taxista la baja del taxi.

¹²³ Debe descartarse la aplicación del tipo agravado en los supuestos de solicitud de nimiedades o incluso la petición del dinero necesario para la manutención o para proporcionar medicinas, fármacos u otra clase de necesidades del detenido. Cfr. Vives Antón, T.S. y otros autores: Derecho penal. Parte especial. 3ª edición revisada y actualizada. Tirant lo blanch. Valencia – España. 1999; p. 176. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1960. En similar sentido Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1973.

O si se esconden prendas de vestir a una joven que desnuda se baña en el rio o en el gimnasio de una escuela.

En los ejemplos mencionados formalmente se reúnen los elementos del tipo legal de secuestro, pero la conducta no tuvo la intensidad para agredir “seriamente” el bien jurídico tutelado por la ley penal.

Es necesario destacar que el análisis del bien jurídico abandona la interpretación “legaloide” del derecho, pues no basta que formalmente se actualice el tipo legal de secuestro, sino que debe existir una efectiva trasgresión a la libertad ambulatoria para que la conducta sea materialmente antijurídica.

Con este principio se descarta el criterio cronológico que considera consumado el secuestro solo cuando ha pasado un mínimo de tiempo.¹²⁴ Porque no es el tiempo lo que precisa consumado el secuestro, sino que lo importante es la afectación al bien jurídico tutelado: si se le puso en riesgo, será tentativa, y si se le afecto de manera seria, el delito será consumado.

En este orden de ideas correctamente la jurisprudencia señala:

“(...) En lo que afecta a la posible dimensión temporal del delito de detención ilegal, procede señalar que la jurisprudencia se inclinó tradicionalmente por entender que este se consuma en el momento en que el sujeto pasivo se ve imposibilitado de actuar (...) sin que obste a esa

¹²⁴ En este sentido SSTS 15 de diciembre de 1998, 13 de marzo de 1999 y 22 de octubre de 1999. Como en el plano doctrinal Calderón Cerezo, A. et al. Derecho penal. Tomo II de II. Parte especial. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal. Bosch. Barcelona España. 1999; p. 656. En el mismo sentido Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 181. Arroyo Zapatero, L. y otros (varios directores). Comentarios al código..., p. 400. Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español..., p. 165. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 191.

plenitud de su perfeccionamiento el mayor o menor lapso de tiempo (...)"¹²⁵

3. Principio de que la privación de la libertad sea un fin en si mismo, no un medio para cometer otro delito en el caso de detenciones y que sea un medio para buscar un fin económico, político o de venganza en el supuesto del secuestro.

No todas las privaciones de libertad, son las que ampara el bien jurídico del delito de detenciones, sino solo aquellas que sean un fin en si mismo, es decir que el activo tenga la concreta y única intención de privar de la libertad.¹²⁶

Un ejemplo donde no se afecta el bien jurídico prescrito para el delito de detenciones es: El sujeto que encierra en el baño a una dependienta de una zapatería, mientras roba.

En el supuesto anterior, la privación de la libertad no es un fin en si mismo sino un medio para el robo, entonces no afecta el bien jurídico del delito en estudio.

En tanto, para el secuestro dado que se forma con una privación de libertad mas la exigencia del cumplimiento de una condición, este último acto enmarca que el fin del activo es tener privado de la libertad al rehén hasta que se cumpla con lo que se demanda y dentro de las cosas que se pueden exigir caben las de índole económico, o una prebenda política o una revancha.

¹²⁵ STS 29 de octubre 1990.

¹²⁶ Vid. STS 16 de diciembre 1997, STS 28 de marzo 2003, STS 7 de abril 2006. En el mismo sentido Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1965.

4. Principio de idoneidad de la intimidación. Para el secuestro, es válido cualquier medio comisivo para la privación de libertad, solo basta que sea eficiente para vencer la resistencia del rehén.

5. La existencia material del bien jurídico. Siendo el bien jurídico libertad ambulatoria, despréndase que su inexistencia excluye el delito de secuestro. Luego es menester apuntar, como se abunda en líneas posteriores, que el secuestro se consuma desde que se realiza la privación de libertad, con independencia de que se exija el rescate.

En este sentido, no importa que la inexistencia del bien jurídico sea desconocida para los extorsionados, pues no se actualiza el secuestro al faltar bien jurídico a tutelar.

Por lo que:

- Si se comete una privación de libertad y el rehén fallece después de esto, se actualiza un secuestro consumado.
- Si el rehén está muerto al momento de que se le priva de libertad, no existe secuestro consumado, si no tentativa de delito imposible.¹²⁷

Con la presente argumentación se desestima la consideración del tribunal español, en el “caso Anabel Segura” en el que afirmó la actualización del delito de secuestro a pesar de que los secuestradores exigieron rescate a sus familiares ocultando que estaba muerta, a lo que el juzgado sostuvo que estaba actualizado el secuestro considerando que lo trascendente era que

¹²⁷ Vid. SAP de Toledo de 3 de febrero de 1998 en la que el tribunal precisó la inexistencia del delito de secuestro y STS 5 de marzo de 1999 en la que la alzada resolvió considerando la actualización del delito de secuestro considerando irrelevante que la rehén haya muerto y su liberación era imposible.

los destinatarios de la solicitud de rescate creyeran que la rehén se encontraba con vida y que su liberación dependía del pago del rescate.¹²⁸

Específicamente no compartimos la opinión del tribunal en cuanto hace a la afirmación en el sentido de que no importa, para la configuración del delito de secuestro, que la rehén esté muerta, pues si no existe bien jurídico vida, no existe el bien jurídico libertad ambulatoria.

Aunque estamos de acuerdo con el sentido de la resolución del tribunal al haber decretado sentencia condenatoria por el delito de secuestro, en el “caso Anabel Segura” pero, afirmamos, era más adecuado atender a otro distinto razonamiento.

Ese distinto argumento es que el secuestro de Anabel se había consumado desde que fue privada de su libertad como se expondrá al hacer el análisis del momento en que debe ser considerarse consumado el delito de secuestro en el capítulo primero de la segunda parte.

¹²⁸ Vid. Corcoy Bidasolo, M. (directora): Manual práctico de derecho penal. Parte especial. Tomo I. Valencia, España. 2002; p. 297. Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p. 173.

VII. CASOS DE VICTIMAS ESPECIALES EN EL SECUESTRO

A fin de demostrar la eficacia de la tesis de la voluntad presunta *iuris tantum* y con ella sostener que cualquier persona por el hecho de serlo puede ser víctima de secuestro¹²⁹ se analizan algunas hipótesis de casos polémicos.

1. Caso en que el rehén tiene una capacidad física diferente

Las hipótesis en que el rehén no puede por si mismo y sin apoyo en instrumentos desplegar su facultad ambulatoria, han sido objeto de diversas polémicas, defendiéndose básicamente tres puntos de vista: a) hay quienes afirman que las personas con capacidades diferentes no pueden ser víctimas de secuestro, porque no tienen facultad ambulatoria; b) otros afirman la actualización de la privación de libertad, pero el ofendido con el delito es el representante legal del incapaz; y c) también se sostiene que se actualiza la privación de libertad, mas el ofendido es el discapacitado (teoría de la voluntad potencial).¹³⁰

Ninguna de las posturas antes precisadas es plenamente convincente por las razones expuestas líneas antes al criticar las tesis que explican el bien jurídico. A nuestro juicio, conforme a la teoría de la voluntad presunta *iuris tantum*, las personas con capacidades diferentes tienen en su haber facultativo libertad ambulatoria y se presupone, salvo prueba en contrario, que en ningún caso desean ser privados de la facultad traslaticia. Entonces, evidentemente pueden ser víctimas del delito de secuestro.

Ahora bien, los discapacitados pueden ser privados de su libertad de una “forma ordinaria”, que se produce siempre por acción, encerrando o deteniendo. Pero también se puede realizar de “forma extraordinaria”, que se puede producir por acción, quitándole los medios, técnicos o de cualquier especie, con los que se pueda mover, o por omisión (valida solamente para

¹²⁹ Vid. Muñoz Conde F.: Derecho penal. Parte especial..., p. 166. Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p. 171.

¹³⁰ Vid. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1970.

las detenciones pero no para el secuestro), no proporcionándole, teniendo la calidad de garante, al incapaz los medios que necesita para ambular.¹³¹

Ejemplos de esa forma extraordinaria de privar de la libertad:

Por acción: El activo impide que la enfermera le ayude a un tullido, que esta en una cama, a colocarse en su silla especial con la que se mueve.

Por omisión: La enfermera encargada del paralítico, intencionalmente no lo ayuda a posicionarse de su silla con la que puede moverse.

O, el tutor del ciego, que le quita su perro - guía impidiendo que el invidente se pueda mover.

2. Caso en que el rehén posee capacidades mentales diferentes

Quienes no tienen capacidad de querer y entender, también pueden ser víctimas de secuestro, de acuerdo a la ya explicada tesis de la voluntad presunta *iuris tantum*, ya que el derecho a la libertad ambulatoria se obtiene por el hecho de ser persona. Más, en estos casos, otra persona legalmente autorizada¹³² es la que puede decidir donde debe estar quien por si solo no puede ejercitar su voluntad.¹³³

¹³¹ Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 72.

¹³² Resultando bizantino polemizar que el representante del incapaz es el verdadero sujeto pasivo del delito, pues el poseedor de derecho es el discapacitado y en casos de interdicción quien lleva a la práctica legal ese derecho el representante legal del incapaz, pero el derecho ambulatorio no se transfiere sin solo se ejerce la representación del mismo. En contrario Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 182.

¹³³ Cfr. Muñoz Sánchez, J.: EL delito de detenciones... p. 31.

3. Caso de los presos

Para los reclusos que por sentencia o por prisión preventiva se encuentran limitados de su derecho a desplazarse, se confrontan, entre otras, dos opiniones: a) por un lado se afirma que pueden ser víctimas de secuestro, dado que se restringe a un espacio más limitado al marco legal de su castigo; y b) por otro se sostiene que no es posible el secuestro en los presos, pues ya no tienen libertad ambulatoria, al haberseles restringido mediante una sentencia.¹³⁴

Tomando posición es de afirmarse que los presos no pierden su derecho ambulatorio, sino que solo se les restringe a un espacio determinado.¹³⁵

Entonces, lo presos si pueden ser objeto de secuestro y se perturba el bien jurídico si se les limita su espacio, a más de lo dispuesto por el órgano de aplicación de sentencias.¹³⁶

Por lo anotado, no se comparte la decisión en la resolución del STS de 20 de diciembre de 1974, que consideró acreditada la figura penal de detención, realizada por unos presos, de tres funcionarios y un capellán en el interior de una cárcel, pero desestimó demostrado el delito respecto de cuatro reclusos que acompañaban al resto de las víctimas.¹³⁷

En el caso anterior el tribunal supremo afirmó que los presos no tienen en su haber facultativo libertad ambulatoria, cuando claramente si la

¹³⁴ Vid. Sentencia del 20 de diciembre de 1974.

¹³⁵ Vid. Sentencia del 20 de diciembre de 1974. En este sentido Muñoz Sánchez, Juan. El delito de ..., p. 78. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 182.

¹³⁶ "Privación o es absoluta, ya que la víctima puede tener libertad ambulatoria dentro del recinto de detención. La descripción típica expresa que dicho recinto ha de ser una "cárcel privada" u "otro lugar". Jiménez Huerta, M.: Derecho penal mexicano..., p. 129.

Ya que " (...) es indiferente para el delito que al sujeto se le impida alejarse de un angosto punto geográfico (una estrecha celda), o de un cierto espacio (una amplia finca). No afectaría, así mismo, a la presente infracción que el sujeto tenga movilidad dentro de ese espacio determinado". Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones ilegales..., p. 138.

¹³⁷ Vid. Polaino Navarrete, M.: Manual de derecho penal..., p.434.

tienen pues se le puede reducir, aun más, su espacio de confinamiento a límites más estrechos. Recuérdese que los presos pueden ser castigados y confinados a un espacio más pequeño como una bartolina.

Además a los sentenciados se les limita su potestad ambulatoria condenándolos a estar en el interior de la cárcel donde, salvo las restricciones legales que hay en el interior del centro penitenciario, a poder deambular. Por lo que no es legal que se les constriña a un lugar sin poder desplazarse y enclaustrados en un cuarto como sucedió en el caso que se comenta y un preso no puede estar restringido al espacio mas haya de lo determinado en la sentencia.

Ergo, la sentencia, en ningún caso restringe la libertad ambulatoria de forma absoluta, por lo que los presos pueden ser victimas del delito de secuestro.

4. Caso del dormido o inconsciente

Aquí también podemos distinguir dos subhipótesis: a) cuando el activo provoca la inconsciencia del rehén; o b) cuando el paciente del delito se duerme o se provoca la inconciencia voluntariamente.¹³⁸

En ambos casos se presenta la afectación de la libertad ambulatoria pues el agente del delito violenta la libertad en la fase de creación de la decisión de la voluntad.¹³⁹

Es valido como ejemplo del segundo supuesto el caso de la persona que toma fármacos para dormir y estando dormida es privada de su libertad, de manera que no expresa su contrariedad al acto.¹⁴⁰

En la hipótesis planteada perfectamente se da la afectación al bien jurídico tutelado, cobrando vigencia, de nueva cuenta la concepción de que

¹³⁸ Vid. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1971.

¹³⁹ Cfr. Jiménez Huerta, M.: Derecho penal..., p. 131.

¹⁴⁰ Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 131.

nadie desea ser privado de su libertad, no importando que no haya manifestado su oposición.

5. Caso en que el activo le causa la inconciencia a la victima, con el fin de que no abandone un determinado lugar

En estos supuestos en algunas de las variantes imaginables: Que la victima haya manifestado su decisión de abandonar el lugar y enseguida se le provoque la inconciencia o que la victima no haya manifestado su decisión de abandonar el lugar y se le provoca la inconciencia ultimo caso en el que además puede inferirse otras variantes, como: Cuando la privación de libertad dura el tiempo de la inconciencia; cuando la privación de libertad concluye antes de que se recobre la conciencia y cuando la privación de libertad continúa después de que se haya recobrado la conciencia.

Situaciones que, al igual que los dos casos anteriores también, puede tener dos variantes: a) que la victima haya manifestado su decisión de abandonar el lugar y enseguida se le provoque la inconciencia; o b) que la victima no haya manifestado su decisión de abandonar el lugar y se le provoca la inconciencia. A nuestro juicio, en ambas hipótesis se solucionan con la ya explicada tesis de la presunción *iuris tantum*, por que se presupone, salvo prueba en contrario, que la victima no quiso ser privado de su libertad.¹⁴¹

¹⁴¹ “El sujeto pasivo permaneciera dormido durante todo el tiempo del encierro, pues el hecho de que el sujeto activo abra las puertas antes de que aquél despierte, no desvirtúa la potencial detención arbitraria, máxime cuando dicha potencial detención se habría trocado en efectiva, si la persona hubiere despertado antes de que las puertas se abriesen”. Jiménez Huerta, M.: Derecho penal..., p. 131.

6. Caso de los menores

Los menores de edad por disposición legal no tienen plena capacidad de ejercicio, más cuando son bebés en que ni siquiera pueden decidir donde estar.¹⁴² En esas específicas circunstancias, el bien jurídico libertad ambulatoria se ve inquietado cuando se afecta la libertad ambulatoria decida por quien tiene las facultades para ejercerla, constituyendo un caso “*sui generis*” de representación para el ejercicio de la libertad ambulatoria.¹⁴³

¹⁴² Vid. Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p. 173.

¹⁴³ En concierto con lo anterior en una tesis jurisprudencial mexicana señala: “Plagio, modalidad de robo de infante. la retención del menor configura el ilícito. De la recta interpretación del artículo 302, fracción V, del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, que prevé el delito de plagio en su modalidad de robo de infante, se concluye que el bien jurídico protegido lo es la libertad del menor, por lo que su configuración puede realizarse no solamente mediante el apoderamiento del mismo sino también a través de actos que se traduzcan en sustraerlo de la esfera de custodia de sus padres o tutores; por tanto, si en la causa penal consta que el indiciado retuvo en su domicilio al menor privando a su madre del ejercicio de la custodia de éste, es evidente que se configura el ilícito aludido. No. Registro: 199,700. Tesis aislada. Materia(s): Penal. Novena época. Tribunales colegiados de circuito. Fuente: Semanario judicial de la federación y su gaceta. Tomo: V, Enero de 1997. Tesis: VI.2o.148 Página: 517. Segundo tribunal colegiado del sexto circuito.

Amparo directo 612/96. Tomasa Cabrera Marín. 13 de noviembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio Meza Alarcón. Secretario: Héctor Enrique Hernández Torres. En disco compacto ius 2007. Jurisprudencias y tesis aisladas. Suprema corte de justicia de la nación. Poder judicial de la federación. En similar sentido Muñoz Conde F.: Derecho penal. Parte especial..., p. 166. En contrario Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 182.

VIII. EN RESUMEN: LA TEORÍA EXPLICATIVA DEL BIEN JURÍDICO DEL DELITO DE SECUESTRO.

La naturaleza del bien jurídico de secuestro se explica con la “tesis de la voluntad presunta *iuris tantum*”, que sostiene que toda persona puede ser víctima de secuestro porque tiene derecho a la libertad ambulatoria y se presupone, salvo prueba en contrario de una libre renuncia a la voluntad, que nadie desea ser privado de su facultad ambulatoria.

De tal suerte, esta tesis, valida el argumento de que personas con capacidades diferentes, los enfermos catatónicos, los dormidos, los ebrios, los reclusos, etc. pueden ser víctimas de secuestro.

SECCIÓN 3ª. LOS BIENES JURÍDICOS IMPLÍCITOS

I. LOS BIENES JURÍDICOS IMPLÍCITOS QUE TUTELA LA FIGURA PENAL DE SECUESTRO.

1. Posturas en torno a bienes jurídicos distintos a la libertad ambulatoria que contempla el delito de secuestro

Ut supra quedó establecido que formal y expresamente el delito de secuestro tutela la libertad ambulatoria del rehén, pero no es único bien jurídico que tutela la figura penal de secuestro y no es la única víctima posible, ya que su descripción típica precisa que para su integración requisita la exigencia del cumplimiento de una condición, lo que implica que puede afectar la libertad de querer y derivado de la imposibilidad de libre decisión pueden surgir diversas afectaciones, además de que puede haber otras personas afectadas por el delito que no fueron privadas de su libertad.¹⁴⁴

Las afectaciones pueden victimizar a los extorsionados, que pueden ser personas distintas al rehén y que no deben quedar fuera de la protección jurídico penal. Con este propósito, surgen como posibles soluciones:

A. Modificar el bien jurídico, como lo plantea la tesis del “objeto ideológico del delito fin o final de la acción”¹⁴⁵ o anotar otros bienes jurídicos junto al de la libertad ambulatoria.

La tesis del “objeto ideológico del delito fin o final de la acción” precisa que los delitos deben clasificarse de acuerdo a la intención. Si se aplica esta postura al caso del secuestro habría que clasificarlo entre los

¹⁴⁴ Vid. Quintanar Díez, M.: El delito de secuestro: Tipo de injusto, dolo y autoría. En estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal. Con el patrocinio de las universidades: Complutense de Madrid, Granada y Valencia. Madrid España. 2005; p. 765.

¹⁴⁵ Vid. Weinstein, Federico M.: El delito de secuestro..., p. 62.

delitos contra el patrimonio, en el caso del secuestro financiero; entre los delitos contra el Estado, caso del secuestro político; y entre los delitos contra las personas, en el caso del secuestro por vindicta.

La otra opción pasa por colocar más bienes jurídicos junto a la libertad ambulatoria como pueden ser “otras garantías”.

Ninguna de las soluciones apuntadas es satisfactoria. La tesis del objeto ideológico del delito fin o final de la acción desatiende uno de los resultados que identifica el secuestro: La privación de libertad. Y anexar más bienes jurídicos sin la precisión de cuáles son conduce, a la postre, a que tampoco puedan ser objetos de precisa protección legal.

B. La segunda solución es considerar que conjuntamente con el bien jurídico del delito de secuestro, la libertad ambulatoria, existen más bienes que implícitamente son considerados por la figura penal en cita.

Esta última postura es la que consideramos más adecuada pues lo que se debe considerar para clasificar los distintos tipos legales es el bien jurídico tutelado.¹⁴⁶

Ahora cuando hay varias afectaciones a bienes jurídicos si estos se encuentran perfectamente delimitados pueden coexistir. Más, cuando solo hay un bien jurídico determinado, la libertad ambulatoria en el caso de secuestro y contingentemente, y solo contingentemente, hay otras afectaciones; por que es más propicio establecer un solo bien jurídico, que necesariamente tiene que verse afectado por el delito, sin pasar por alto que pueden existir más afectaciones de distintos cuño y generalmente de menor trascendencia.

¹⁴⁶ “(...) Es cierto que los bienes jurídicos afectados por el delito de secuestro son dos, la libertad ambulatoria y la libertad en el ámbito de la formación de su voluntad del tercero que se ve amenazado a cumplir con la condición so pena de que no se libere al detenido (...)”. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 190. Con la precisión de que no son solo dos bienes jurídicos implícitos sino, como se anota en la presente tesis, pueden ser mas.

Esta previa afirmación es la que explica que en el delito de secuestro, la afectación o puesta en riesgo del bien jurídico, es la libertad ambulatoria pero ocasionalmente se puede afectar otros bienes jurídicos como a distintas personas diferentes del rehén. Entonces en el delito de secuestro pueden existir además de la libertad ambulatoria más bienes jurídicos trasgredidos como distintos afectados además del rehén,¹⁴⁷ que son los extorsionados.

2. Los bienes jurídicos implícitos que tutela el delito de secuestro

En fin, en el caso del delito de secuestro, atendiendo a los extorsionados, los bienes jurídicos implícitos que se custodian pueden ser:

A. El patrimonio

En antaño el delito de secuestro estaba dentro de los delitos patrimoniales, lo que fue una herencia Italiana, ya que el secuestro cuando salió de la legislación militar a la legislación común, fue catalogado como un delito patrimonial, entonces llamado *recaptus cum sequestratione*.¹⁴⁸

Después, la clasificación del delito cambió a aquellos que afectan la libertad, por tener prioridad en el catalogo de derechos, pero a pesar de que efectivamente la libertad ambulatoria es un bien jurídico prioritario no se puede desatender al patrimonio, implícitamente tutelado, pues el delito de

¹⁴⁷ “La enorme relevancia de la antisocialidad y de la antijuridicidad de esta conducta de detenciones ilegales reside, fundamentalmente, en la innecesaria lesión de otros bienes jurídicos, de la víctima, distintos al de la libertad, que hace mas penoso y reprobable el comportamiento tipificado.” Márquez Piñero, R.: Aspectos jurídicos internacionales del secuestro. *Ars iuris*. Revista del instituto de documentación e investigación jurídica de la facultad de derecho de la universidad panamericana. Numero 11. México D.F. 1994; p. 129.

¹⁴⁸ Vid. Weinstein, Federico, M.: El delito de secuestro..., p. 61.

secuestro a veces resulta con el aniquilamiento de empresas y/o del sustento familiar.¹⁴⁹

B. Libertad psicológica ¹⁵⁰

Tanto el rehén, el extorsionado y la gente allegada a las víctimas, pueden sufrir un daño psicológico.¹⁵¹ Dentro de la afectación psicológica, existen grados de perturbación. Implica que con el secuestro, el extorsionado y el mismo rehén pueden sufrir distintos grados de victimización.¹⁵²

¹⁴⁹ “En toda extorsión hay un ataque a la libertad, por una parte, y, un ataque a la propiedad por otra parte que se afecta por el rescate que se debe pagar a los efectos de lograr la libertad perdida ya se trate de un derecho de la propia víctima sustraída, retenida u ocultada, o de un tercero que paga.” Weinstein, Federico, M.: El delito de secuestro..., p. 61.

¹⁵⁰ Como curiosidad Maldonado Aguirre en su libro “El delito y el arte” colocó como piezas de opera donde se ilustran las consecuencias (dice el plagio) del secuestro son: Mignón de Thomas y Rinaldo de Händel. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1994; p. 104.

“(…) En el secuestro (...) hay un doble ataque a la libertad:

- 1) el común de todas las extorsiones, dirigido contra la libertad psíquica o de autodeterminación, generalmente de un tercero, que será destinatario de la exigencia, y
- 2) el específico de esta figura, que se menoscaba la libertad ambulatoria de la víctima de extorsión, o de un tercero”. Weinstein, Federico M. El delito de secuestro..., p. 61.

¹⁵¹ Entendiendo por daño psicológico: “[...]La consecuencia traumática de un acontecimiento que es vivenciado como un ataque que desborda la tolerancia del sujeto, que instaura a nivel inconsciente por su grado de intensidad y la incapacidad del sujeto de responder a él, por la desorganización de sus mecanismos defensivos, derivando en trastornos de características patológicas, que se mantienen por un tiempo indeterminado, que pueden o no ser remisibles.” Esbec Rodríguez, E.: Daño psíquico y su reparación en víctimas de delitos violentos: Una línea general de investigación. Los centros de ayuda. En psiquiatría legal y forense. Tomo 1 de 2. Editorial Colex. Gobierno de Canarias. España. 1994; p. 1394.

¹⁵² Las etapas de victimización pueden ser:

A. Shock. Que consiste en cuando la persona, no da crédito a lo que le está pasando y queda paralizada por el delito.

B. Miedo. Etapa en la cual se asume la conciencia de que se es víctima del delito y surge el pánico llamado fenómeno temérico que puede desencadenar una neurosis.

C. Apatía y rabia. Después de una etapa de miedo, este puede cambiar a apatía, consecuencia de una depresión traumática, en la que hay resignación por lo que pasa aceptando cualquier consecuencia que se pueda derivar.

C. Un perjuicio económico

La cuestión patrimonial se ve afectada generalmente para la familia de la víctima, como también es frecuente que se perturbe la economía de empresas o negocios donde trabaja el rehén o los allegados de este.

Como puede sobrevenir la rabia, producto de la impotencia. Manifestándose como coraje, que puede ser contra el mismo o contra cualquiera.

D. De resolución del conflicto. Fase a la que se llega después de una etapa de shock, de miedo y de rabia o apatía; se desemboca en una actitud hipervigilante y revisión de valores y creencias.

Puede desembocar en ánimo de:

1. Pleitesía.- Presentando el síndrome de Estocolmo, donde se participa de las ideas y fines de los secuestradores.
2. De venganza.- Síndrome de contraestocolmo. Donde se busca revancha en contra de los secuestradores, considerando injusta su situación de víctimas. Esbec Rodríguez, E.: Daño psíquico y ..., p. 1357.

Un sonado caso del síndrome de Estocolmo fue el de Patricia Hearst hija de un empresario de Estados Unidos Rodolph Hearst, secuestrada a principios de 1974 por el ejercito de liberación Simbiones. En el claustro se enamoró de uno de los secuestradores y después se unió al grupo subversivo, hasta que fue capturada, sentenciada y posteriormente indultada por el presidente Carter. Cfr. Góngora Pimentel, G.D.: Evolución del secuestro..., p. 69.

II. EN RESUMEN: LOS BIENES JURIDICOS IMPLICITOS EN LA FIGURA PENAL DE SECUESTRO

Los bienes jurídicos implícitos, en relación con los extorsionados, que pueden ser el rehén o terceros son: La libertad psicológica y el patrimonio.

SEGUNDA PARTE

ANÁLISIS DOGMÁTICO Y POLÍTICO CRIMINAL DEL DELITO DE SECUESTRO

CAPÍTULO PRIMERO

NATURALEZA Y CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE SECUESTRO

I. NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE SECUESTRO

Para determinar la naturaleza jurídica del delito de secuestro es necesario revisar como está previsto en el código penal, cuyos artículos que ocupan el tema son:

Artículo 163.

1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.
2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.
3. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.
4. El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

Artículo 164

El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años. Si en el secuestro se hubiera dado la circunstancia del

artículo 163.3, se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieran las condiciones del artículo 163.2.

Artículo 165

Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 166

El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este capítulo, salvo que la haya dejado en libertad.

Artículo 167

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 los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años.

Artículo 168

La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este Capítulo se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito de que se trate.

El análisis de los preceptos en cita descubren al secuestro, como:

1. Un delito que tutela la libertad ambulatoria como demás bienes jurídicos implícitos

Dicha característica fue explicada en la primera parte del presente trabajo, por lo que huelga otro comentario al respecto.

2. Un delito con un *nomen iuris* propio diferenciado del delito de detenciones cometidas por particulares

El delito de secuestro tiene un *nomen iuris* propio que material como sistemáticamente se ubica posterior al delito de detenciones y cuyas características vienen condicionadas por la forma de tipificación que adopte el legislador existiendo fundamentalmente dos formas:

A. Como una detención calificada

Esta postura afirma que el secuestro es en realidad una detención disfrazada que no requiere ser una figura especial, ya que protege el mismo bien jurídico que el delito de detenciones y en todo caso solo es un tipo agravado, pero no otro delito.¹⁵³

En ese entendido, los autores que apoyan este razonamiento, sostienen que es innecesaria la tipificación del secuestro, lo que solo se utiliza como un recurso semántico, pero no jurídico, ya que las conductas que integran el delito en mención se solucionan con las reglas de concurso.¹⁵⁴

¹⁵³ Cfr. Vives Antón, T.S. y otros autores: Derecho penal. Parte especial..., p. 172.

¹⁵⁴ En este sentido Zugaldía Espinar, J.M.: El título V (Delitos contra la libertad) del libro II (delitos y sus penas) de la propuesta de anteproyecto del nuevo código penal. En documentación jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del nuevo código penal. Vol. I. Enero-diciembre de 1983. 37/40. Gabinete de documentación y publicaciones. Secretaria general técnica. Ministerio de justicia. Madrid España; p. 432. Rodríguez Ramos L. y otros: Derecho penal. Parte especial I. Delitos contra las personas-Delitos contra la libertad- Delitos contra la libertad sexual.

B. Como un *delictum sui generis*

Esta forma de disciplinar el delito de secuestro, que es la que sigue el CP, fundamentalmente considera que el delito de secuestro, por su gravedad, debe edificarse como un delito autónomo diferenciado del de detenciones.

Ambas formas de regulación tiene pros y contras. A la primera postura se le refuta que las conductas que integran el delito de secuestro: detenciones cometidas por particulares y amenazas condicionales; ni en forma individual, ni en concurso tienen el mismo reproche punitivo que la figura penal criticada. Mientras, a la segunda postura, se le reprocha la inconveniente “inflación penal” al crear tipos penales compuestos, que son innecesarios porque suple el trabajo que le corresponde hacer al “concurso”.

A pesar de la crítica, apreciamos correcta la segunda posición, que es la que siguió el legislador español en razón de que el delito de secuestro además de que no suple las reglas del “concurso” tampoco es una herramienta de falsa retórica.

En efecto, el secuestro no suple al “concurso” como se evidencia al aplicar sus reglas donde resulta que el castigo que corresponde por las figuras penales de detenciones cometida por particulares y amenazas condicionadas es inferior que la prevista para el secuestro.¹⁵⁵

A más de lo anterior, el secuestro tampoco es un adorno legal innecesario como se desprende de su historia, analizada en la primera parte de este estudio, en donde quedó patente que es una conducta que implica una especial antijuridicidad, distinta y más grave que el del una simple detenciones agravada que obliga a la creación de una específica normatividad que lo combata.

Servicio publicaciones facultad de derecho universidad complutense Madrid. Madrid-España. 1998; pp. 118 y ss.

¹⁵⁵ Cfr. Muñoz Conde, F.: Derecho Penal. Parte Especial..., p. 172.

En el fondo la configuración del delito de secuestro, como un *nomen iuris* propio, no es una sola floritura gramatical, sino una figura penal de existencia necesaria e insustituible, por lo que se hace necesario su análisis diferenciado del delito de detenciones cometida por particulares.¹⁵⁶

3. Un delito con independencia conceptual y funcional del de detenciones cometidas por particulares

El delito de secuestro comparte la mayoría de las características dogmáticas con el de detenciones, pero tiene particularidades *sui generis* exclusivas que le dan autonomía conceptual y funcional.¹⁵⁷

La génesis de las particularidades del delito de secuestro que lo diferencian del de detenciones brota de la calidad y número de los bienes jurídicos que tutelan, como de la víctima o víctimas afectadas.

El delito de detenciones solo protege un bien jurídico, la libertad ambulatoria, y considera como un único sujeto pasivo del delito, aquel que es privado de su libertad.

Mientras el secuestro resguarda plurales bienes jurídicos, la libertad ambulatoria como otros bienes jurídicos implícitos y pueden existir, además de rehén, otros afectados como es el caso de los extorsionados.

¹⁵⁶ En este sentido Polaino Navarrete, M.: Detención ilegal y..., p. 609. Prats Canut, J. M.: Delitos contra la..., p. 205. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 2002. Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español..., p. 172. Quintanar Díez, M.: El delito de secuestro..., pp. 764 y ss.

¹⁵⁷ "El secuestro, como toda figura que atente contra la libertad debe partir estudiando la figura básica: Las detenciones. Quedando algunas de sus conclusiones aplicables, pero el secuestro es una figura compleja que reúne 2 verbos típicos, y cobra vida independiente o mejor dicho autonomía conceptual y funcional". Jiménez Huerta, M.: Derecho penal mexicano..., p. 137. En similar sentido Escobar Jiménez, R.: Delitos contra la libertad. En Código penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia. Serrano Butrageño, Ignacio (coordinador editorial). Comares editorial. Granada España. 1998; p. 1015. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 2002.

Así las cosas existe una necesaria conexión entre las figuras, pues el secuestro se forma con las detenciones y un plus, pero pese a la conexión aunque similares no iguales ya que dicho plus personaliza al secuestro como un delito con independencia conceptual y funcional del de detenciones cometidas por particulares.

Por lo que debe abandonarse la práctica, como lo hacen la mayoría de los especialistas de la materia en España, de analizar el delito de secuestro asumiendo indiscriminadamente que le son válidas todas las conclusiones del delito de detenciones.¹⁵⁸

4. Un delito compuesto o complejo

El delito de secuestro, por su estructura, entre la división de simple o complejo, es de los últimos, en razón de que se forma con la fusión de la detención cometida por particulares más una amenaza condicionada.

Dicha fusión despersonaliza sus piezas integrantes, por lo que los delitos de detención y amenazas conminatorias pierden su autonomía típica y como resultado de dicho mestizaje se forma un delito distinto.¹⁵⁹

En individual, el delito de detenciones protege la libertad ambulatoria, con ello la libertad de obrar. En tanto, las amenazas conminatorias tutelan la libertad de actuar, con ello la libertad de querer.

¹⁵⁸ En este sentido, por mencionar algunos, Del Rosal Blasco, B.: *Delitos contra la...*, p. 190. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: *Derecho penal...*, p. 186. Muñoz Conde F.: *Derecho penal. Parte especial...*, pp. 167 y ss. Prats Canut, J. M.: *Delitos contra la...*, p. 205. Arroyo Zapatero, L. y otros (varios directores). *Comentarios al código penal*. Nieto Martín, A. y Pérez Cepeda A.I. (coordinadores). Iustel. Madrid España. 2007; p. 399. Del Rosal Blasco, B.: *Delitos contra la...*, pp. 397 y ss. Orts Berenguer y otro: *Compendio de derecho...*, pp. 435 y ss. Serrano Gómez, A. y otro: *Derecho penal. Parte especial*. 12ª edición. Dykinson. Madrid España. 2007; pp. 158 y ss. Queralt Jiménez, J.J.: *Derecho penal español...*, pp. 163 y ss.

¹⁵⁹ En este sentido Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial...*, p. 172. Rebollo Vargas, R. y otros autores: *Comentarios al Código...*, p. 185.

En cambio, el secuestro amalgama la protección de las libertades de obrar del rehén y la libertad de querer que pueden ser del citado rehén u otra persona; de ahí que se trate de un delito complejo.¹⁶⁰

Producto de lo anterior se debe erradicar la postura que considera que el delito de secuestro es una figura penal autónoma¹⁶¹ o solo un tipo cualificado.¹⁶² En razón de que la clasificación que diferencia entre delito base, derivaciones típicas y delitos autónomos, en lo que ocupa a las últimas no tienen un valor dogmático propio.¹⁶³

Los delitos autónomos tradicionalmente se han definido como aquellos que tienen todos los elementos de otro delito, pero no son agravados o atenuados de la figura base sino independientes con un tipo propio de injusto. Por lo que al analizarse, en ello interpretarse, un delito autónomo no se debe recurrir al tipo básico ya que teóricamente tiene todos los elementos para su subsistencia aislada e individual.

Sin embargo no existen criterios generales para delimitar los delitos autónomos de las figuras cualificadas, agravadas o atenuadas, si no que es necesario interpretarlas teleológicamente para constatar si son realmente independientes o dependientes entre sí.¹⁶⁴

Esta crítica a la clasificación de delitos autónomos se evidencia con especial acento en el delito de secuestro el que no es realmente independiente ya que no puede ser analizado aislado e individual de la figura de detenciones cometida por particulares. Pero tampoco es absolutamente

¹⁶⁰ El secuestro es un “complejo delictivo autónomo”. Quintanar Díez, M.: Penal. Dirigido por Cobo del Rosal, Manuel. Tomo VI. Delitos contra la libertad. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Artículos 163 a 194. Edersa. Madrid; p. 48. y mismo autor en: El delito de secuestro..., p. 764. En similar sentido Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p 170. Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p. 186.

¹⁶¹ Como lo sostienen entre otros Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 179 y 190.

¹⁶² Como lo sostienen entre otros Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 182.

¹⁶³ Cfr. Roxin, C.: Derecho penal..., p. 341.

¹⁶⁴ Cfr. Roxin, C.: Derecho penal..., p. 340 y ss. Con carácter general, vid. Pérez Alonso, E.J.: Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes “indeterminadas” en los delitos contra la propiedad y el patrimonio. Edersa. Madrid. 1995.

dependiente de la citada figura de detenciones ya que no todas las conclusiones dogmáticas que le son válidas a dicho delito caben para el secuestro, como se analiza en líneas posteriores.¹⁶⁵

Consecuencia de lo expuesto queda definir al secuestro, no por su autonomía de la figura de detenciones, sino por los bienes jurídicos que lo conforman haciendo un delito compuesto o complejo.

5. Un delito de acción

El secuestro es un delito de acción porque el segundo acto que integra la descripción típica consistente en exigir el cumplimiento de una condición a cambio de la liberación de la libertad del secuestrado, necesariamente implica una transgresión de una ley prohibitiva¹⁶⁶ y, en consecuencia, involucra un actuar y en ningún caso una omisión (comisión por omisión u omisión con resultado material).¹⁶⁷

No es sostenible que el delito de secuestro pueda actualizarse por omisión impropia bajo el argumento de que el tipo legal de secuestro no establece una limitación de medios, ni existe obstáculo técnico que le vede esa posibilidad.¹⁶⁸

Aun así, a pesar de que el tipo legal de detenciones expresa y formalmente no establece una restricción de medios, sí hay una limitante intrínseca que se desprende de la interpretación del elemento “exigiendo el cumplimiento de alguna condición para ponerla en libertad”.

¹⁶⁵ Vid. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1969.

¹⁶⁶ Vid. Portilla Contreras, G. y otros autores: Derecho Penal..., p. 282.

¹⁶⁷ Vid. Pavón Vasconcelos, F.: Bien jurídico. En diccionario de..., p. 933. En contrario Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1974.

¹⁶⁸ En este sentido Pavón Vasconcelos, F.: Bien jurídico. En diccionario de..., p. 933. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1974. Serrano Gómez, A. y otro: Derecho penal..., p. 162.

El precedente ingrediente legal de la figura de secuestro implica ineludiblemente un actuar a cuya consecuencia, también ineludible, es que el delito de secuestro sólo puede darse por medio de la acción y nunca por la omisión.

Aquí existe una diferencia del secuestro con el delito de detenciones, pues mientras en este último perfectamente cabe la omisión impropia,¹⁶⁹ en el secuestro por las ya mencionadas características de la segunda conducta que exige la figura, solo puede actualizarse por acción.

Efectivamente es posible la actualización de la omisión impropia en el delito de detenciones, siempre que se den los requisitos de ésta, especialmente la de la posición de garante¹⁷⁰ lo que es un tema en si mismo polémico y concretamente dentro de las detenciones surge la interrogante si imperiosamente se debe considerar, para cumplir con la calidad de garante, que el activo haya sido la persona que privó de la libertad al ofendido, además de que no se haya percatado de que la persona quedó privada de su libertad (ausencia de dolo original) y se niegue a liberar al rehén.¹⁷¹ Tal como en los siguientes ejemplos:

El vigilante de un museo que inicialmente desconoce que el interior dejó encerrada a una persona, de lo que se entera cuando ya se retira a su casa y, no obstante la suplica del encerrado, el vigilante omite ponerlo en libertad.

¹⁶⁹ En este sentido Pavón Vasconcelos, F.: Bien jurídico. En diccionario de..., p. 821. Orts Berenguer y otro: Compendio de derecho..., p. 436. Serrano Gómez, A. y otro: Derecho penal..., p. 162. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 181. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 186. Orts Berenguer y otro: Compendio de derecho..., p. 436. Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p. 175.

¹⁷⁰ Cfr. Landrove Díaz, G.: Detenciones y..., p. 43; Quintanar Díez, M.: Comentarios al Código..., p. 42.

¹⁷¹ Vid. Jiménez Huerta, M.: Derecho penal mexicano. Parte especial. Tomo III. La tutela penal y de libertad.- Antigua librería Robledo. México, D.F. 1968; p. 128.

O la autoridad sanitaria que clausura un negocio, poniendo los sellos correspondientes, para que no se abriera la misma, dejando encerrado al dependiente. Luego, a pesar de descubrir que la persona se quedó encerrada, a quien puede ver por una ventana, se niega a dejarlo salir, so pretexto de no violentar los sellos.

O, dentro del tema de la posición de garante, una segunda incógnita es si basta para considerar que el activo tiene esa calidad si aprovecha que la víctima está privada de su libertad, la que no causó pero aprovecha la oportunidad y exige el cumplimiento de una condición a cambio de la liberación del encerrado o detenido. Como se plantea en el siguiente caso:

La madre y la hija que se encuentran solas en su casa, al escuchar ruidos se refugian en un cuarto dentro de su misma morada quedando accidentalmente encerradas por un defecto de la puerta, la que solo se abre por afuera. Entonces, los activos, que inicialmente planearon robar la casa en el entendido que estaba sola, al descubrir el encierro aprovechan la ocasión y exigen, al esposo de una y padre de la otra, el pago de una cuantiosa cantidad de dinero para dejarlas salir del encierro.

Ante la disyuntiva planteada, la solución *ad hoc* para el delito de secuestro es considerar que toda persona que tiene la oportunidad y posibilidad de liberar a quien se encuentra privado de su libertad, es garante de su facultad ambulatoria y tiene la obligación de liberarlo.

En el entendido que esta última conclusión no es válida para el delito de detenciones donde la calidad de garante solo se justifica si tiene la obligación, no solo la posibilidad, de liberar al encerrado y lo omite.

De lo expuesto surge una conclusión consistente en que: Es posible la actualización del secuestro que se forme con una detención por omisión impropia, en la que basta que el activo haya tenido la posibilidad de liberar al rehén y exija el cumplimiento de una condición lo que necesariamente se da por acción.

Pero, si el activo no tiene la posibilidad objetiva de liberar al rehén y condiciona la devolución de la potestad ambulatoria de la víctima, no es posible la actualización del secuestro, sino de una figura diversa, como puede ser la extorsión prevista en el artículo 243 del CP ya que nadie puede ser responsable de un delito, si no tiene el dominio de la acción típica, en el caso encerrar o detener.

No se ignoran opiniones que precisan que los casos en que el activo tiene una obligación de actuar pero no lo hace y además la consecuencia de su omisión es una privación de libertad, actualiza la figura penal de omisión de deber de auxilio previsto en el ordinal 195.1 CP y no el de detenciones.¹⁷² Lo que no puede considerarse acertado a razón de que dicha figura requiere para su integración que la víctima esté en una verdadera situación de riesgo para su vida o salud, lo que no acontece fatalmente en todos los casos en que exista la privación de libertad.

En suma, en atención a que el delito de secuestro requisita la exigencia de un condicionamiento para la liberación del rehén, lo que se traduce en que necesariamente implica un actuar que lo define como un delito de acción.

¹⁷² En este sentido Calderón Cerezo, A. y otro: Derecho penal..., p. 656.

6. Un delito de resultado

El secuestro es un delito de resultado, pues la afectación al bien jurídico libertad ambulatoria y demás bienes jurídicos son separables espacio – temporalmente de las acciones encerrar o detener y condicionar la liberación del secuestrado.¹⁷³

El secuestro concebido como un delito de resultado es una postura mayoritaria¹⁷⁴ pero no unánime. Existen quienes lo clasifican como un delito de peligro¹⁷⁵ aseverando que la figura penal está diseñada para proteger el patrimonio que se pone en riesgo cuando se priva de la libertad a una persona¹⁷⁶

No se comparte esa postura que considera el secuestro como un delito de peligro inicialmente porqué parte de una diferenciación entre delitos de resultado y de peligro considerando si la afectación que se prevé en el tipo es constatable por los sentidos. Si lo es, el delito es de resultado y si no, es de peligro.

Sin embargo, todos los delitos tienen previsto un resultado material, constatable por sentidos, o jurídico (formal o abstracto).

Así, la primera inconformidad contra la tesis señalada es que participa de una inconveniente idea sobre la diferencia entre los delitos de peligro y de resultado.

¹⁷³ Para la clasificación de delitos de resultado se atiende a la “teoría de la relación causal” y no a la “afección al bien jurídico”, cuya postura se desestima ya que atiende a clasificar el delito de acuerdo a la existencia o inexistencia de un resultado, pero todo delito tiene un resultado ya sea material o abstracto - jurídico. Cfr. Roxin, C.: Derecho penal..., pp. 328 y ss.

¹⁷⁴ En este sentido Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1964,

¹⁷⁵ En este sentido en Argentina existe una jurisprudencia que precisa que el delito de secuestro es una figura de peligro, en la parte conducente dice: “El delito de secuestro extorsivo es delito de peligro. La conducta se agrava si obtiene el rescate” T.S.J. De Córdoba 15/12/1978 Ruarte de Blanco y otro. Vid. Weinstein, Federico M.: El delito de secuestro..., p. 47. En similar sentido R. Ramos, Maqueda Abreu y Pavom todos citados por Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., pp. 1964 y 1971.

¹⁷⁶ Cfr. Weinstein, Federico M.: El delito de secuestro..., p. 46.

Es más, aun considerando la forma de diferenciación entre los delitos de peligro y de resultado como lo hace la doctrina que se critica, el secuestro sí prevé una perturbación constatable por los sentidos, la libertad ambulatoria.

De tal suerte, por la naturaleza del bien jurídico protegido, el delito de secuestro es de resultado material porque existe una separación espacio temporal entre la privación de libertad y extorsionar, con la afectación a los bienes jurídicos que tutelan.

7. Un delito de lesión

Atendiendo a la afectación del bien jurídico el delito de secuestro es un delito de lesión, ya que, como se expuso supralineas para que se considere consumado es necesario el menoscabo de la libertad ambulatoria.

Por eso, el tipo legal de secuestro esta conceptualizado normativamente como una tangible afectación de la facultad traslaticia.

En realidad, el secuestro es un delito complejo formado por dos actos que no siempre, y si muchas veces, tienen características distintas, como acontece en el tema de merito ya que el bien jurídico libertad ambulatoria rebela que se trata de un delito de lesión, mas los bienes jurídicos implícitos derivados de la amenaza conminatoria tienen distinta esencia: El patrimonio, que indica un delito de lesión; pero la libertad psicológica, evidencia un delito formal con resultado solo jurídico.

II. CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE SECUESTRO

Precisada la naturaleza jurídica del delito de delito de secuestro, en base a dichas consideraciones, se discurre su siguiente clasificación:

1. Por su gravedad

Según la clasificación tripartita que adopta el CP que divide entre delitos graves, menos graves como faltas según sea su penalidad y el secuestro es un delito grave.¹⁷⁷

La consecuencia de que el delito de secuestro sea grave, además de la punibilidad que le corresponde, es que no alcanza la libertad caucional, como lo precisan los artículos 13 y 33 del CP como 14 y 779 de la lecrim.

2. Por su duración, unidad o pluralidad en la acción delictiva. Instantáneo, instantáneo con efectos permanentes, continuados o permanentes

Esta clasificación atiende a la prolongación de la consumación de la afeción al bien jurídico o a la prolongación de la acción típica más allá de la consumación, lo que muestra que el problema se resume en identificar el momento en que es afectado el bien jurídico.

Problema que se duplica en el delito de secuestro ya que tiene más de un bien jurídico tutelado. Así que primero se debe determinar cuando se afecta el bien jurídico libertad ambulatoria y, segundo, establecer si para considerar actualizado el secuestro basta con que se prive de la libertad ambulatoria al rehén o es necesario que el activo exija una condición para la liberación del detenido.

Para resolver el problema la jurisprudencia básicamente ha adoptado tres caminos diferentes: Uno que precisa que se debe constatar el dolo del

¹⁷⁷ Vid. Ramos Tapia, M.I. y otros autores: Derecho Penal. Parte General. José M. Zulgaldía Espinar (Dir) Esteban Pérez Alonso (Coord.). 2ª ed. Tiran Lo Blanch. Valencia. 2004; p. 394 y ss.

activo; otra solución asegura que se debe identificar el momento en que el ofendido fue afectado de su voluntad y una tercera opción precisa que se requiere un cierto tiempo para que se tenga por consumada la afectación de la libertad.¹⁷⁸

Ninguno de dichos discursos apreciamos que sean correctos. El que sostiene que se debe atender al dolo pues conocer la intención del activo no identifica el momento en que se afecta el bien jurídico, ya que una cosa es el deseo de secuestrar y otra distinta que el activo lleve a cabo su intención.

Ni es eficiente para determinar cuando se consumó el delito de secuestro, el criterio que indica que se afecta el bien jurídico en el instante en que se afecta la voluntad del paciente del delito; ya que dicha pretendida solución envía el problema a otro lado: El desentrañar cuando se vulnera la voluntad del ofendido.

Como tampoco, funciona como criterio para determinar consumado el secuestro el que atiende a un elemento cronológico o “al menos un instante” de privación de libertad, ya que no es el tiempo lo que refleja una afectación a la libertad ambulatoria. En todo caso el tiempo que dura la reclusión evidencia, si es extenso, una agravante de conducta del activo y una situación desfavorable del ofendido, pero no sirve como criterio de identificación del momento de la trasgresión al bien jurídico. Además, el criterio cronológico es sumo abstracto y es imposible determinar cuanto dura un instante.¹⁷⁹

Por otro lado, ya no jurisprudencialmente pero si doctrinalmente se han considerado otros criterios para comprobar cuando se debe entender el secuestro consumado.

¹⁷⁸ Cfr. Sanz Delgado, E.: *Detención ilegal...*, p. 57.

¹⁷⁹ Vid. Luzón Peña, D.M.: *Detenciones, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales (A propósito de la jurisprudencia posterior a 1983 y de la STS 4 de febrero de 1987)*. En *estudios penales*. Barcelona España. 1991; p. 370.

Algunos de ellos indican que se debe atender al hecho de que se sustraiga enteramente al pasivo de la posibilidad de limitar su espacio físico¹⁸⁰ y otro criterio es que el sujeto activo tenga dominado al pasivo.¹⁸¹

No obstante, los criterios doctrinales antes referidos tampoco son eficientes para desentrañar el punto en cuestión, ya que solo cambian el nombre del quid a otro igual o más insoluble aun.

Así las cosas los criterios jurisprudenciales y doctrinales son infructuosos para identificar objetivamente cuando se debe tener por consumado el secuestro e inútil es intentar delimitar todos los casos que se pueden presentar en la realidad, la que no puede ser encasillada y mal puede erigirse una formula mecánica capaz de resolver todos los problemas de la realidad.

Por tal razón solo se pueden aportar parámetros genéricos de cuando se debe tener afectado el bien jurídico y, con esas bases, intentar resolver los casos concretos.

Expuesto lo anterior para tener por consumado el delito de secuestro consideramos que primeramente debe buscarse el momento de que exista una material privación de libertad, para lo que ayuda analizar si en la especie la conducta que se conoce del relato fáctico puede conjugarse en gerundio: Encerrando o deteniendo, como en participio encerrado o detenido siendo que hasta esta última conjugación puede sostenerse que fácticamente se afectó el bien jurídico y entonces el secuestro es consumado.

Empero la respuesta anterior aun no resuelve el problema inicialmente planteado relativo a la pregunta de cuando se debe considerar consumado el delito atendiendo a que tiene previsto dos actos. Pues la respuesta antes dada solo considerando el bien jurídico libertad ambulatoria y no los bienes jurídicos implícitos que se derivan de la afectación de que el activo haya exigido la condición a cambio de la liberación del rehén.

¹⁸⁰ En este sentido Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 151.

¹⁸¹ En este sentido Córdoba Roda, J.: El delito de detenciones..., p. 394.

Incluso, el grueso de la doctrina al referir la clasificación del delito de merito, de acuerdo a su duración, solo contemplan el bien jurídico libertad ambulatoria y ahí centran el debate.

Por un lado, se señala que el secuestro es de comisión instantánea, porque se actualiza desde que existe una privación de libertad o que es permanente porque la citada privación de libertad se prolonga en el tiempo.

Cualquiera de las posturas que se asuma tiene repercusiones prácticas, por mencionar una, en autoría y participación ya que esta última solo es aplicable en el delito consumado y no el tentado.

En fin, los que sostienen que el delito de secuestro es de comisión instantánea argumentan que es secuela de que es de resultado material, por lo que la privación se da en un primer momento, desde el encierro o la detención aunque los mismos se prolonguen en el tiempo.¹⁸²

Mientras, los que aseveran que el delito de secuestro es permanente, denuncian que ello obedece a que no es posible separar temporalmente el encierro o detención de su continuidad que implica la conservación de la privación de libertad.¹⁸³

Ambas posturas son correctas pero solo parcialmente, pues el delito de secuestro es de comisión instantánea con eventuales efectos permanentes.¹⁸⁴

En efecto, para asumir postura debe partirse de que el delito de secuestro tutela como bien jurídico la libertad ambulatoria y, como víctima, el

¹⁸² En este sentido SSTS 53/1999 de 18 de enero de 1999, 403/2006 de 7 de abril de 2006, 371/2006 de 27 de marzo de 2006, 383/2006 de 21 de marzo de 2006, 297/2006 de 12 de enero de 2006, 136/2005 de 0 de diciembre de 2005, 1507/2005 de 9 de diciembre de 2005, 1425/2005 de 5 de diciembre de 2005, 1257/2005 de 31 de octubre, 27 de octubre de 2005, de 19 de junio de 2005, 981/2005 de 18 de julio de 2005, 823/2005 de 24 de junio de 2005, 612/2005 de 12 de mayo de 2005, 601/2005 de 10 de mayo de 2005, 280/2005 de 3 de marzo de 2005, entre otras. En el plano de la doctrinal Polaino Navarrete, M.: Manual de derecho penal..., p. 199. Mirat Hernández, P.: Detenciones. (Artículo 163 del código penal). Edersa. Publicaciones del instituto de criminología de la universidad complutense de Madrid. Madrid, España. 2001; p. 159. Orts Berenguer y otro: Compendio de derecho..., p. 438.

¹⁸³ Cfr. Mirat Hernández, P.: Detenciones... p. 159.

¹⁸⁴ Vid. Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p. 174.

rehén. Pero también considera de manera implícita y de aparición contingente otros bienes jurídicos y otras víctimas.

Lo cual apunta hacia que la solución debe considerar únicamente lo constante y no lo contingente. Es decir se debe atender al momento en que se afecta la libertad ambulatoria del rehén y no al segundo acto del secuestro porque la afectación a diversos bienes jurídicos implícitos puede acontecer o no.¹⁸⁵

Ello significa que el delito de secuestro se tiene por consumado desde el momento de la material privación de libertad y continúa hasta que se libera al rehén,¹⁸⁶ sin importar si se exige el cumplimiento de una obligación.

Así en los casos en que se priva de la libertad al rehén pero no se alcanza a condicionar su liberación por cualquier motivo como puede ser la captura de los secuestradores o la muerte de la víctima o cualquier otra razón; pero aun así el secuestro se debe tener por consumado.

Lo importante es que exista una privación de libertad y la certeza, por cualquier medio de prueba, que la intención de los activos era exigir el cumplimiento de una condición para liberar al rehén¹⁸⁷ en caso contrario solo se podrá responsabilizar al activo por el delito de detenciones cometida por particulares.

Entonces en estos casos la determinación de secuestro consumado es también un problema de prueba ya que se requiere la demostración, con total certeza, de la intención de los activos en el sentido de cometer un secuestro.

Lo anterior no es una excepción al principio "*cogitationis nemo patitur*" (el pensamiento no delinque) pues el supuesto en estudio no es solo

¹⁸⁵ Ya que "la acción típica es inescindible de la afectación al bien jurídico". Prats Canut, J. M.: Delitos contra la..., p. 184. En contrario Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 191.

¹⁸⁶ Cfr. Roxin, C.: Derecho penal...p. 329.

¹⁸⁷ En contrario STS 48/2008 de 18 de abril de 2008.

un pensamiento criminal sino la materialización de una conducta evidenciado porqué ya existe una víctima, el prisionero.

Resultando, este argumento, más adecuado que el utilizado por el tribunal español en el caso – Anabel Segura – donde se determinó la actualización del delito de secuestro a pesar de la inexistencia de bien jurídico tutelado,¹⁸⁸ cuando, como aquí se sostiene, el delito de secuestro al momento de la muerte del rehén ya se había consumado y era totalmente indiferente el momento en que los secuestradores exigieron el cumplimiento de una condición o incluso hubiera sido indiferente si no hubieran hecho el pedimento del rescate pero existiera prueba plena de que lo iban a exigir.

Atento a lo expuesto el secuestro es de comisión instantánea porqué basta encerrar o detener para afectar el bien jurídico. Pero también, el delito en cita, es de efectos permanentes porqué la naturaleza de la privación de libertad es perdurar en el tiempo.¹⁸⁹

Con la precisión de que la permanencia no implica la inexistencia de un momento exacto de consumación, la que se da desde el momento de la privación ilegal de libertad y continua, se quiere señalar que la permanencia significa que el estado antijurídico vive y sobrevive mientras dura la privación de libertad.¹⁹⁰

De tal suerte, se debe entender como un delito de comisión instantánea que se consuma con la privación de libertad sumado a la certeza de que se va a exigir el cumplimiento de una condición a cambio de su liberación, con eventuales efectos permanentes,¹⁹¹ ya que la privación de libertad puede perdurar en el tiempo.

¹⁸⁸ Vid. STS de 5 de marzo de 1999.

¹⁸⁹ Cfr. Calderón Cerezo, A y otro: Derecho penal..., p. 656.

¹⁹⁰ Vid. STS 10 de octubre de 1986. En el mismo sentido Jiménez Huerta, M.: Derecho penal mexicano..., p.129. En este mismo sentido Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1964.

¹⁹¹ Vid. SSTS 3 de julio 1965, 21 de mayo 1984, 12 de junio de 1985, 14 de abril 1988, 13 de febrero 1991, 1 de marzo 1994. Es “un ilícito instantáneo y de efectos permanentes que se consuma en el momento de producirse la negación de la libertad ambulatoria.” Prats Canut, J.M.: Comentarios a la parte especial del derecho penal. Aranzadi Editorial. Barcelona, España. 1996; p. 146. En el mismo sentido Díez Ripolles, J.L.:

La consideración de la instantaneidad sirve de “brújula” para identificar la tentativa; en tanto la noción de permanencia tiene fecundas consecuencias jurídicas en relación con la legítima defensa, la participación criminal y la prescripción del delito.¹⁹²

La jurisprudencia española, predominantemente ha coincidido que el delito de detención se consuma desde el momento en que se produce la detención o el encierro. Algunos de esos criterios a la letra sostienen:

“Esta sala II tiene reiteradamente afirmando que la detención ilegal del art. 163 cp es una infracción instantánea que se produce desde el momento en que la detención o encierro tiene lugar. En directa relación con los art. 489 de la ley de

Detenciones y secuestros. En VV.AA.: Díez Ripolles/Gracia Martín (Coordinadores): Comentarios al código penal. Parte especial. Valencia España. 1997; p. 731. Serrano Gómez, A. y otro: Derecho penal..., p. 161. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 182. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 186. Portilla Contreras, G.: El delito de práctica..., p. 348. “Es tradicional en la doctrina tratar los delitos permanentes a la luz de su forma de consumación, de tal suerte que en los mismos no se habla de un momento de consumación sino de un auténtico estado de consumación, que se inicia con el ataque al bien jurídico y concluye con la cesación del mismo, distinguiéndose en su seno entre aquellos en los que el mantenimiento del estado antijurídico es una exigencia propia del tipo penal - necesariamente permanente - o aquellos en que esto no viene exigido típicamente - eventualmente permanente (Manzini). Es cierto, no obstante, que dicha caracterización entra en contradicción con la propia esencia de la consumación, que necesita ser fijada en un momento preciso que define el final del *iter criminis*, y por ende las conductas de autoría y las de participación desde la óptica de la intervención temporal. Es por ello que más moderadamente prefiere optarse en favor de caracterizar la detención ilegal, y otras estructuras típicas de similar tenor, como delitos permanentes, pero definiéndolos no tanto por la prolongación de la consumación, sino por la necesidad de que la acción típica se sigue realizando de forma ininterrumpida, más allá del momento consumativo inicial (Hruschka)”. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la parte..., pp. 184 y 185.

¹⁹² Es “un delito de ejecución instantánea que se consuma desde el mismo momento en que se produce la privación de libertad (...). Asimismo es delito de efectos permanentes, en el sentido de que la situación antijurídica permanece entretanto continua el estado de privación de libertad del sujeto pasivo; con la doble consecuencia de que mientras el delito permanece y hasta la liberación de la víctima, caben los actos de participación en la detención ilegal, así como que a efectos de prescripción el cómputo del plazo inicial se produce desde que cesa aquella situación.” Calderón Cerezo A. y otro: Derecho penal..., p. 656.

enjuiciamiento criminal y 17 de la constitución española, tal infracción ha de moverse obligatoriamente alrededor del significado que quiera atribuirse a los verbos del texto penal, detener y encerrar. En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad y se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales de largo, ancho y alto, detener, en cambio, implica también esa limitación funcional aunque de distinta forma, ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad no necesariamente con violencia o intimidación.”¹⁹³

“El delito se consuma en el momento de la privación de libertad por la detención o encierro. Se trata de una infracción de consumación instantánea. La jurisprudencia así lo ha entendido desde antiguo, al estimar la detención ilegal el conducir a una persona a la fuerza privándole de su libertad, aunque fuera por pocos momentos - sentencia de 29 mayo 1874 – considerándola como tendente a la pérdida durante algún tiempo de las facultades ambulatorias – sentencia de 16 de abril 1959 – y apreciándola como delito instantáneo que se

¹⁹³ ATS de 7 de febrero de 2001.

consume con el encierro – sentencia de 3 julio 1965 – o con el encierro y la detención – sentencia de 21 mayo 1984 – sin que obste a la consumación de la infracción el mayor o menor lapso de tiempo en que la víctima estuvo sometida a la voluntad del secuestrador, porque la perfección se alcanza en el instante mismo en que la detención se produce – sentencia de 12 junio 1985 -. Ciertamente es que la delimitación con el delito de coacciones, una reiterada doctrina casacional –sentencia de 5 mayo y 25 octubre 1983, 3 octubre 1984, 18 mayo y 12 junio 1985, 12 junio 1986 y 17 febrero y 31 octubre 1987 – ha exigido cierta permanencia y duración, o sea, que se prolongue por algún tiempo, pero la doctrina más reciente estima la detención ilegal, como una especie de las coacciones, en cuanto se atenta a la libertad de movimiento, de locomoción o ambulatoria, es decir, de la capacidad del hombre para fijar por sí mismo su posición en el espacio, conducta más grave que la simplemente coactiva descrita en el artículo 496 del código penal, puesto que resulta privado de libertad en su sentido más elemental y físico cual es la de actuar el propio cuerpo en el sentido apetecido por el sujeto – sentencia de 31 mayo 1988, 2 octubre 1989 – por lo que no cabe duda, que en los supuestos de encierro la distinción con la coacción aparece nítida – sentencia de 13 y 20 febrero 1991 – a diferencia de los casos de mera detención – sentencia de 20 febrero 1991, 12 mayo, 11 junio y 6 y 27 octubre 1992, 30/1993, de 23 enero y 2027/1993, de 25

septiembre. La sentencia 2109/1994, de 28 de noviembre, señala que el delito de coacciones es el género, en tanto que la detención ilegal es la especie y, por lo tanto, es el principio de especialidad en el que entra en juego, de tal suerte que la detención ilegal desplaza a las coacciones, siempre que la forma comisiva sea de detener o encerrar. La más reciente sentencia 22/1995, de 16 enero, señaló que en los supuestos de encierro, como es el caso traído ahora a la censura casacional, la distinción con la coacción resuelta clara, porque se atenta contra la libertad de movimientos o ambulatoria, conducta más grave que la descrita en el artículo 496 del código penal. Finalmente la 1076/1995, de 27 de octubre, recoge que la detención desplaza a las coacciones siempre que la forma comisiva afecte a través de los verbos citados, el derecho fundamental del artículo 19 constitucional española, naturalmente que con apoyo en el soporte temporal.”¹⁹⁴

“(…) O sea que, supone esta clase de delitos, un ilícito instantáneo y de efectos permanentes que se consuma en el momento de producirse la negación de la libertad deambulatoria ante dicha (...)”¹⁹⁵

¹⁹⁴ STS de 30 marzo de 1996.

¹⁹⁵ STS de 1 junio de 1987.

3. Por el elemento interno. Doloso o culposo

El delito de secuestro *a fortiori* requiere que sea cometido con intención así que es doloso y se encuentra caracterizado por la pretensión del activo de mantener privada de la libertad a la víctima hasta que sea cumplida la condición exigida.¹⁹⁶ Entonces, el responsable, necesariamente debe conocer todos los elementos del tipo penal y aceptar su realización.

El tipo de dolo que se requiere es necesariamente directo, identificado por aquel en que el responsable de la conducta dirige su conducta a la realización del resultado típico.

Precisamente de la enunciación típica del delito de secuestro se desprende que implícito en el delito está a) detener o encerrar a una persona, b) mantenerla privada y c) exigir el cumplimiento de una obligación. Tres conductas que racionalmente no pueden explicarse cometidas por una violación de uno o unos deberes de cuidado sino que la intención del activo es necesariamente con dolo directo caracterizado porque la intención empata con la descripción típica. Sin que esto se confunda con el caso de la detención cometida por particulares la que es dable actualizar con cualquier tipo de dolo.

Por lo anterior se descarta que el secuestro admita comisión imprudencial, por ser contraria a la descripción legal y a la sistemática de *numerus clausus*, que limita la posibilidad de que el delito admita forma imprudencial si y solo si expresamente la ley lo señala, no siendo este el caso, por lo que definitivamente está cerrada la puerta a la comisión imprudente del secuestro.

En concordancia con lo anterior se desestima el argumento de que el secuestro se actualice en forma imprudente en los supuestos de error

¹⁹⁶ Vid. Arroyo Zapatero, L. y otros (varios directores). Comentarios al código..., p. 399. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 183. En el mismo sentido Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1974. Serrano Gómez, A. y otro: Derecho penal. ..., p. 160.

vencible.¹⁹⁷ Caso en que el activo pudo y debió prever el falso conocimiento, desapareciendo el dolo pero dejando subsistente la imprudencia en los delitos que así lo posibiliten.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Muñoz Sánchez sostiene que es posible la comisión culposa.

Su presupuesto:

Fue la legislación española, precedente a 1995, establecía una sistemática de números abiertos que hacía posible los tipos imprudenciales siempre y cuando fuera lógicamente posible.

Su disertación:

Luego, si la privación de libertad no contiene elementos subjetivos especiales, no hay restricción de medios para que se puede dar si tiene la posición de garante; existiendo la posibilidad conceptual y lógica de privar de la libertad, imprudentemente.

Su ejemplo:

El vigilante de un museo que deja encerrado a un visitante sin cerciorarse, como era su obligación de que estaba vacío o el conserje que haya encerrado a un profesor o el médico que deja encerrado en un centro psiquiátrico a un enfermo mental.

Su contrarréplica:

Señala que la doctrina dominante considera que no puede darse la imprudencia en los delitos que hacen expresa referencia al dolo, no siendo el caso de la detención ilegal.

Su propuesta:

Es que, por el carácter fragmentario del derecho penal todo comportamientos socialmente insoportables deban castigarse como en el caso de detenciones imprudenciales son de trascendencia social.

La razón de su análisis:

Se infiere, no lo dice, es para evitar errores técnicos, como el de descartar la forma culposa pues si el autor no conoce el hecho de la detención, no puede hablarse de antijuridicidad.

Lo que Muñoz califica de no acertado ya que no importa el conocimiento de la antijuridicidad pues basta el activo haya dejado de observar un deber objetivamente debido y el resultado le sea reprochable. No importa que el sujeto no conozca de la detención sino que el tenía la obligación que no cumplió, afectando el bien jurídico como el caso del vigilante que tiene la obligación de cerciorarse que no haya nadie para no afectar el bien jurídico.

Su argumento de comisión imprudente por medio del error vencible:

Muñoz, señala que en el caso de error vencible el tipo sería sancionado como delito culposo y, como sostiene que es posible la comisión culposa, también se actualizaría si hubiera error vencible. Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 181 y ss. En similar sentido Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español..., p. 167.

¹⁹⁸ En este sentido Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1976.

Desde luego, en el caso de que exista error invencible, se traduce en que la conducta es atípica como también creemos que en el caso de error vencible la conducta es atípica, piénsese en los casos hipotéticos de:

Un trabajador por descuido encierra a su jefe y cuando el patrón le pide ayuda, el obrero sin saber que está encerrado le responde que no abrirá la puerta (ya que implica un trabajo no remunerado) si no le aumenta de sueldo.

O un padre de familia que condiciona la salida del cuarto de su hijo hasta que haga la tarea, mas desconoce que, con su hijo, encerró a otro niño mudo que a hurtadillas entró al cuarto con la pretensión de jugar con la prole del activo.

A guisa de lo expuesto, como el secuestro no admite forma imprudencial, la conducta es también atípica, a reserva de otra forma delictiva que en el especial caso concreto puedan llegar a perpetrarse.

Entonces el secuestro es una figura que requiere dolo directo. Primero para privar al rehén de su libertad y enseguida para mantener retenida a la víctima hasta en tanto se haga efectiva la condición exigida.

Además del dolo en el secuestro, dentro del tipo subjetivo, se requisita un elemento subjetivo especial consistente en la específica intención del activo de obtener un lucro, vengarse o un fin político.

4. Por el número de actos. Unisubsistente o plurisubsistente.

En concordancia con lo expuesto al momento de analizar la naturaleza jurídica del delito de secuestro, al indicar que consta de dos actos, a lo que no se hace otra repetición y solo se señala que esa pluralidad identifica a un delito plurisubsistente.

5. Por el número de sujetos. Unisubjetivo, plurisubjetivo o indiferente.

Acorde a la redacción de la figura típica de secuestro no se exige un número de activos, por lo que puede ser realizado por un sujeto en solitario, por una pareja criminal o por cualquier cantidad de personas en *concursum plurium delinquentium*.

6. Por la característica del sujeto activo: Común o especial.

El delito de secuestro es común, ya que el tipo legal no establece ningún requisito o cualidad especial del sujeto activo.

Sin embargo existe una particularidad de la figura en estudio dentro de la regla general de los delitos comunes pues estos se identifican porqué citan al sujeto activo refiriendo: “Quien o el que”.¹⁹⁹ Cuando el tipo legal de detenciones enuncia al sujeto activo directamente llamándolo particular.

El “delito común ordinario” dice quien o el que y se refiere a un particular y el “delito común no ordinario” de detenciones precisa expresamente que se trata de un particular,²⁰⁰ por lo que no tiene mayor trascendencia y dicha diferencia, como se analiza en el capítulo relativo al tipo legal de detenciones, es producto de la evolución legislativa de la figura penal en estudio²⁰¹ y como una manera de diferenciar las detenciones cometidas por particulares de las perpetradas por funcionarios públicos.

¹⁹⁹ Vid. Roxin, C.: Derecho penal..., p. 336.

²⁰⁰ Vid. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 182.

²⁰¹ “La expresión el particular no supone ninguna determinación precisa del sujeto activo ya que ésta sólo se da en aquellos casos en que se quiere señalar los deberes jurídicos especiales que pesan sobre él y que influyen ya sea para constituir el injusto o para calificarlo, y resulta difícil pensar que en el artículo 480 la expresión el particular cumpla tal función. Se trata tan solo de un falso delito especial, de aquí que se deba entender que el sujeto activo del delito es el innominado [el que]”. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 92.

7. Por la forma de persecución. Privado (de querrela necesaria) o de oficio.

El delito de secuestro es de persecución oficiosa a cuya consecuencia la autoridad esta obligada a investigar el delito solo con la notitia criminis.

III. EN RESUMEN: LA NATURALEZA JURÍDICA Y CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE SECUESTRO

La naturaleza jurídica del de secuestro es un delito con un *nomen iuris* propio con independencia conceptual y funcional del delito de detenciones.

Además es un delito compuesto o complejo que se forma con la fusión de la detención ilegal mas una amenaza condicionada, ambos perdiendo su autonomía típica, para formar uno solo.

Como es un delito de acción, de resultado y de lesión.

De la naturaleza jurídica del delito de secuestro es dable desprender su clasificación como:

1. Un delito grave.
2. De comisión instantánea con efectos permanentes.
3. De comisión necesariamente con dolo directo y posee elemento subjetivo especial de tener el ánimo directo de obtener un rescate a cambio de cualquier condición: Dígase lucrar, venganza o político.
4. Es plurisubsistente.
5. Es indiferente.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL TIPO LEGAL DE DETENCIONES COMETIDAS POR PARTICULARES

I. EL CONCEPTO LEGAL DE LA FIGURA DE DETENCIONES COMETIDA POR PARTICULARES

El tipo legal²⁰² de secuestro tiene como uno de sus elementos, el de detenciones cometido por particulares,²⁰³ previsto en el artículo 163.1 del CP que a la letra dice: “El particular que encerrare o detuviere a otro, privándolo de su libertad, será castigado con pena de prisión de cuatro a seis años”.

Descripción legal que contiene los dogmas: 1.- El particular. 2.- Que encerrare o detuviere. 3.- Ilegalmente. 4.- Privándolo de su libertad. 5.- A otro.

Acorde a los elementos de la figura penal en estudio, como al bien jurídico que tutela, así como la necesidad de distinguirla de la de detenciones cometidas por funcionarios públicos, es preferible llamarle detenciones cometidas por particulares y quitar el calificativo de “ilegales”.

²⁰² Para la presente tesis se entiende como -tipo legal- “la descripción de la conducta contraria a la prohibición o al mandato, a la que se refiere la conminación penal” Stratenwerth, G.: Derecho penal..., p. 127. En similar sentido lo define Jakobs como: “El conjunto de los elementos con los cuales se define un comportamiento que, si acaso, es tolerable en un concepto de justificación, se denomina tipo de injusto.” Cfr. Jakobs, G.: Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª. Edición corregida. Traducción: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (universidad de Extremadura). Marcial Pons. Madrid, España. 1997, p. 191. Ahora bien, en el tipo se acoge la tesis de la “doble posición del dolo” en su aspecto material, así que al analizar el tipo se revisan los aspectos: Cognositivos y volitivos. La tesis de la doble posición del dolo precisa que el elemento mencionado se encuentra en el tipo como en la culpabilidad. Existiendo dos vertientes la formal que considera que el dolo que se analiza en el tipo y la culpabilidad, es el mismo solo que desde diferente perspectiva. Mientras la postura material precisa que el dolo que se analiza en el tipo es solo en su etapas volitivo y cognositivo y otra postura que puede denominarse material limitada solo comprende el dolo en el tipo en su fase cognositiva y ambas posturas materiales precisan que el dolo en culpabilidad implica los elementos emocionales. Cfr. Silva Sánchez, J.M.: Sobre la evolución de la dogmática del derecho penal en Alemania (1991) en instituciones de derecho penal. Ángel editor. México, D.F. 2001, pp. 321 y ss.

²⁰³ Quintanar Díez, M.: El delito de secuestro..., p. 765. Escobar Jiménez, R.: Delitos contra la..., p. 1015.

El adverbio ilegal no aporta nada al verbo detenciones y basta decir delito de detenciones para que implícitamente se trate de las ilegales ya que solo estas, no las legales, pueden ser delito. Como referir que las detenciones son cometidas por particulares logran la diferenciación con las que cometen los funcionarios.

Pues bien, los ingredientes típicos de la figura de detenciones cometidas por particulares es lo que enseguida se proceden a analizar.²⁰⁴

II. SUJETO ACTIVO: EL PARTICULAR

1. Concepto

La Real Academia Española de la Lengua en una de sus acepciones conceptualiza la palabra “particular” como un individuo que no tiene título o empleo que los distinga de los demás.²⁰⁵ Este concepto gramatical de particular coincide con su noción jurídica, pero debe agregarse que pese a que es un sustantivo, no un adjetivo ni adverbio, jurídicamente califica al verbo. Es decir la noción de particular se refiere a la característica del sujeto

²⁰⁴ Para efectos de evitar multívocas interpretaciones con los dogmas, debido a las muchas concepciones que existen se tienen y se comprenden que este análisis como:

I.- Elementos normativos.- “Son aquellos que requieren una valorización por parte del juez que ha de aplicar la ley. Esta valorización puede proceder de diversas esferas y tener por base tanto algo radicado en el mundo físico como perteneciente al mundo psíquico”.

II.- Descriptivos.- “Simples objetos perceptibles por los sentidos o de procesos, como también de acontecimientos o estados anímicos”.

III.- Subjetivos.- En esta clasificación se requiere que el sujeto esté investido de condiciones especiales o se aluda a determinadas singularidades, por ejemplo reunir la calidad de servidor público.

IV.- Objetivos.- Son aquellos que proceden del mundo externo perceptibles por los sentidos, por ejemplo una inhumación. Plascencia Villanueva, R.: El cuerpo del delito y los elementos del tipo penal. Poder Judicial del estado de Tabasco. Tabasco, México. 1994; p. 22.

²⁰⁵ Cfr. Real academia de la lengua. Particular. En diccionario de la lengua española. Vigésima primera edición. Tomo II de II. Madrid, España. 1992; p. 1688.

activo cuando comete la privación de libertad y no el hecho de que no tenga un cargo.

En coherencia con lo argumentado, a fin de tener un concepto *ad hoc*, para la figura penal en estudio, se define “particular” como el sujeto activo del delito que actúa sin estar investido con el carácter de autoridad, ni sea miembro de una banda armada.²⁰⁶

Dicho concepto se refiere a la conducta que como gobernado realiza el activo y no al cargo que tiene, de modo que puede ser sujeto activo alguien que tiene un cargo público pero que actúa sin su imperio, sin prevalerse del mismo, como cualquier gobernado.

En contrario, si el activo actúa valiéndose del cargo, su conducta es atípica de detenciones cometido por particulares ya que el legislador diseñó a fin de castigar a los funcionarios públicos una diversa figura especial.²⁰⁷

2. Caso en que el activo es funcionario público

En antaño y hasta 1870, la figura de detenciones no hacía referencia al término “particular” sino decía: “El que” cuya consecuencia era que un funcionario público nunca podía ser castigado si cometía una privación de libertad. Tiempo después se modificó el tipo legal sustituyendo el término “el que” por “el particular” con los alcances antes referidos y en el que caben los funcionarios que actúan como particulares.²⁰⁸

Esos precedentes explican la razón de porqué el tipo de detenciones es común o indiferente pero ya no refiere “el que” sino “el particular”. Como que la figura penal de detenciones cometidas por particulares haga

²⁰⁶ Vid. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 185. Serrano Gómez, A. y otro: Derecho penal..., p. 159. Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p. 173.

²⁰⁷ Vid. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1969. Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español..., p. 164.

²⁰⁸ Cfr. Mirat Hernández, P.: Detenciones..., pp. 140 y ss.

referencia al citado “particular” pero se establezca como una calificativa el caso de que el activo sea funcionario público.

Lo último anterior aparentemente es una contradicción porque pareciera que, por un lado, la detención solo la puede cometer un particular y por otro lado la ley agrava la conducta cuando la detención la comete una autoridad. Pero la contradicción es solo aparente porque puede cometer el delito un particular o una autoridad que actué como particular y en esta hipótesis y por este hecho el funcionario que actúa como particular actualiza una agravante referente a que el activo tenga un cargo público.

De donde se advierte que se hace necesario establecer principios que auxilien a la identificación de una autoridad que actué en funciones de particular, uno de carácter general del que se desprenden otros dos de emblema particular.

El principio general indica: Particular es todo aquel que actúa sin estar investido de autoridad.²⁰⁹

De este principio general se deducen dos particularidades:

Primero, la autoridad se considera particular cuando no está en funciones.²¹⁰ Si bien el “cargo” se lleva permanentemente no en horarios con los que se pueda precisar a qué tiempo se deja de ser funcionario público y luego se recupera, por lo que es importante distinguir cuando está actuando en funciones de autoridad y cuando como un particular. Vale el ejemplo burdo en que:

Un funcionario, fuera de su horario de oficina como un “pasatiempo ilícito” y sin usar su privilegiada

²⁰⁹ Vid. Jiménez Huerta, M.: Derecho penal mexicano. Parte especial. Tomo III. La tutela penal y de libertad.- Antigua librería Robledo. México, D.F. 1968, p. 130. En similar sentido Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 192.

²¹⁰ Vid. Carranca y Trujillo, R. y otro: Código penal anotado. Porrúa. México D.F. 1995, p. 780. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones....., p. 92.

posición de autoridad, priva de la libertad a un sujeto que ni siquiera sabe que su victimario es una autoridad.

Segundo, a la autoridad se le considera como un particular cuando, no utiliza el cargo o las influencias que con su función obtenga, para lograr la detención, la que consigue gracias a dicha posición privilegiada.

De modo que puede llegar a excluirse el tipo legal de detenciones, por no tratarse del sujeto activo que exige la figura penal, en los siguientes casos que se anotan a manera enunciativa pero no limitativa de supuestos:

- Si el funcionario cometió la detención pero no tiene facultades legales para detener.
- Si el servidor público no está en funciones, por día inhábil, vacaciones etc. y el rehén desconoce que el activo tiene un cargo.

En suma un funcionario público puede actualizar el tipo penal de detenciones cometido por particulares siempre y cuando no se prevalece del cargo y, en dicho supuesto, se actualiza la agravante que precisa que el activo sea un funcionario público.

A. Hipótesis del tipo agravado en el artículo 167 CP.

Lo expresado en el punto precedente es también válido para explicar el tipo agravado que enuncia el ordinal 167 del CP que más adelante se detalla en el capítulo del secuestro agravado.

Por ahora basta con indicar que la hipótesis normativa del artículo 167 CP ocupa los casos en que el sujeto activo sea autoridad o funcionario público que actúa con el carácter de particular.

Es entonces diferente el supuesto legal de detenciones agravado por el hecho de que el activo es autoridad o funcionario público al delito de detenciones cometido por funcionarios públicos.

B. Diferencias con el sujeto activo previsto en el tipo legal de detenciones cometidas por particulares de la figura de detenciones perpetrada por funcionarios públicos establecida en el artículo 530 CP.

El artículo 530 del CP establece la figura penal de detenciones cometidas por funcionarios públicos, mientras el tipo agravado de detenciones cometidas por particulares que enuncia el ordinal 167 del CP.

El artículo 167 del CP literalmente, señala: “La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, y sin mediar causa por delito, cometiera alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en estos en su mitad superior y, además, con la inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años”.

Mientras el dispositivo 530 del CP. precisa: “La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordar, prácticamente o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años.”

Conclúyase entonces que la diferencia entre las figuras mencionadas es que, la primera de las anotadas establece que la privación de libertad no debe mediar causa de delito; mientras en el segundo, para su actualización necesariamente debe existir inicial causa para la detención pero la misma constituye un abuso del cargo.²¹¹ Véase lo siguiente:

²¹¹ Cfr. Bustos Ramírez, J.: Manual de derecho penal parte especial. Editorial Ariel S.A. Barcelona, España. 1986; p. 120.

a) El artículo 167 CP es un delito especial impropio. “No medie causa por delito”

De la diferencia antes anotada, que medie o no causa por delito, se identifica que el tipo agravado de detenciones cometidas por funcionarios es un delito especial impropio o delito de infracción de deber.

Es un delito especial porqué solo puede ser autor del mismo quien reúna la calidad de ser funcionario público y al cometer la privación de libertad se transgrede un deber que tiene la obligación de cumplir precisamente por ser autoridad.²¹²

Es especial impropio ya que el elemento personal específico, consistente en que el activo sea servidor público, solo opera agravando la pena.²¹³

b) El dispositivo 530 CP es un delito especial propio. “Medie causa por delito”

La configuración típica de detenciones cometida por autoridad o funcionario público se diferencia de tipo agravado de detenciones cometido por particulares cuando se trata de una autoridad o funcionario público, por el hecho de que en el primero medió causa de delito.

Así, la figura penal de detenciones cometida por funcionario público constituye un delito especial propio. En este sentido, se ha advertido acertadamente que este delito “es, sin lugar a dudas, un delito especial propio que se diferencia del delito de detención realizado por particulares por la naturaleza del bien jurídico. De este modo, en el primer caso serían las

²¹² Vid. Roxin, C.: Derecho penal..., p. 338; Pérez Alonso, E.J. y otros autores: Derecho Penal..., pp. 745 y 747.

²¹³ Vid. Roxin, C.: Derecho penal..., p. 338; Pérez Alonso, E.J.: Teoría general de las circunstancias..., pp. 209 y ss.

garantías del ciudadano ante el procedimiento de detención preventiva y, en el segundo, la libertad de movimientos”.²¹⁴

Es especial, al igual que la antes referida figura agravada, porque solamente puede ser perpetrada por quien tiene la calidad de servidor público o autoridad.

Es propio, en atención a que el elemento personal consistente en que el activo es autoridad o funcionario público es razón de la fundamentación del injusto penal, es decir, el cargo del autor es la razón del tipo legal, no solo de la agravación de la sanción.²¹⁵

3. Caso en que el activo sea miembro de una empresa de seguridad privada

En los casos de que el activo sea miembro activo de una empresa de seguridad privada con cualquier calidad dígame vigilantes, jefes de seguridad, guardaespaldas, escoltas, detectives privados, etc., a pesar de que pueden llegar a cumplir un función auxiliar de la seguridad social y cuenten con debida autorización, no son funcionarios públicos.

El artículo 1.4 de la Ley 23/1992, de 30 de junio, de Seguridad Privada establece la obligación de dichas empresas y su personal a colaborar con la seguridad pública en ejercicio de sus funciones así como acatar sus instrucciones.

Con todo que las personas de seguridad privada colaboran activamente en la seguridad pública no son ni autoridades,²¹⁶ ni servidores públicos y sí privan de la libertad a una persona comenten el delito de detenciones simples sin la agravante del ordinal 167 del CP relativa a los casos en que el responsable es un funcionario público.

²¹⁴ Cfr. Portilla Contreras, G.: El delito de práctica ilegal de detención..., p. 398.

²¹⁵ Vid. Roxin, C.: Derecho penal..., p. 338.

²¹⁶ Cfr. Mirat Hernández, P.: Detenciones... p p. 143 y ss.

En otras palabras los miembros de la seguridad privada tienen idéntico tratamiento que cualquier particular sin que ello obste para que el juez pueda, al momento de sentenciar, elevar la punición atendiendo a que el activo era un auxiliar de la seguridad pública y su conducta, transgredió un rol que de él se esperaba al cometer precisamente lo que tenía que evitar: Un delito.

A pesar de lo anterior es interesante analizar casos en que empleados de seguridad privada, por razón de su trabajo pueden llegar a cometer el delito de detenciones, como los siguientes:

a) Cuando se sorprende al responsable en flagrante delito. Destaca que el ordinal 11 de la Ley 23/1992, de Seguridad Privada a la que se ha hecho mención, señala incluso que los empleados de seguridad privada podrán realizar detenciones pero en todo caso deberá poner inmediatamente al justiciable a disposición de las fuerzas y cuerpos de seguridad pública, no pudiendo proceder a interrogar a los detenidos.

Entonces, los miembros de la seguridad privada, si de forma inmediata no ponen a disposición de la autoridad al sindicado, actualizan la figura de detenciones.

b) En el caso de los controles de identidad para el acceso, salida o en interior de inmuebles. Se parte de la premisa de que los controles de identidad tienen la finalidad de dar seguridad, mas como los miembros de la seguridad privada no están dotados de facultades coactivas por lo que no pueden forzar a nadie a que se identifique, será, de tal suerte, la identificación voluntaria.

Así las cosas, si una persona se niega a ser identificada y el personal de seguridad privada le impide abandonar el lugar, comete el delito de detención.

Se enfatiza que no se comete el delito de detenciones si en el mismo supuesto que el inmediato anterior señalado no se le permite entrar al inmueble en atención al principio de circunscripción antes tratado por el que se desprende que solo se afecta el bien jurídico de la libertad ambulatoria cuando se impide abandonar un recinto y no cuando se impide el acceso.

c) En el caso de que los sujetos activos pertenezcan a una banda armada, organización o grupo terrorista o no pertenezcan a banda armada u organización terrorista que realicen una detención con la pretensión de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública

En el primer caso en comento, por el principio de especialidad, no se actualiza la figura penal de detenciones sino la figura especial de delitos contra el terrorismo, concretamente el ordinal 571 de la ley penal.

Mas, acorde al principio de especialidad, quienes no pertenezcan a banda armada u organización terrorista y realicen una detención ilegal con la pretensión de perturbar el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, infringen el ordinal 577 de la ley penal y no la relativa a las detenciones.

4. Caso en que se equipara a los particulares con los funcionarios públicos

Un supuesto en que un “particular” puede y debe ser parificado como autoridad es en los casos que la ley los faculta para detener a un delincuente.

Es equiparable el particular con el funcionario público, en cuanto a lo que hace, ya que, aunque temporalmente, adquiere, frente a otros ciudadanos, una posición privilegiada de poder, con lo que esta en actitud de

transgredir el bien jurídico institucional, como lo puede infringir cualquier autoridad.²¹⁷

La consecuencia de lo anterior tiene aplicación en los casos en que un particular detenga a un delincuente para entregarlo a la autoridad, es decir medie causa de delito, de donde se pueden derivar dos supuestos:²¹⁸

Primero: El particular que detiene a un delincuente, fuera de los casos previstos en la ley.

Segundo: El particular que detiene a un delincuente en los casos previstos por la ley, pero infringiendo normas de fondo o cualquier formalidad legal.

Lo que interesa para la presente investigación es que, en los supuestos indicados, el activo, aunque sea momentáneamente, no es particular sino autoridad, por lo que no actualiza el delito de detenciones cometida por particulares sino el art. 530 CP.

A pesar de lo expuesto, cuando un particular equiparado a un funcionario público detiene a un delincuente y después exige una condición para dejarlo salir, tipifica con el delito de secuestro pues necesariamente existe, en el supuesto previsto, una retención de la libertad en la que el activo pierde el carácter de autoridad que había asumido solo temporalmente y por los efectos permanentes del delito actualiza la figura penal de detenciones que requisita como presupuesto del secuestro.

En base al mismo razonamiento anterior, el particular que al momento de la detención es equiparable a un funcionario público, no actualiza la agravante relativa al caso de que el sujeto activo sea autoridad ya que al momento de cometer el secuestro el agente del delito no tiene el “cuasicargo” que había adquirido solo para un fin y si se abandona este, en ese momento se pierde el cargo.

²¹⁷ Cfr. Portilla Contreras, G.: El delito de práctica ..., pp. 155 y ss.

²¹⁸ Cfr. Portilla Contreras, G.: El delito de práctica ..., p. 157.

III. CONDUCTA TÍPICA.TIPO OBJETIVO O ASPECTO EXTERNO

1. Acción: Encerrar o detener

A. Formas de conceptualizar la afectación al bien jurídico en el delito de detenciones

Existen, entre otras, dos formas de legislar el delito de detenciones cometido por particulares.

Una forma de conceptualizar el delito de detenciones es siguiendo la corriente de origen francés que aborda las conductas con las que se consigue el resultado de la privación de libertad, indicando que el delito se comete encerrando o deteniendo. Así lo hace el Código Penal Español.

Otra manera de enunciar el delito de detenciones es indicar el resultado de la conducta y no las conductas, señalando que el delito de detenciones es “quien privare a otro de libertad”, como se hace en los códigos penales de Alemania (Freiheitsberaubung), Italia (privación personal de libertad) y México (privación de libertad) entre otros.

Siendo más afortunada la primera forma de legislar el delito de detenciones contrariamente a como lo hace la ley represiva española que puntualiza los verbos encierro o detención cuya comprensión provoca estériles polémicas, tal como si encerrar o detener son formas de la acción o si son consecuencias de la privación de libertad y en consecuencia el delito es de mera actividad y no de resultado.²¹⁹

Los problemas se agudizan en los casos prácticos como en el supuesto donde:

²¹⁹ Vid. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., pp. 1972 y ss.

Un sujeto lesiona en las rodillas a su víctima o le rompe las piernas con el fin de inmovilizarla y con ello la priva de su libertad ambulatoria.

En este ejemplo resalta el problema de los verbos típicos contenidos en el delito de detenciones ya que la víctima no está ni encerrada, ni tampoco detenida, pero sí privada de su posibilidad de trasladarse.

A sazón de lo anterior se propone sustituir los verbos típicos encerrar y detener, por el de privar de la libertad ambulatoria en el que se engloban todas las conductas que afectan la potestad traslaticia y además hace una expresa referencia al bien jurídico que tutela la figura penal de detenciones.²²⁰

En efecto, el verbo “privar” significa: Quitar o eliminar. Lo que unido con la palabra libertad consistente en afectar la potestad de desplazarse libremente, por lo que innegablemente es una mejor técnica legislativa ya que considera menos palabras, es más descriptivo y menos problemático si de interpretación se trata.

Si bien podría sostenerse en contrario que la legislación española no tutela cualquier tipo de privación de libertad, sino solo la que se actualiza cuando se impide abandonar un lugar y no ir a un determinado sitio, la respuesta se encuentra en la interpretación a través del bien jurídico por la que se llega a la tesis de la circunscripción previamente abordada y detalladamente analizada en la primera parte de este texto.

Atento a lo expuesto, *lege ferenda* debe modificarse el tipo legal de detenciones cometidas por particulares ahora indicando: “El particular que priva a otro de su libertad...”.

²²⁰ “(...) No deja de parecer tautológico que al definir la conducta típica se exprese dos veces la misma prohibición: la de privar de su libertad a otro y la equivalente a encerrar o detener (...)”. Rodríguez Ramos, L. y otros: Derecho penal. Parte especial I. Delitos contra las personas-Delitos contra la libertad- Delitos contra la libertad sexual. Servicio publicaciones facultad de derecho universidad complutense Madrid. Madrid- España. 1998, p. 121.

B. Los conceptos de encerrar o detener

El tipo legal de detenciones contiene alternativamente señalados los verbos encerrar o detener, ambos refiriendo la privación de libertad pero ambos diferenciándose entre si como dos maneras distintas de reducción a la libertad ambulatoria.

El verbo típico encerrar admite una interpretación amplia o abstracta como impedir, contra la voluntad del sujeto pasivo, abandonar un lugar abierto y determinado cualquiera que sea.²²¹

Dentro de esta concepción cabe admitir que el delito de detenciones puede darse dejando a una persona en una isla o un poblado aislado o en el bosque, donde a pesar de la extensión del lugar hay un material aprisionamiento porque el pasivo no puede, por si solo y por sus propios medios, liberarse.

Paralelamente del concepto amplio hay otro restringido de encerrar, que define dicha acción como introducir a una persona en un espacio cerrado, mueble o inmueble, privándolo de sus límites espaciales a lo largo, a lo ancho y alto.

Enclavado en el concepto restringido de encerrar solo puede actualizarse la privación de libertad cuando se lleva a cabo en lugares cerrados y pequeños.²²²

Entre ambos conceptos, el amplio y el restringido, el más adecuado es el primero porque ni semántica,²²³ ni lógicamente el concepto encerrar implica que la efectiva restricción de la libertad ambulatoria necesariamente sea en un “cuarto” o como si fuera un cuarto; sino que basta que lo

²²¹ Vid. Del Rosal Blasco, B.: *Delitos contra la...*, p. 180. Rebollo Vargas, R. y otros autores: *Comentarios al Código...*, p. 174.

²²² En este sentido SSTS 13 de febrero de 1991, 11 de junio 1992, 27 de octubre 1995. Como Del Rosal Blasco, B.: *Delitos contra la...*, p. 180. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: *Derecho penal...*, p. 185. Muñoz Conde F.: *Derecho penal. Parte especial...*, p. 167. Prats Canut, J.M.: *Comentarios a la parte especial...*, p. 183. Serrano Gómez, A. y otro: *Derecho penal...*, p. 159.

²²³ Vid. Real academia de la lengua. *Encerrar*. Vigésima primera edición. Tomo I de II. Madrid, España. 1992; p. 900.

culminante es que el rehén no pueda salir, que esté afectado de su potestad traslaticia²²⁴ y dicha postura es congruente con la tesis de la circunscripción expuesta en la primera parte de este texto.

En consecuencia el concepto encerrar no solo definido con una postura amplia sino mas allá, conceptualizado a la luz de la tesis de la circunscripción, para fines prácticos es: situar al ofendido en cualquier lugar del que no pueda salir por sus propios medios, al que llegó por su propia voluntad o contra ella²²⁵ y que implique un efectivo doblez a la libertad ambulatoria de la víctima.

Existiendo tantas formas de encierro como se puedan imaginar: Introducir al rehén dentro de un vehículo, o dejarlo en una azotea y quitarle la escalera, o dejarlo en un cuarto cuya salida es custodiada por perros, o dejarlo en un sótano cerrado o en una cueva profunda sin manera de que salga, etc.²²⁶

Por otro lado, el término detener también tiene una connotación extensa que precisa sus alcances como inmovilización mediante la aprehensión o sujeción del sujeto pasivo en cualquier lugar, dígame abierto o cerrado.²²⁷ Como existe una postura acotada de detención que indica la inamovilidad mediante la aprehensión o sujeción de la víctima solo en un lugar abierto.²²⁸

²²⁴ En contrario Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 185.

²²⁵ Vid. STS 17 de enero de 1961. Como Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1973. Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español..., p. 164.

²²⁶ Vid. Landrove Díaz, G.: El tipo básico..., p. 1684.

²²⁷ En este sentido SSTS 13 de febrero 1991, 3 de noviembre de 1992, 27 de octubre de 1995, 30 de marzo 1996, 17 de abril 1997. En el plano doctrinal Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 180.

²²⁸ En este sentido Muñoz Conde F.: Derecho penal. Parte especial..., p. 167. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la parte especial..., p. 183. Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p. 174.

La postura que consideramos correcta es la primera con y por las razones precisadas al admitir el concepto amplio de encierro. Entonces, por detención solo debe entenderse la inmovilidad del sujeto pasivo.²²⁹

Mas la inamovilidad del paciente del delito solo implica que él no pueda desplazarse, no que a él no lo desplacen como es el caso del secuestro itinerante en el que el rehén está permanentemente atado pero es cambiado de lugar con el fin de burlar a las autoridades.²³⁰

En fin, ejemplos de detención son: Atar al rehén, causarles heridas para que no pueda caminar, quitarle las muletas a un discapacitado, etc.²³¹

Al tema constan los siguientes criterios jurisprudenciales:

“(...) La conducta típica del delito de detención ilegal se concreta en los verbos “encerrar y detener, privando a la víctima de trasladarse libremente de un lugar a otro, obligándola a permanecer en determinado sitio o espacio cerrado contra su voluntad. El término “encerrare”, en la dicotomía del tipo penal, supone el mantenimiento en un espacio cerrado a una persona. Ha de tratarse de un lugar no abierto, mueble o inmueble, pudiendo serlo tanto un vagón de ferrocarril, un automóvil, una habitación, etc. El otro término de la forma comisiva, “detuviere”, admite la privación de libertad en lugar abierto, precisándose el empleo de fuerza física o violencia psíquica para privar al sujeto pasivo de la capacidad de traslado ambulatorio.²³²

²²⁹ En este sentido Calderón Cerezo A. y otro: Derecho penal..., p. 655. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 180.

²³⁰ Vid. Landrove Díaz, G.: El tipo básico..., p. 1684. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 185.

²³¹ Vid. Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español..., p. 165.

²³² STS de 30 de marzo de 1996.

“(…) En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad. En ambos casos se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación, en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales de largo, ancho y alto, detener en cambio, implica también esa limitación funcional, aunque en distinta forma, ya que, sin necesidad de encerrar materialmente se obliga a la inmovilidad no necesariamente con violencia o intimidación (...).”²³³

“La doctrina de esta sala, inspirada en los criterios establecidos por el tribunal constitucional, es uniforme, pacífica y constante al señalar la nítida distinción entre la detención contemplada en el art. 17.2 y 3 CE, y las simples retenciones o provisionales restricciones de la libertad que requieren de modo inevitable la práctica de determinadas diligencias no dirigidas en principio contra la libertad ambulatoria stricto sensu, como sucede con las pruebas de alcoholemia, la identificación o los cacheos, diligencias policiales que se haya amparadas por los arts. 11.1.f) y g) de la ley orgánica 2/1986, de fuerzas y cuerpos de

²³³ STS de 27 de octubre de 1995.

seguridad (véase STS de 27 de septiembre de 1996, entre otras muchas).²³⁴

Luego, la diferencia entre encierro y detención es que en el primero se deja al rehén en un espacio determinado sin que por sus medios pueda salir mientras que en el segundo se le inmoviliza. Debiendo destacarse que no es parámetro adecuado para diferenciar dichas conductas el considerar que se da el encierro si el lugar es cerrado y detención si es abierto; porqué el lugar del claustro, abierto o cerrado, son referencias topográficas fútiles y no relativas a la conducta.²³⁵

Por otro lado, no se pasa por alto que los conceptos detener y encerrar son expresamente referidos en el primer párrafo del artículo 163 del CP, mas en el cuarto párrafo del mismo artículo dice “aprehendiera”. No obstante, aunque con distintas palabras, siguiendo una interpretación sistemática, debe entenderse que en ambos supuestos se refieren a la privación de libertad. Por lo que jurídicamente los términos “aprehendiera” y detener o encerrar, refieren la misma cosa, son “cuasisinónimos jurídicos”.

C. Naturaleza jurídica de los conceptos “encerrar” y “detener”

La naturaleza jurídica de los conceptos encerrar y detener es materia de extensa discusiones ya que algunos señalan que dichos conceptos son la primera parte de la detención que se consume con una segunda porción que la privación de libertad.²³⁶

²³⁴ Auto del TS de 16 de febrero de 2000. En el mismo sentido, vid. STS de 9 de abril de 1999.

²³⁵ Vid. Paz Rubio, J.M. y otro.: *Delitos contra la...*, p. 1973.

²³⁶ Vid. Mirat Hernández, P.: *Detenciones...*, p. 158. Paz Rubio, J.M. y otro.: *Delitos contra la...*, p. 1971 y ss.

Otros indican que la privación de libertad es la característica del encierro y la detención; por lo que no existen dos momentos ya que el encierro y la detención no pueden producirse sin privación de libertad.²³⁷

Otros más precisan que el encierro y la detención no son modalidades de la conducta sino del resultado típico o formas de privación de libertad.²³⁸

La diversidad de opiniones refieren con acierto parte de la solución precisamente porque solo analizan una fracción del problema. El encierro y la detención no pueden diferenciarse de la privación de libertad, pues, valga el retruécano, cuando se encierra o se detiene se priva de la libertad y se priva de la libertad encerrando o deteniendo. Así el encierro y la detención son tanto formas de conducta como del resultado típico, pues lógicamente no es posible separar el encierro ni la detención de la privación de libertad.

De tal suerte la naturaleza jurídica del encierro y la detención se explican como formas tanto de la conducta como del resultado, encontrándose como siameses íntimamente ligados de forma inseparable.

2. Resultado: La privación de libertad

La consecuencia del encierro o la detención está constituida por la privación de libertad, cuyo concepto fue previamente analizado en el tema del bien jurídico. De tal suerte que, ya habiendo tratado el tema de libertad, queda agregar que el artículo 17 CE prescribe que toda persona tiene derecho a la libertad de la que nadie puede ser privado y cuya correcta

²³⁷ Vid. Mirat Hernández, P.: Detenciones..., p. 158. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1971 y ss.

²³⁸ Vid. Mirat Hernández, P.: Detenciones..., p. 158. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1971 y ss. En este sentido SSTs 25 de octubre 1983, 9 de abril 1986, 20 de abril 1987, 11 de septiembre 1988, 18 de enero 1999, 19 de abril 1999, 31 de marzo 2001, 26 de noviembre 2002. Como Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 181.

interpretación es que la libertad que se protege es la física, entre ellas la ambulatoria que ocupa el secuestro.²³⁹

A. Requisitos para que se actualice la privación de libertad

La literalidad de la palabra privar indica despojar o quitar a alguien, algo que poseía²⁴⁰ lo que es insuficiente, en el caso en estudio, al no referir que es lo que se quita. Por lo que el concepto privar requiere una exégesis teleológica que extienda su concepto a quitar la libertad ambulatoria.

De tal suerte para que se acredite la privación de libertad debe afectarse el bien jurídico libertad ambulatoria para lo que previamente, en la primera parte de este trabajo, se propusieron los principios: Circunscripción, intensidad, de que la privación de la libertad sea un fin en si mismo no un medio para cometer otro delito, idoneidad de la intimidación y existencia material del bien jurídico.

B. Modos en que se pueden presentar la privación de libertad

Es indiferente la forma en que la víctima llegue al lugar del claustro,²⁴¹ solo importa que sea contra su voluntad no siendo relevante que no haya podido expresar su contrariedad a ser privada de la libertad con y por las razones sostenidas en la tesis de la presunción *iuris tantum* abordada en la primera parte de este trabajo.

²³⁹ Vid. García Morillo, J.: El derecho a la libertad personal. (Detención, privación y restricción de libertad). Tirant lo blanch. Valencia España, pp. 33 y ss.

²⁴⁰ Vid. Real academia de la lengua. Privar. En diccionario de la lengua española. Vigésima primera edición. Tomo II de II. Madrid, España. 1992; p. 1836

²⁴¹ No siendo indispensable que “el agente sustraiga y traslade al sujeto pasivo al lugar de la arbitraria detención; el arresto o detención puede realizarse en ocasión de hallarse a la víctima en su casa, en la del sujeto activo o en la de un tercero, si se le encierra desde fuera y se le impide salir”. Jiménez Huerta, M.: Derecho penal mexicano..., p. 128.

Ergo como no importa el modo como la persona sea privada de su libertad esta puede ser: *admotio de loco ad locum* o sustracción y como retención, que también fueron tratadas en la primera parte.

Ahora, decir privación de libertad es oscuro ya que no descifra cómo puede darse y un primer entendimiento, el literal, extendería tanto a los casos de evitar que una persona salga de un lugar como impedir que una persona vaya a un determinado sitio.

Pese a dicho entendimiento, evidentemente solo puede perpetrarse la privación de libertad que exige el tipo legal de detenciones, impidiendo a una persona salir de un lugar como se expuso al proponer la tesis de la circunscripción, en la primera parte de este trabajo.

C. Lugar donde puede darse la privación de libertad

Coherentemente con lo que se ha venido exponiendo, la privación de libertad puede darse en cualquier lugar con el solo requisito, no jurídico pero si fáctico, que exista materialmente un lugar donde se encuentre el rehén. El que puede ser cualquier sitio, de cualquier extensión y características.

En efecto, el lugar de reclusión no requiere cumplir con ninguna característica e incluso puede que sean un solo lugar o varios, o que esté fijo o no, que sea propiedad del activo o no, e incluso el lugar del claustro puede pertenecer al rehén.²⁴²

²⁴² “No es necesario, en consecuencia, que exista abducción de la víctima: Esta puede ser detenida en su propia casa, y hasta que se le prive salir. Tampoco importa nada que el local del encerramiento tenga o no tenga puerta y, teniéndola, que esta se encuentre abierta o cerrada, siempre que por alguna ocasión se haya impedido efectivamente la libertad de salir cuando la víctima haya querido. Si la puerta tiene un mecanismo para abrir, desconocido por la víctima, hay secuestro, aún cuando esta pudiera aprenderlo y, de hecho lo haya descubierto después de algún tiempo. Si es posible salir del local de encierro sin riesgo personal, considerable esfuerzo o sin afrontar ninguna situación difícil, no hay secuestro; pero si lo hay cuando se hace necesario saltar por una ventana o salir desnudo o violar el domicilio de otro.” Soler, S.: Derecho Penal argentino. Tomo IV de V. Tipográfica Editorial Argentina. Buenos Aires, Argentina. 1976; p. 35.

Ejemplos del sitio del claustro:

El interior de un vagón de ferrocarril.²⁴³

El maletero de un vehículo en movimiento.

Un árbol donde el rehén se encuentre atado.

Una cueva.

D. Formas comisivas de la privación de la libertad

Legalmente no hay restricción de medios para cometer la privación de libertad, por lo que las formas comisivas en que pueda perpetrarse serán tan diversas como la inteligencia humana – criminal pueda crear, sólo basta que sean idóneas.²⁴⁴

Las formas comisivas en que puede ser realizado el delito fueron analizadas en la primera parte de este trabajo, pero vale la pena reiterar su análisis por su aplicación en la práctica y porqué en el presente momento ya hay mas avance en el estudio del delito de secuestro así que su reincidencia funciona como confirmación de las posturas hasta ahora asumidas. Pues bien, algunas de las formas comisivas más frecuentes pueden ser:

²⁴³ Vid. Polaino Navarrete, M.: Detención ilegal y secuestro. En enciclopedia penal básica. Luzón Peña, Diego – Manuel (director). Comares editorial. Granada España. 2002; p. 1684 y ss.

²⁴⁴ Vid. SSTS de 6 de octubre de 1980, 16 de abril de 1959 y 17 de enero de 1961. En el plano doctrinal Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 117. Muñoz Conde F.: Derecho penal. Parte especial..., p. 167. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1974. Serrano Gómez, A. y otro: Derecho penal..., p. 160. Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español..., p. 164. Portilla Contreras, G.: El delito de práctica..., p. 207.

En contrario hay quienes niegan que pueda perpetrarse el delito por medios diversos a la violencia como pueden ser el engaño, el uso de narcóticos o hipnosis como son Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 186.

Otros más que no asumen partido sino señalan que es difícil que se den medios comisivos distintos a la violencia física como lo hace Orts Berenguer y otro: Compendio de derecho..., p. 436.

a) La violencia: Física o moral

La violencia es la fuerza irresistible, dígase física o moral, que en el caso de detenciones y secuestro logra la privación de libertad.

Es necesario diferenciar la “violencia como medio comisivo” de la “violencia como agravante a considerar por el juez al momento de graduar la sentencia.”

La “violencia como medio comisivo” es exclusivamente la fuerza suficiente y necesaria para poder consumir la privación de libertad.

En tanto, la “violencia como agravante a considerar por el juez al momento de graduar la sentencia” es aquella que se presenta como un plus que matiza la gravedad de los hechos, pues fue mas haya de la indispensable para lograr la privación de libertad o también puede darse cuando el rehén ya está privado de la libertad y el activo la ejerce, por ejemplo, golpeando al prisionero para tenerlo o mantenerlo psicológicamente sometido.

a'. Violencia física. *Vis corpori afflicta*

La violencia física es la fuerza material que se impone al rehén, en el caso de secuestro, para privarlo de su libertad. Dicha fuerza puede darse sobre personas o sobre las cosas.

Por violencia física sobre las personas se comprende la fuerza material ejecutada contra la víctima del delito, suficiente y necesaria para lograr privarla de su libertad yendo encaminada a suprimir la voluntad y luego su libertad ambulatoria.

Mientras, la violencia contra las cosas alcanza a aquella que recae sobre un objeto para cometer la privación de libertad o mantenerla.

Lo que puede ser destruyendo el bien, como derribar una escalera, o usando el objeto como herramienta de manera que sea con el que se forme un aprisionamiento o, en el caso de los minusválidos, en que se quita el objeto que les permite desplazarse tales como muletas, silla de ruedas, andador. etc. .

b'. Violencia moral. *Vis compulsiva* o intimidación

La violencia moral es la fuerza “a título demostrativo” capaz de vencer la resistencia del pasivo para consumir la privación de libertad, pudiendo ser contra el rehén o contra otra persona.

Algunas modalidades de la violencia moral pueden ser:

i. Ejercitando violencia física contra persona distinta al rehén, pero a cuya consecuencia se vence la resistencia de la víctima del secuestro.

Por ejemplo: El secuestrador golpea a la esposa del rehén para que este acceda a abordar un vehículo que lo trasladara al lugar del claustro.

ii. Con intimidación, sin agresión física, contra el rehén.

Como ejemplo se anotan los siguientes:

Un sujeto con un arma en la cabeza intimidando, sin ninguna fuerza física, para que alguien sea privado de la libertad o el caso de un secuestro en que el activo deja las puertas abiertas pero sin que el paciente del delito se atreva a salir.

La señora a quien su ex-esposo le ordena a que le acompañe al domicilio del autor, siendo doblegada su voluntad, por el temor que le causaba el recuerdo

de las sevicias de que había sido objeto cuando vivía con él.

O el caso en que la víctima es obligada a continuar por el camino indicado por los secuestradores quienes la tenían amenazada con una pistola.

La intimidación como medio comisivo no es aceptada por todos ya que un sector de la doctrina sostiene que en los delitos que afectan la libertad solo es posible la violencia física, como medio comisivo²⁴⁵ y, cuando se actualiza la intimidación, se esta en presencia del delito de amenazas no de detenciones.²⁴⁶

Sin embargo, la objeción es incorrecta, en razón de que la ley no tiene restricción de medios; ni lógicamente, de acuerdo a la redacción del tipo penal, es dable suponerlos, como la jurisprudencia acertadamente ha sostenido, entre otras tesis, en la siguiente:

“El tipo básico de la detención ilegal (art. 480.1 cp/1973, hoy art. 163.1) exige la privación de la libertad de deambulación que se impone a una persona con cierta duración o permanencia, y no se requiere necesariamente que se empleé fuerza o violencia para ello, admitiéndose incluso por la jurisprudencia procedimientos engañosos (sentencia del tribunal supremo de 19-3-1997 y las citadas por la misma), bastando para llenar el elemento subjetivo el ánimo o propósito de privar de la facultad de deambulación a una persona.”²⁴⁷

²⁴⁵ Entre ellos Binding, quien inicialmente sistematizó los delitos contra la libertad y Díez Ripollés. Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 120. Como también Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 181.

²⁴⁶ En este sentido Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 181.

²⁴⁷ STS. de 19 del junio de 2000.

En otro orden de ideas, hay quienes sostienen que se excluyen la violencia física de la moral y viceversa aseverando que solo se puede dar una u otra.²⁴⁸ A nuestro juicio, este punto de vista no es totalmente correcto, pues, efectivamente no pueden coexistir la violencia física y la moral en un solo y exacto momento, pero nada impide para que se presenten en forma sucesiva.

Por ejemplo: Que primero se amague a la víctima con una pistola logrando la privación de libertad y después el rehén, al ser trasladado en un vehículo al lugar del claustro cuando pretende huir para lo que abre la puerta del vehículo, pero no consigue escapar siendo golpeado. Siendo este un relato que distingue dos actos seguidos uno de otro pero distintos y constitutivos uno de violencia moral y otro de violencia física.

b) Medios fraudulentos²⁴⁹

Son los medios por los cuales se causa un estado de error en la víctima del delito, para poder llevar a cabo la privación de libertad o mantenerla

²⁴⁸ Cfr. Pavón Vasconcelos, F.: Privación de la libertad. En diccionario de..., p. 821.

²⁴⁹ Un sector de la doctrina en lugar de medios fraudulentos los refiere como fraude o engaño, pero esta última denominación es menos afortunada que la primera, como bien lo refiere Muñoz Sánchez, pues aborda el tema con más palabras, menos sintéticamente a diferencia del primer concepto donde se abarcan: "Cualquier artificio, enredo, mentira, trampa con la cual se induce a la víctima a un error con la finalidad de privarla de libertad. De aquí que utilicemos la expresión medio fraudulento y no el término al que alude la doctrina. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 122.

Un ejemplo de privación de libertad: El encierro en un centro psiquiátrico de personas de las que consta su salud mental, utilizando para ello certificados médicos falsos. O el activo que propuso a la víctima y que aceptado por éste, ir ambos a probar el automóvil, todo ello conforme a un plan preconcebido por el agente del delito para secuestrarlo, lo que efectivamente llevó a cabo.

Mientras un ejemplo de mantenimiento de la privación es: Amenazar a la víctima con matarlo, si intenta salir.

Puede argumentarse contra lo sostenido, que no es posible los medios fraudulentos como formas comisivas de las figuras penales de detenciones y secuestros, partiendo del presupuesto de que la privación de libertad es una forma de coacciones. Luego, si las coacciones no admiten el engaño, tampoco la admiten las figuras penales de detenciones y secuestros.

Pues bien, el delito de detenciones es, en efecto, una especie de coacciones, pero dentro de sus elementos específicos de acuerdo al tipo de libertad que tutela es que además de tutelar la libertad de querer como las coacciones, también protege la de actuar.

Ergo, los delitos de detenciones y el secuestro no se encuentran constreñidos a una idéntica naturaleza jurídica del delito de coacciones,²⁵⁰ por lo que sin duda el secuestro admiten la posibilidad de ser cometidos por cualquier medio fraudulento.

Admitida la posibilidad de que con cualquier medio fraudulento se puede cometer una detención o un secuestro, también es válida cualquier forma de introducir en error a la víctima del delito. Algunos casos son:

²⁵⁰ Vid. Jakobs, G.: Estudios de derecho penal. Traducción: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. UAM ediciones y editorial civitas. Madrid, España. 1997; p. 468.

a'. Engaño de obstáculo imaginario

Es, también llamado, "error de hecho" provocado o mantenido por el autor, que se despliega para hacer creer al rehén que esta impedido para abandonar un lugar, aunque materialmente pueda hacerlo.

Ejemplos:

Cuando el activo engaña al rehén, diciéndole que la puerta de acceso al lugar del claustro esta cerrada, cuando materialmente no lo está.

O, se le dice a la victima del delito que si sale de la casa donde está recluido, se puede perder en el bosque y morir de inanición, cuando en realidad no existe un bosque sino un jardín privado dentro de la ciudad.

En estos supuestos debe indicarse que el activo necesariamente induce al rehén al error y, en caso contrario, si la victima cae por si sola en el error, no existe un agente penalmente responsable y, por ende, no puede existir el delito de detenciones pero podrá existir secuestro si y solo si el activo aprovecha la privación de la libertad de la victima y, teniendo la efectiva posibilidad de liberarlo, no lo hace y exige el cumplimiento de una condición a cambio de la liberación del enclaustrado.

b'. Engaño de autoridad fingida

Son los supuestos en que el activo se hace pasar como autoridad, por cuyo disfraz, se aniquila la resistencia del pasivo quien piensa que se esta sometiendo a la orden de una autoridad pero en realidad cayó en un engaño que lo priva de su libertad.

c'. Engaño sobre el consentimiento de la víctima

En este concepto se comprenden los casos en la “actividad engañosa” que despliega el activo para convencer a la víctima de que permanezca en un determinado lugar en espera de una falsa promesa, logrando con ello, que el rehén (quien no sabe que lo es) permanezca en el recinto enclaustrado.

Hipótesis en que es necesario que el engaño del activo sea eficiente y causa única para que el paciente del delito haya aceptado estar en el lugar del claustro, de donde se sigue que es condición *sine qua non* que el rehén no sepa que está privado de su libertad.

Ejemplos de este medio comisivo:

El activo convence al ofendido de que se sacó la lotería y para pagarle necesita esperar en una casa, a donde la víctima acude y donde es privado de su libertad.

O cuando se le convence a la víctima que una hermosa mujer lo espera con fines sexuales en una casa y el futuro rehén motivado por la mentirosa oferta acude a la falsa cita donde es privado de su libertad.

c) La hipnosis, los narcóticos, alcohol u otra perturbación de la conciencia

Los supuestos en mención tocan los casos en que se elimina la voluntad del ofendido introduciéndolo en un estado de inconciencia que se aprovecha para realizar la privación de libertad.²⁵¹

Lo importante es que sea el “método de supresión de la voluntad”, dígase hipnosis, narcóticos o alcohol sea eficaz para suprimir la conciencia del rehén.²⁵²

Ejemplo: Se coloca una droga en un vaso con agua que se le da a una joven la que cae en sueño profundo que es aprovechado por el secuestrador para privarla de su libertad.

d) Prevalcimiento o abuso de una situación de superioridad

En estos supuestos el activo utiliza “la influencia espiritual” como utensilio necesario para influir en la libre voluntad del rehén logrando la privación de libertad o manteniéndolo enclaustrado. De tal suerte, que por su misma naturaleza del medio comisivo en cita, solo es valido en los casos en que el activo puede hacer mella en el ánimo del paciente del delito.

Por lo anterior, el prevalimiento o abuso de una situación de superioridad generalmente opera para aquellos que no estén en posibilidad de ejercitar esa voluntad, como los niños o inimputables aunque no se restringe solo a ellos, que como ya se dijo son los casos mas frecuentes, sino a todos en los que el activo pueda imponer su efecto dominatorio, lo que arroja un problema de prueba pues necesariamente debe demostrarse dicho “efecto dominatorio” con cualquier forma de convicción permitida por la ley adjetiva de la materia.

²⁵¹ Vid. SSTS de 16 de abril de 1959 y de 17 de enero de 1961.

²⁵² Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones... p. 126.

En caso contrario, si no demuestra el “efecto dominatorio” se traduce en que el pasivo aceptó la privación de libertad y por ende no se actualiza la detención ni el secuestro; ya que, en el principio la libertad ambulatoria, es un bien jurídico disponible.

Sobre la aceptación o consentimiento de la privación de libertad, en lo que ocupa a los inimputables, pueden darse diversos supuestos cuando quien ejerza la tutela del incapaz decida una cosa mientras el incapaz determine otra.

Por ejemplo: Un sujeto con la anuencia del incapaz dispone de su facultad ambulatoria, pero sin consentimiento o en contra de quienes disponen legalmente de ese derecho.

En casos como estos, a manera de guía general, debe revisarse la intención del activo para estar en aptitud de decidir si la conducta es delictuosa o no.

Un ejemplo en que no se actualiza el delito de detención es el del chofer de un camión para retrasados mentales que se enamora de una jovencita de 15 años, a la que cotidianamente transportaba y dada la oposición de los padres se la llevó con el consentimiento de la joven y por la influencia que ejercía sobre ella.

En este supuesto no se actualiza el delito de detenciones, ni secuestro, ya que la intención del chofer careció del dolo que exigen las figuras penales indicadas pues sus actuar fue con la intención de hacer vida en común con la incapaz.

Por lo expuesto, los casos de prevalimiento o abuso de superioridad no tienen una respuesta absoluta, lo único absoluto es el “correcto olfato jurídico” para dilucidar cada uno de los problema de acuerdo al caso concreto.

3. La ilegalidad de la privación de la libertad

La naturaleza jurídica del vocablo “ilegal” contenido en el tipo legal de detenciones es un elemento normativo de discutida interpretación,²⁵³ existiendo quienes lo identifican como:

A. Elemento de la antijuridicidad. Un sector de la doctrina científica señala que el concepto “ilegal” aunque esta en el tipo es parte de la antijuridicidad y su tratamiento es como un elemento diverso y posterior del análisis a la tipicidad.²⁵⁴

B. Elemento de la tipicidad que subsume la antijuridicidad. Por otro lado, hay quienes sostienen que el concepto “ilegal” es del tipo y este absorbe a la antijuridicidad como uno de sus elementos.²⁵⁵

C. Elemento de valoración global del hecho. Como existen quienes señalan que la palabra “ilegal” que se establece en el tipo de detenciones es un “un elemento de valorización global del hecho”,²⁵⁶ lo que obliga a ponderar cada uno de los elementos del tipo, incluyendo el componente ilegal, con

²⁵³ Vid. Plascencia Villanueva, R.: El cuerpo del delito..., p. 22.

²⁵⁴ Postura iniciada por Welzel y seguida entre otros por Kaufmann. Cfr. Mirat Hernández, P.: Detenciones..., p. 188. Portilla Contreras, G.: El delito de práctica..., pp. 210.

²⁵⁵ Vid. Mirat Hernández, P.: Detenciones..., p. 215.

²⁵⁶ Tesis iniciada por Maurach a quienes siguieron entre otros Jeschek y Roxin. Cfr. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detención... p. 192. Portilla Contreras, G.: El delito de práctica..., p. 210.

referencia a la antijuridicidad pero sin alterar las reglas de la tipicidad - antijuridicidad.²⁵⁷

D. Algunas consecuencias jurídicas que implica considerar el concepto “ilegal” como elemento de la antijuridicidad o como elemento del tipo que subsume la antijuridicidad

Existe amplio debate sobre la distinción del elemento “ilegalmente” como parte del tipo o como parte de la antijuridicidad o como un elemento de valoración global del hecho, así como de las consecuencias jurídicas que se derivan de la asunción de cualquiera de las posturas. Algunas de estas consecuencias se anotan en el siguiente cuadro comparativo.²⁵⁸

	Como elemento de la antijuridicidad	Como elemento de la tipicidad que subsume la antijuridicidad
Error de tipo.	Si se estima que el concepto “ilegalidad” pertenece a la antijuridicidad, en el caso de que el activo tenga un falso concepto de la ilegalidad de la detención implica un delito putativo impune.	Si se afirma que el concepto “ilegalidad” es un elemento del tipo, en el caso de que el activo tenga un error en el conocimiento de la ilegalidad de la privación de libertad implicará un error de tipo. En este supuesto, el

²⁵⁷ En este sentido Rodríguez Ramos, Rodríguez Devesa y Vives Antón. Cfr. Portilla Contreras, G.: El delito de práctica..., p. 213.

²⁵⁸ No se integra al cuadro comparativo la postura que sostiene que el concepto “ilegal” en las detenciones sea un “elemento de valoración global del hecho” pues sus consecuencias son similares a las que considera que el elemento normativo en cita pertenece al tipo y este subsume a la antijuridicidad.

		error invencible elimina el tipo y excluye responsabilidad y, en el caso de error vencible, la conducta también sería atípica ya que no es posible la actualización de la detención ilegal imprudencial.
Error de prohibición.	Si el activo desconoce o tiene un falso conocimiento de que la detención es ilegal, implicaría un error de prohibición.	Si el activo desconoce o tiene un falso conocimiento que la detención es ilegal, no actualiza un error de prohibición sino de tipo.
Causas de justificación	Si se considera que el concepto "ilegítimo" pertenece a la antijuridicidad, no al tipo, en caso de que no se actualice, la conducta no podría sancionarse por ninguna otra rama del derecho, precisamente porque la conducta sería jurídica y no antijurídica en el orden legal de cualquier materia.	Si se atiende a que el elemento "ilegítimo" es del tipo, no de la antijuridicidad, si no se actualiza la conducta puede ser atípica pero aun antijurídica y sancionarse por otra u otras ramas del derecho.
Autoría y participación	En los casos en que haya varios intervinientes en el	En los casos en que haya varios partícipes

	delito, si el autor desconoce la ilegalidad de la privación de libertad, es indiferente para la actualización de las diversas formas de participación.	en la comisión del delito y el autor desconozca la ilegalidad de la detención no puede existir las diversas formas de participación criminal, en virtud de la accesoriedad de la participación. Es decir si no responde penalmente el autor, no responden tampoco los partícipes.
Consecuencias procesales	Basta que se acredite el encierro o la detención para presuponer que es ilegal al considerar que la tipicidad es <i>ratio essendi</i> de la antijuridicidad.	No puede tenerse por probado solo al justificarse el encierro y la detención, sino que es menester que esté demostrado lo "ilegal" de la detención.

E. El elemento ilegal, como un elemento del tipo que subsume la antijuridicidad formal, pero no la material. - Propuesta -

Previo a asumir postura debe precisarse la inconveniencia de las tesis antes señaladas y, en aras de ello la pertinencia de otra opción distinta.

La tesis que propugna que el concepto "ilegal" es realmente de la antijuridicidad, no puede ser atendida porque precisa que el análisis del componente "ilegal" debe hacerse independiente de la tipicidad. Más si el elemento en cuestión materialmente se encuentra en el tipo legal, en

atención al principio de taxatividad, necesariamente debe revisarse como un elemento conformante de la figura penal de detenciones.

En tanto, la tesis que indica que el elemento “ilegal” pertenece a la tipicidad y esta absorbe la antijuridicidad, no se comparte en su integridad.

La tesis inmediatamente antes señalada fue creada para la división de los tipos abiertos de los cerrados. En los primeros se sostenía que al acreditarse el tipo legal era indicio de la antijuridicidad lo que constituía un adelantamiento de la citada antijuridicidad la que se justifica con procedimiento negativo consistente en la constatación de que no concurre alguna causa de justificación. Mientras, en los tipos abiertos, la acreditación el tipo legal no supone que la conducta sea antijurídica, la que es menester demostrar y no *a priori* presumir.

Los anteriores conceptos fueron usados para argumentar que el componente “ilegal” es relativo a un deber jurídico que no se encuentra expresamente en la tipicidad sino que el intérprete debe ponderarlo en la antijuridicidad. Es decir cuando un tipo legal contiene el elemento ilegal se refiere a un deber jurídico del activo y la tipicidad no presume la antijuridicidad, la que debe ser demostrada cabalmente. Concretamente en el caso del delito de detenciones, hay que demostrar que la privación de libertad fue cometida fuera de los casos previstos por la ley, lo que además tiene que hacerse en una valorización independiente a la tipicidad.²⁵⁹

Sin embargo, la diferencia entre los tipos abiertos y cerrados no es si la tipicidad es indicio de la antijuridicidad o no, ya que en todo caso, para determinar acreditado el delito, ambas, tipicidad y antijuridicidad, deben estar acreditados plenamente y no solo presumidos.²⁶⁰

²⁵⁹ Cfr. Portilla Contreras, G.: El delito de práctica..., p.p.210 y ss. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 188 y ss.

²⁶⁰ Cfr. Portilla Contreras, G.: El delito de práctica..., p.210. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 189.

De tal suerte, el argumento que respalda la división entre los tipos abiertos y los cerrados no es adecuada, lo que impregna también de inadecuada la postura de que el elemento ilegal debe ser analizado en la antijuridicidad.

Por otro lado, la tesis que precisa que elemento “ilegal” nace de la crítica a la postura que considera que dicho elemento pertenece a la antijuridicidad indicando que el activo en la mayoría de los casos conoce que su conducta esta desaprobada por el derecho, es decir, el activo conoce que todos los elementos del tipo son antijurídicos o tiene una valoración global del hecho como contraria a derecho; por lo que no es sostenible que se asevere que solo el elemento ilegal implica el conocimiento de la prohibición.

Consecuencia de lo anterior el elemento ilegal, como todo ingrediente de la figura delictuosa contiene una global valoración de la antijuridicidad y todos deben ser analizados en la tipicidad.

Por lo que ocupa, a que el elemento ilegal tiene la naturaleza de normativo ajeno a las características que tiene la antijuridicidad, es insuficiente para describir la naturaleza jurídica del término “ilegal” además de que no precisa como debe ser entendido.

Ante lo expuesto, el punto neurálgico de la discusión se centra en descifrar si la privación de libertad “normal” es distinta de una privación “ilegal”. Pero resulta que para que una detención sea delictuosa necesariamente debe ser “ilegal” ya que no existe como delito las privaciones de libertad “legales”, por lo que si se comete una privación de libertad amparada por la ley, es un caso de atipicidad no de antijuridicidad.

Efectivamente la figura penal de detenciones parte de que toda privación de libertad es ilegal y solo por excepción, lo que debe ser probado, es legal. Entonces la precisión que contiene el tipo es un “pleonismo jurídico” ocioso y solo útil para una sobredosis de estéril polémica teórica.

En fin, con independencia de que *lege ferenda* se propone la eliminación del elemento ilegalidad,²⁶¹ existe y debe asumirse una postura que rebele lo que es.

Pues bien, el concepto “ilegal” es materialmente un elemento del tipo ya que materialmente se encuentra inserto en el texto del tipo legal de detenciones. Ahora, entre ser un elemento objetivo, subjetivo o normativo, el elemento ilegal es normativo²⁶² pues requiere una valorización por parte del intérprete que descifre su contenido.

En esa búsqueda se tiene que el concepto “ilegal” necesariamente hace referencia a lo opuesto al sistema jurídico por lo que participa de la esencia de la antijuridicidad formal.

En este punto consideramos correcta la conclusión de la tesis de la “valorización global del hecho” en el sentido de que todo elemento, de cualquier figura penal, subyace el que el activo conoce que todos los elementos que requiere el tipo son contrarios a la ley, pero en el caso del elemento ilegal es una expresa y no tacita precisión de que las conductas de encierro y detención deben ser contra la ley.

Luego, el elemento ilegal y la antijuridicidad formal, dígase como se diga, dicen la misma cosa y de acuerdo al principio de taxatividad para dar por acreditado el tipo legal debe demostrarse todos sus elementos conformantes, el rubro ilegal necesariamente debe ser valorado con la tipicidad y no en un juicio independiente.²⁶³

Entonces la naturaleza jurídica del citado concepto “ilegal” es como un elemento del tipo que tiene idéntica esencia que la antijuridicidad formal, la que en consecuencia es absorbida. Pero el tipo no consume la antijuridicidad material pues ella implica el análisis de la fáctica afectación al

²⁶¹ En este sentido Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 193.

²⁶² En contrario Portilla Contreras, G.: El delito de práctica..., p. 215.

²⁶³ Cfr. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 190.

bien jurídico tutelado: La libertad ambulatoria, cuya forma de justificarse, no sufre variación a las reglas ordinarias de constatar la antijuridicidad.²⁶⁴

La afirmación anterior, en el sentido de que el concepto “ilegal” es parte del tipo se corrobora, porqué la conducta es atípica cuando la detención es legal. Como se confirma que el matiz que identifica el concepto ilegal es idéntico al de la antijuridicidad formal, ya que una conducta puede ser típica, cuando se presentan todos los elementos de la descripción legal; pero puede que sea jurídica (no antijurídica) cuando materialmente no exista una perturbación al bien jurídico libertad ambulatoria.

De tal suerte, las consecuencias de la postura que se asume al considerar el elemento “ilegal” como parte del tipo tiene los alcances precisados en el cuadro comparativo que consta antes líneas en lo relativo a la postura de que la tipicidad absorbe a la antijuridicidad.

4. Sujeto pasivo: A otra persona

A. Concepto

El sujeto pasivo en el delito de detenciones puede ser cualquiera, es decir toda persona sin ninguna característica especial, con independencia de cuales sean sus condiciones, incluso, aunque no ejerza o no pueda ejercer su capacidad de movimiento²⁶⁵ como se destacó en precedente al exponer la “tesis de la voluntad presunta *iuris tantum*.”

Entonces deben desterrarse las afirmaciones que precisan que solo pueden ser víctimas del delito en estudio las que tienen capacidad de querer,²⁶⁶ ya que cualquier persona puede ser víctima del delito en cita, como se anotó en el capítulo del bien jurídico.

²⁶⁴ Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 193.

²⁶⁵ Vid. Polaino Navarrete, M.: Detención ilegal y secuestro... p. 604.

²⁶⁶ Cfr. Quintanar Díez, M.: Comentarios al Código Penal..., p. 38.

En concordancia con lo asentado en la primera parte del presente texto toda persona puede ser víctima del delito, con la sola excepción de quienes se encuentren especialmente protegidas con un régimen especial como el rey o un jefe de estado extranjero, como lo prevén los artículos 487 y 605.3 del CP, respectivamente.²⁶⁷

B. Hipótesis en que el rehén es una autoridad

El texto del tipo legal de detenciones indica que el sujeto activo es un particular y el sujeto pasivo es “otro” de donde, apriorísticamente, podría suponerse que es otro particular, pero no es así.

Pese a que en una interpretación estricta del sujeto pasivo del delito en estudio, excluiría como víctimas de las detenciones y de los secuestros a las autoridades,²⁶⁸ quienes como toda persona humana, como se asentó en la primera parte de este texto, tienen derecho a la libertad ambulatoria y no se encuentran protegidas por un régimen especial por otra figura penal.

Ergo, en el caso no es correcta la interpretación estricta antes indicada pero si lo es, en cambio la teleológica que se deriva del bien jurídico por la que se sostiene que cuando el tipo legal de detenciones indica “a otro” se refiere solo a otra persona que tiene plenos sus derechos ambulatorios y que no se encuentra protegido por un régimen especial de protección penal.

Así las cosas, las características del sujeto activo del delito de detenciones no son las del pasivo, ya que pueden ser agentes del delito los particulares o una autoridad actuando como particular; mientras que pueden ser pacientes del delito todos, particulares como autoridades.

²⁶⁷ Como el caso del artículo 487 del código penal español que establece los casos en el que el rey, sus ascendientes o descendientes, la reina o a su consorte, al regente o un miembro de la regencia, o el príncipe heredero de la corona; sean privados de libertad. O el artículo 606.1 que finca responsabilidad cuando se priva de la libertad a un jefe de estado o una persona protegida por los tratados internacionales. Vid. Mirat Hernández, P.: Detenciones... p. 156 y ss.

²⁶⁸ Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 88.

El Código Penal precisa un tipo distinto cuando el sujeto activo es autoridad, pero no hay diferente tipología cuando el ofendido sea particular o autoridad, por lo que ambos casos los ocupa la figura genérica de detenciones cometida por particulares.

Aun más, cuando la víctima de la privación de libertad sea autoridad, puede ser considerado por el juzgador como un factor para agravar la sanción al momento de individualizar la pena, pues por las características del cargo de la víctima se puede incidir en el correcto desempeño de la función pública.

C. Casos de víctimas especiales

Toda persona, con cualquier característica puede ser víctima del delito de detenciones como de secuestros, como se expuso en la primera parte del este texto a donde nos remitimos, al abordar los casos de los: Discapacitados, incapaces, los encerrados que entraron voluntariamente al lugar del claustro, los presos o detenidos, los dormidos o que están en una etapa de inconsciencia, caso en que el activo le causa la inconsciencia a la víctima, con el fin de que no abandone un determinado lugar.

5. Marco temporal

El tipo legal de detenciones de acuerdo a su redacción legal, no exige un determinado marco temporal o tiempo que requiriera para tener por consumado el delito.

Así, lo importante, como se sostuvo en la primera parte del presente trabajo, es que la privación de libertad cumpla con un principio de intensidad o lo necesario para afirmar una auténtica afectación a la libertad ambulatoria.

IV. CONDUCTA TÍPICA. TIPO SUBJETIVO O ASPECTO INTERNO

1. Forma de imputación subjetiva. Delito doloso

La imputación al tipo objetivo exige un necesario actuar doloso, en el caso entendido como el conocimiento y la voluntad de privar de la libertad a una persona.²⁶⁹

El tipo de dolo constitutivo que exige la figura penal de detenciones puede ser de cualquier tipo, desde directo hasta eventual,²⁷⁰ pasando incluso por diversas variantes como la intención de hacer una broma, “*animo jocandi*”²⁷¹ o el caso de que se haya detenido de forma imprudente a una persona y después surge la idea de pedir rescate por su liberación, “dolo subsecuente”.²⁷²

Es menester destacar que el dolo de la figura penal de detenciones es un fin en si mismo y no un medio para cometer otro delito, por las razones expuestas en el capítulo relativo a los principios que identifican la afectación a la libertad ambulatoria expuestos en la primera parte de la presente disertación.

Finalmente, en lo que ocupa este rubro, se puntualiza que no es posible castigar, en ningún caso, la comisión imprudente del delito que se habla,²⁷³ pues el legislador no ha previsto su incriminación expresa en estos casos.

²⁶⁹ Cfr. Ferrero Hidalgo, F. y Ma. A. Ramos Rego, Ma. A.: Delitos contra la libertad y seguridad individual. Bosch. Barcelona España. 1998; p. 222. Weinstein, Federico M.: El delito de secuestro extorsivo..., p. 90. Orts Berenguer y otro: Compendio de derecho..., p. 438. Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p. 175.

²⁷⁰ Vid. STS 1 de junio de 2001. En el plano doctrinal Landrove Díaz, G.: El tipo básico de detención ilegal. En ley – actualidad. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Tomo 3 de jurisprudencia. D-165. 1998; p. 1686.

²⁷¹ Cfr. STS 16 de diciembre de 1997.

²⁷² Vid. Weinstein, Federico M.: El delito de secuestro extorsivo..., p. 91.

²⁷³ Cfr. Calderón Cerezo A. y otro: Derecho penal..., p. 656. En el mismo sentido Vives Antón, T.S. et al. Derecho penal. Parte especial..., p. 173. Islas de González Mariscal,

2. Ausencia de elementos subjetivos especiales

El delito de detenciones y el secuestro necesariamente han de cometerse de forma dolosa, aunque existen posturas enfrentadas en relación a la exigencia o no de elementos subjetivos especiales.

Por un lado, se sostiene que solo en algunos casos concretos por la naturaleza de la conducta el tipo legal requisita elementos subjetivos especiales,²⁷⁴ como cuando una persona encierra a otra en un centro psiquiátrico con el fin de que sea tratado, pero sin cumplir los requisitos legales.²⁷⁵ De donde se derivan como algunas soluciones: a) si no se actualiza la concreta intención del activo debe absolverse; b) en todo caso debe absolverse porque no existe desvalor ético –social,²⁷⁶ c) en todo caso debe absolverse porque no existe un *dolus malus*.

Por otro lado, se sostiene que la figura penal de detenciones en ningún caso requisita elementos subjetivos especiales.²⁷⁷

Esta segunda postura parece la más adecuada ya que el texto legal de la figura de detenciones no establece ningún elemento subjetivo especial, por lo que no es dable exigirlo.

Si bien la figura delictuosa no requisita elementos subjetivos especiales, sí requiere, como regla general, que la intención del activo sea que la privación de libertad sea un fin en si mismo y no un medio para

O.: El secuestro: Análisis jurídico. En el secuestro. Problemas sociales y jurídicos. UNAM. México D.F. 2002; p. 58.

²⁷⁴ En este sentido SSTS 13 de julio de 1989, 12 de diciembre 1992, 21 de febrero 1994, 1 de marzo 1995, 16 diciembre 1997. Muñoz Conde F.: Derecho penal. Parte especial..., p. 167.

²⁷⁵ Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 171.

²⁷⁶ Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 172.

²⁷⁷ Vid. STS 19 de septiembre de 1992. En este sentido Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 183. Sanz Delgado, E.: Detención ilegal:..., p. 57. Córdoba Roda, J.: El delito de detenciones en el código penal español (continuación). En anuario de derecho penal y ciencias penales. Madrid España. 1965, p. 20. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 175. Landrove Díaz, G.: Detenciones y..., p. 66. Muñoz Conde F.: Derecho penal. Parte especial..., p. 167. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 193. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1975.

cometer otro delito.²⁷⁸ Aunque ello no impide que el fin último pueda ser cualquiera, obvio que no sea delito, como puede ser la venganza, la burla o el *ánimus jocandi*.²⁷⁹

Ejemplos:

Con el fin de cometer un robo, el activo encierra en el baño a la dependienta del negocio afectado. Caso en que no se actualiza una detención pues la privación de libertad fue el medio para cometer el robo.

O un sujeto encierra en su casa a su exnovia en venganza de que ahora ella tiene otra pareja. Supuesto en que si se actualiza el delito de detenciones.

En concordancia con lo anterior constan las jurisprudencias que en lo conducente dicen:

“(...) Respecto del tipo subjetivo, su estructura es esencialmente dolosa, pero no exige elemento subjetivo del injusto, basta la conciencia y voluntad de llevar a cabo una privación de libertad prohibida por la ley (...)”.²⁸⁰

²⁷⁸ Vid. Mora Soto, S. C.: Secuestro con fines terroristas. En nuevo foro penal. Revista trimestral. Editorial Temis. Bogota Colombia. Año X. Octubre – noviembre – diciembre. Numero 50. 1999; p. 559.

²⁷⁹ Vid. STS de 16 de diciembre de 1997. En el mismo sentido Landrove Díaz, G.: Detenciones y..., p. 6.

²⁸⁰ STS 13 de julio 1989

“(...) En relación al tipo subjetivo el motivo tampoco tiene la menor perspectiva (...)”.²⁸¹

“(...) El delito de detención ilegal se proyecta desde tres perspectivas: El sujeto activo que dolosamente limita a la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce. Es cierto que alguna duración temporal, incluso mínima, ha de darse la vulneración del derecho a la libre deambulación de la persona proclamado por el art. 19 de la constitución. Precisamente el factor tiempo es uno de los requisitos diferenciadores respecto del delito de coacciones del art. 496 del código, aunque esa distinción venga propiciada esencialmente en razón de la especialidad. El delito de coacciones es el género en tanto que la detención ilegal del art. 163.1 es la especie, de tal suerte que la detención desplazaría a las coacciones siempre que la forma comisiva afecte, a través de los verbos encerrar y detener, al derecho fundamental del art. 19 de la constitución, naturalmente que con apoyo en aquel mínimo soporte temporal (sentencias de 1 de marzo de 1994 y 15 de diciembre de 1998). El elemento subjetivo de este delito no requiere que el autor haya obrado con una especial tendencia de

²⁸¹ STS 22 de febrero 1993.

desprecio hacia la víctima, diversa de la que ya expresa el dolo, en tanto conocimiento de la privación de la libertad deambulatoria a otra persona. Consecuentemente, comprobada la existencia de dolo, ningún propósito específico se requiere para complementar el tipo subjetivo y, por lo tanto, la privación de libertad reúne todos los elementos del tipo (...). La conducta típica de la detención ilegal se concreta en los verbos encerrar y detener, suponiendo el primero el mantenimiento en un espacio cerrado a una persona mientras que el otro verbo detener admite la privación de libertad en un lugar abierto, precisándose el empleo de fuerza física o violencia psíquica para privar al sujeto pasivo de la capacidad de traslado ambulatorio (sentencia de 13 de febrero de 1991). Se trata de una infracción de consumación instantánea habiéndolo así entendido la jurisprudencia de esta sala siempre al estimar cometido el delito en el hecho de conducir a una persona a la fuerza privándola de su libertad aunque fuera por pocos momentos (sentencia de 29 de mayo de 1974), considerándolo como un delito instantáneo que se consuma con el encierro, o con el encierro y detención (sentencia de 21 de mayo de 1984) sin que obste a la consumación de la infracción el mayor o el menor lapso de tiempo en que la víctima estuvo sometida a la voluntad del secuestrador, porque la detención se alcanza en el instante mismo en que la detención se produce (...).”²⁸²

²⁸² Vid. STS de 12 de junio de 1985.

“(…) El dolo específico de la figura delictiva aplicada exige (...el ánimo de privar de la libertad deambulatoria a una persona durante cierto tiempo. También se requiere que el agente actúe intencionada y dolosamente, con plena conciencia de la ilicitud del acto, siendo irrelevantes los móviles que impulsa la conducta, pues el tipo no hace referencia a propósitos o finalidades comisivas. Como siempre que se trata de determinar la concurrencia de un factor interno, propio de la conciencia y volunta de la persona, el juzgador ha de proceder a un juicio de inferencia a partir de los datos objetivos que circundan el hecho (...).”²⁸³

“(…) El delito exige que se actúe intencionada y dolosamente, con plena conciencia, absoluta y segura, de la ilicitud del acto (sentencias del tribunal supremo 7-5-1990 y 10-9-1992); son irrelevantes los móviles (por ejemplo, el de venganza: sentencia del tribunal supremo de 18-11-1986), o el cobro de una deuda (...pues el tipo no hace referencia a propósitos ni a finalidades comisivas (sentencia del tribunal supremo 1-6-1992). (...) En las sentencias del tribunal supremo 20-2-1991 y 1-6-1996 ya se contemplan casos de encierro violento en el maletero de un coche para trasladar a una persona contra su voluntad a un lugar donde fue abandonada o maltratada. En estas sentencias se pone de relieve que la detención ilegal típica se

²⁸³ Vid. STS de 1 de junio de 2001.

perfila más nítidamente en los casos de encierro o internamiento en un lugar del que no le es posible salir a la víctima; por el contrario la simple detención o inmovilización de una persona presenta dificultades para su concreción en el tipo, ya que su duración puede ser momentánea y presentar afinidad con otras figuras delictivas como las coacciones. Sin embargo, el elemento subjetivo del supuesto es el factor determinante de la diferenciación, pues la detención ilegal es una modalidad delictiva inminentemente dolosa que exige el propósito claro y definido de privar al sujeto de su capacidad ambulatoria. El delito de detención no ataca la libertad genéricamente considerada, sino solamente un aspecto de ella, la de movimientos. Es, pues, el principio de especialidad concretado en ese dolo, el que perfila la diferencia entre las coacciones y la detención ilegal (...).”²⁸⁴

No son desconocidos criterios de jurisprudencia que sostienen la existencia de elementos subjetivos como la que señala:

“(...) El tipo descrito en el art. 163 cp es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) El elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad deambulatoria de la persona. Y que esa privación de libertad sea ilegal. Para determinar la ilegalidad o no de la detención hay que acudir a la ley de enjuiciamiento criminal arts. 489 y siguientes (...). 2)

²⁸⁴ ATS. de 18 de mayo de 2001.

El elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consistente en que la detención se realice de forma arbitraria, injustificada, siendo un delito inminentemente intencional en que no cabe la comisión por imprudencia (...).²⁸⁵

Empero dicha interpretación es legislativa pues impone un componente típico que la ley no prevé además de que propiamente no hace referencia a un elemento subjetivo especial sino interpreta el concepto de la “ilegalidad” de la detención.

En fin, la regla general es que el tipo legal de detenciones cometida por particulares no requisita elementos subjetivos especiales, con la excepción de los casos en que el delito cometido tiene menor castigo de prisión que el delito de detenciones, operando entonces el principio de mayor gravedad punitiva que dispone castigar el delito con mayor reproche punitivo aunque haya sido el medio y no el fin.

3. El error de tipo

El error de tipo en el caso del delito de detenciones, puede presentarse, genéricamente hablando, en los casos en los que el activo desconozca todos o alguno de los elementos del tipo legal, tanto descriptivos como normativos.²⁸⁶

²⁸⁵ STS. de 12 de julio de 2001.

“(…) La caracterización jurisprudencial (...) pasa por tres perspectivas distintas, desde el dolo intencional del sujeto activo que busca la privación ya definida, hasta el sentido anímico del sujeto pasivo que se ve concientemente sometido y constreñido en contra de su voluntad, pasando, a modo de puente catalizador del sustrato jurídico, por la proyección temporal con que se manifiesta dicha acción (...)”. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 181.

²⁸⁶ Vid. Stratenwerth, G.: Derecho penal..., pp. 179 y ss.

A. El error sobre los elementos descriptivos: Encerrar o detener

En el caso del delito de detenciones, es posible que se presente un error de tipo en los supuestos en que el activo desconozca o tenga un falso conocimiento de que esta encerrando o deteniendo a otra persona.

Ejemplos:

Rafaela, dependiente de un negocio, piensa que es la última en salir de su trabajo y deja encerrada bajo llave, en el comercio, a Carmen quien, cuando Rafaela salía, estaba en el baño.

Juan, vigilante de un museo, a la hora de su salida cierra las puertas, sin revisar, como le fue encargado por su superior, que no hubiera gente en las instalaciones, cuya consecuencia fue dejar encerrado un grupo de turistas.

B. El error sobre los elementos normativos: La ilegalidad de la detención

Es posible el error de tipo cuando existe un falso conocimiento sobre el elemento normativo “ilegalidad de la detención”.

Por ejemplo: Eva priva de la libertad a Carmen porque está involucrada en la comisión de un delito, pero fuera de los casos que la ley permite la detención por parte de los particulares.

C. Consecuencias del error de tipo

El error de tipo tiene distintas consecuencias jurídicas atendiendo a su vencibilidad o no. Si el error es vencible, es decir, si el activo omitió las

conductas ordinarias de diligencia y cuidado que desembocaron en una detención ilegal, se castigará a título de imprudencia, si el tipo admite dicha comisión. Pero como ya hemos señalado, este no es el caso en la figura de detenciones. En esta hipótesis la conducta es impune.

Así las cosas en el caso antes comentado en que Juan, vigilante de un museo, a la hora de su salida cierra las puertas sin revisar, como le fue encargado por su superior, que no hubiera gente en las instalaciones, cuya consecuencia fue dejar encerrado un grupo de turistas. En este caso, Juan pudo sencillamente con revisar las instalaciones del museo evitar dejar encerradas a un grupo de personas. Por lo que el error en que incurrió es vencible, pero impune porque el delito de detenciones no son punibles en su modalidad imprudencial.

Si el error es invencible, es decir, si a pesar de haber puesto las condiciones necesarias de diligencia y cuidado se produce el resultado típico, no hay dolo ni culpa, por lo que la conducta es impune. Debe destacarse que la exigencia que se pide para vencer el error es de acuerdo al caso concreto y lo que ordinariamente se pueda exigir.

Por ejemplo: Rafaela, dependienta de un negocio, piensa que es la última en salir y deja encerrada bajo llave, en el comercio, a Carmen quien cuando Rafaela salía, estaba en el baño.

En este caso, con la interpretación que corresponde a la esfera del lego, la conducta sería impune ya que, atendiendo al ejemplo, no hay la exigencia de revisar los baños cuando la trabajadora se retira de la empresa. De tal suerte el error es invencible y la conducta impune.

V. EN RESUMEN: LOS ELEMENTOS TÍPICOS DE LA FIGURA PENAL DE DETENCIONES

1. Tipo objetivo

Los elementos que configuran el aspecto externo-objetivo de la conducta típica del delito de detenciones son descriptivos, en su mayoría, aunque el elemento de la ilegalidad de la detención tiene carácter normativo.

Sujeto activo: Particular o funcionario en calidad de particular.

Conducta: Encerrar o detener.

Resultado: Privación de libertad.

Ilegalidad: Elemento normativo del tipo.

Sujeto pasivo: Cualquier persona.

2. Tipo subjetivo

Los elementos que configuran el aspecto interno-subjetivo de la conducta típica del delito de detenciones requieren que se realice con dolo, esto es, con conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo. No está previsto el castigo imprudente de este delito, por lo que en los casos de error de tipo vencible se excluye también la responsabilidad criminal. Además, no se requieren elementos subjetivos especiales en la configuración interna de la conducta típica.

CAPÍTULO TERCERO

EL TIPO LEGAL DE SECUESTRO

I. LA TIPOLOGÍA DE DELITOS RELACIONADOS AL SECUESTRO

El delito de secuestro se encuentra regulado en el capítulo de los delitos contra la libertad que se reúnen en el Título VI del Libro II del CPE donde se contienen además las detenciones cometidas por particulares, amenazas y coacciones.

Particularizadamente la tipología de los delitos de secuestro son:

- | | | |
|---|---|---------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"> - Detenciones, artículo 163.1 - Secuestro, artículo 164. | } | Artículo
165 |
| <ul style="list-style-type: none"> - Detenciones y secuestro agravado;
Por simulación de autoridad o función pública.
Por minoría de edad de la víctima o por ser incapaz. | } | Artículo
166 |
| <ul style="list-style-type: none"> Por la calidad del activo de ser funcionario público en ejercicio de sus funciones. | } | Artículo
166 |
| <ul style="list-style-type: none"> Por desconocer el paradero del rehén. | } | Artículo
167 |
| <ul style="list-style-type: none"> Por la calidad del sujeto activo de ser autoridad o funcionario público. | } | Artículo
167 |
| <ul style="list-style-type: none"> Por la duración del secuestro de más de quince días. | } | Artículo
163.3 |
| <ul style="list-style-type: none"> - Secuestro atenuado. Artículo 163.2 | } | Artículo
163.3 |

II. CONDUCTA TÍPICA. TIPO OBJETIVO O ASPECTO EXTERNO

El ordinal 164 del C.P.E. indica: “El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigada con la pena de prisión de 6 a 10 años. Si en el secuestro se hubiera dado la circunstancia del artículo 163.3 (si el encierro o detención ha durado más de 15 días), se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieran las condiciones del artículo 163.2 (si el culpable diera libertad al encerrado dentro de los 3 primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto).”

De esta redacción legal se desprenden los siguientes elementos que configuran el aspecto externo-objetivo de la conducta típica: 1.- Secuestro; 2.- Exigencia de una condición para poner en libertad al rehén.

1. Secuestro

El CP no define que es el secuestro, aunque por su ubicación posterior a las detenciones cometidas por particulares se colige, de lo que hay acuerdo en la doctrina, que la ley parte del supuesto que cuando el tipo dice secuestro se refiere a una detención cometida por particulares.

Destaca que la palabra secuestro por si sola, como se analizó en la primera parte, es la privación de libertad de una persona a trueque del cumplimiento de una condición de cualquier índole, dígase financiera, política o por venganza, a cambio de su liberación.

Más en la enunciación legal de secuestro, el que no define, lo acompaña con el exigimiento de una condición, que ya va implícito en su propio concepto etimológico y doctrinario.

Por lo que es más adecuado y se propone, *lege ferenda* como enunciación legal: Secuestro es la privación de libertad en la que se exige el cumplimiento de una condición a cambio de la liberación del rehén.

En la redacción típica vigente está implícita la exigencia de una detención o encierro, conceptos que ya fueron analizados en el capítulo precedente, a donde nos remitimos sin mayor apuntamiento.

2. Exigencia de alguna condición para poner en libertad al rehén

A. Concepto

La palabra condición proviene del latín *conditio-onis*, que significa la calidad o circunstancia con que se hace o promete una cosa, por un acontecimiento futuro de cuya realización depende la existencia o resolución de una obligación.²⁸⁷

Dicho concepto, en el caso del delito de secuestro es normativo, pues requiere ser valorado por el juzgador y por él y para él, se entiende como la conducta de cualquier tipo, lícita o ilícita, que se exige al extorsionado para hacer cesar la privación de libertad.²⁸⁸

En tal virtud, “la condición” matiza y distingue al secuestro de la detención como lo explica el criterio jurisprudencial que en lo conducente sostiene:

“(…) La exigencia del rescate configura un tipo cualificado del delito de detención ilegal. Delito típicamente doloso, que no requiere como elemento subjetivo del injusto al ánimo específico de privar de la facultad de deambulación de una persona

²⁸⁷ Vid. Pérez Duarte, A.E.: Condición. En diccionario jurídico mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Séptima edición. Tomo A-CH. Porrúa. México, D.F. 1994; p. 584.

²⁸⁸ “Siendo indiferente, puesto que la ley no distingue, que se trate de dinero, cosas, documentos, etc.”. Nocetti Fasolino, A.: Secuestro de personas, en enciclopedia jurídica omeba. Tomo XXV. Retr-Tasa Editorial Driskill S. A. 1986; p. 245.

durante un cierto periodo de tiempo, sino solamente de actuación consciente y voluntaria del sujeto con conciencia de la ilicitud del acto (S. 10 septiembre 1992). En el presente caso – importa destacarlo – la detención ilegal constituye, en principio, un delito de carácter permanente, y el tipo cualificado del número 1º. Del artículo 481 (cuatrocientos ochenta y uno) del código penal viene a perfilar la razón final de la privación de libertad del tipo básico, que, en el presente caso, no era otra que la obtención por tal medio de una importante suma dineraria. Como quiera que la intervención del acusado en el relato fáctico se llevó a cabo, con evidente conocimiento de la situación personal del secuestrado y como interlocutor de los secuestradores, para facilitar la entrega del precio del rescate, es claro que no puede apreciarse la infracción legal denunciada por la parte recurrente (...).”²⁸⁹

Una particularidad de “la condición” como elemento del tipo objetivo es que adjetiva la conducta y rebela la existencia de un elemento subjetivo especial²⁹⁰ que se analizará líneas posteriores.

²⁸⁹ Vid. Ferrero Hidalgo, F. y otra: Delitos contra la..., p. 262.

²⁹⁰ Vid. Ramos Tapia, I. y otros autores: Derecho Penal. Parte General..., p. 531.

Lo elementos subjetivos del injusto pueden ser:

I.- Adjetivos de la conducta, porqué la califican y sin la cual no puede actualizarse la figura delictuosa.

II.- De adelantamiento, pues adelanta las barreras del bien jurídico antes de su consumación.

III.- De referencia de la culpabilidad, ya que describen motivos, sentimientos y actitudes internas del agente del delito. Cfr. Ramos Tapia, I.: Derecho Penal. Parte General..., pp. 531 y 532.

B. Diferencia entre condición y rescate

En antaño, el Código Penal Español y la ley antiterrorista (ley 82/1978 de 28 de diciembre) y muchas legislaciones del mundo, en lugar de referir la exigencia de una condición decían o dicen “el pago de un rescate”.

La palabra rescate es un atavismo del secuestro en sus inicios de donde se filtró a la ley penal y por el que se comprende el pago de dinero o de cualquier bien con valor económico, con el fin de lograr la liberación del rehén.²⁹¹ Es decir al hablar de rescate se habla solo del cumplimiento de una obligación de dar.

No obstante, el secuestro evolucionó y las pretensiones de los secuestradores se ampliarán hasta nuestros días, donde no solo buscan dinero o un bien de valor pecuniario sino exigir el cumplimiento de cualquier condición de hacer u omitir.

De ahí la diferencia entre rescate y condición, ya que en el primero solo se exige el pago de un bien con valor económico, mientras que en la condición se demanda cualquier cosa a cambio de la liberación del rehén dígase un dar, un hacer o un omitir.²⁹²

Si bien, el concepto rescate puede ser interpretado en forma extensiva como “una condición de cualquier especie” rompe con su significado semántico constituyendo en un artificio inadecuado si se considera que gramaticalmente “condición” abarca en general los supuestos que deben ser considerados en el delito de secuestro.

Por las razones anotadas, el concepto rescate es una especie de la condición para los casos de secuestro financiero, como se expone infralíneas, donde la condición que se exige es el pago de un bien con valor económico.

²⁹¹ Vid. Cuervo Rufino, J.: Rescate en diccionario de construcción y régimen de la lengua española. Tomo VIII. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1994, p. 207. En similar sentido Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 190.

²⁹² Vid. Pavón Vasconcelos, F.: Secuestro. En diccionario de..., p. 932.

Finalmente por lo que hace a este tema es de indicarse que no se comparte la opinión en el sentido de la atipicidad de la conducta cuando se exige como condición alimentos o fármacos necesarios para el activo,²⁹³ ya que en todo caso la conducta no sería delictuosa pero no por ser atípica sino porque se encuentra justificada por un estado de necesidad, que elimina la antijuridicidad como se analiza posteriormente.

C. Características de la condición

a) Quién debe exigir la condición

La condición puede ser exigida por cualquier interviniente en el delito con la particularidad en los casos que existan varios activos debe haber concierto o aceptación de todos los implicados de que se va a exigir el cumplimiento de una condición para liberar al rehén. En caso contrario, si no existe acuerdo entre los activos y sólo la exige uno o algunos de ellos, la condición no es constitutiva de secuestro, sino una estafa o una extorsión.²⁹⁴

En efecto, no existe el condicionamiento en los términos que necesita la figura penal de secuestro, porque ello implica un consentimiento de todos los intervinientes ya que solo así se explica la existencia material del delito, cuando intervienen varios activos, el resultado de la privación de la libertad solo se explica por la conducta colectiva y no en lo individual. Entonces, si la exigencia de la condición solo la formula uno o algunos sin asentimiento de todos su resultado no será producto de una conducta colectiva y solo podrá responsabilizarse penalmente a quien o a quienes hayan exigido el cumplimiento de la condición.

El secuestro es un delito compuesto por la privación de la libertad mas la amenaza conminatoria que requisita para su integración en los casos

²⁹³ En este sentido Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., pp. 190 y siguiente. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 191.

²⁹⁴ Cfr. Escobar Jiménez, R.: En código penal..., p. 1015.

en que hay plurales activos, que los intervinientes hayan tenido un efectivo dominio funcional en el hecho integral, y no de manera fraccionada.

Despréndase entonces un principio: La condición como un elemento típico del secuestro, en la hipótesis de plurales activos, tiene como imperativo que los intervinientes en la privación de libertad consientan o al menos acepten la exigencia de la condición.

Lo anterior no debe confundirse con el común acuerdo de lo que se va a exigir. Una cosa es el concierto de opiniones para condicionar la liberación del rehén y otra el común acuerdo de las características de la condición; resultando, lo último, intraccedente para la integración de la figura penal de secuestro.

En efecto, el hecho de que los intervinientes sepan que se condiciona la liberación del rehén rebela la existencia de un actuar con voluntad y conocimiento de los elementos confortantes de la figura penal. Todo ello trascendente para la actualización de la tipicidad.

Empero, el hecho de que los activos conozcan o desconozcan las características específicas de la condición que se exige para liberar al rehén en nada afecta la tipicidad porque no se establece en su enunciación legal dicho requisito.

b) Víctima de la condición.

La condición puede imponérsele al propio rehén,²⁹⁵ caso del secuestro impropio o a un tercero, caso del secuestro propio.²⁹⁶

El secuestro propio se identifica por una relación tripartita: Extorsionadores, rehén y extorsionados. Mientras, el secuestro impropio tiene una relación bipartita: Extorsionadores y rehén – extorsionado.

²⁹⁵ Vid. SSTS 5 de febrero de 1998 y 103/2008 de 20 de mayo de 2008.

²⁹⁶ Cfr. Ferrero Hidalgo, F. y otra.: *Delitos contra la...*, p. 258. Del Rosal Blasco, B.: *Delitos contra la...*, p. 190. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: *Derecho penal...*, p. 191.

Verbigracia de secuestro propio: Juan priva de su libertad a José y le exige como condición, a Juana, madre de José, el pago de un millón de euros para liberarlo.

En tanto que un ejemplo de secuestro impropio: Juan priva de su libertad a José y a él mismo le exige el pago de efectivo para liberarlo. Para lo cual, después de días del claustro, le ordena al rehén que hable al banco para que disponga de efectivo y lo pase a cuenta bancaria de Juan.

Atento a lo expuesto, no se comparte la opinión que precisa que la condición solo puede ser exigida a persona distinta del rehén y, sigue el punto de vista que se critica, si el rehén y el extorsionado son la misma persona, se esta en presencia de un robo.²⁹⁷ Pero no puede ser un robo, precisamente por que lo que se afecta es la libertad ambulatoria y generalmente es más importante que el patrimonio.

c) A favor de quien puede exigirse la condición

La condición puede ser exigida a favor del propio secuestrador o de algún tercero.

d) Tipo de condición que puede exigirse

La condición que se requisita en el secuestro puede ser de cualquier naturaleza, incluso lícita y sin que sea necesario que exista un beneficio para el activo.²⁹⁸

²⁹⁷ En este sentido Orts Berenguer y otro: Compendio de derecho..., p. 440.

²⁹⁸ Vid. Mirat Hernández, P.: Detenciones..., p. 197. Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español. Parte especial. 4ª. Edición, revisada y puesta en día. Atelier. Manuales universitarios. Barcelona España 2002; p. 105. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra

e) La intención de la condición

Sobre el tema puede sostenerse que:

- La condición exigida, como elemento típico es libérrima, es una “condición sin condiciones” lo que implica que el secuestrador, a cambio del cumplimiento de la condición, puede ofertar lo que quiera, incluso algo ajeno a la liberación del rehén.
- O que necesariamente la condición “es a condición” de la liberación del rehén.

De estas opciones, la segunda aparece como la correcta dado que es la que condice con la literalidad del texto legal, mientras que la primera contradice lo que sostiene la ley. En este sentido se transcribe el criterio jurisprudencial que a la letra y en lo conducente dice:

“(…) Se trata de una concreta descripción legislativa que expresamente requiere que la condición del secuestro sea la única y necesaria para liberar al rehén. De donde se deduce que la exigencia de una condición con un fin distinto no sería típica del delito de secuestro (…)”.²⁹⁹

la..., p. 190. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 191. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 2002. Serrano Gómez, A. y otro: Derecho penal..., p. 171. Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español..., p. 173. Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p. 187.

²⁹⁹ En este sentido STS 10 de octubre de 1992. Como Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 191. Arroyo Zapatero, L. y otros (varios directores). Comentarios al código..., p. 401. Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p. 187.

En aras de lo aquí sustentado caben los siguientes ejemplos de condiciones atípicas de secuestro:

La privación de libertad de Luis, en la que Pedro exige el pago de un millón de euros a cambio de no matarlo. Lo que incumple con la condición que requiere el secuestro.

O los casos en que se priva de la libertad de una o varias personas chantajeado a sus familiares a fin de que periódicamente paguen una cantidad de dinero con la amenaza que de no hacerlo se matará al o a los detenidos.

Lo anterior no debe confundirse con el hecho de que se consiga o no la liberación del rehén, ya que una cosa es que la condición se exija para liberar al detenido y otra diversa es el resultado.³⁰⁰

En este tema no se puede dejar de lado la interrogante sobre ¿que delito se actualiza en los dos ejemplos anteriores en los que existe una privación de libertad, mas una condición y una amenaza conminatoria? Lo que sigue es la respuesta.

De acuerdo a lo expuesto, en los casos antes señalados, no se actualiza una detención, pues la misma es un medio para otro delito como es la extorsión que es como deben ser sancionadas las conductas antes mencionadas.

No sobra anotar que sostenemos la inconveniencia de que se sustituya la condición que como elemento típico consagra el delito de secuestro, por una "condición sin condiciones", ya que dejaría el tipo incontrolablemente abierto además in concordado con otras disposiciones del tema, como el caso de la atenuante en los supuestos en que se necesita que se libere al rehén en un plazo que no exceda de tres días o la calificativa que

³⁰⁰ Vid. Muñoz Conde, F.: Derecho Penal. Parte Especial..., p. 171.

indica una agravación de la punibilidad cuando el secuestro dura mas de quince días.

Atento a lo expuesto, el tipo legal del secuestro como sus agravantes y atenuantes fueron diseñados para los casos en que la condición sea a cambio de la liberación del rehén. Por lo que si la conducta, por su reiteración y gravedad amerita una tipificación específica, debe ser motivo de un delito distinto y distinto estudio, al que ahora se presenta, debe sustentarlo. Aunque creemos que por su escasa o casi nula existencia de acuerdo a la revisión jurisprudencial, que actualmente dicha figura no es necesaria para España.

f) Forma de exigir la condición

La condición puede hacerse llegar por cualquier forma al extorsionado, ya sea el propio rehén o un tercero.

Ejemplo de una condición “no convencional” fue en el caso de “Segundo Marey” en el que el chantaje se hizo llegar a los extorsionados a través de una llamada telefónica anónima a la Cruz Roja de San Sebastián, en la que se condicionó la liberación de Marey a cambio de que en un plazo de 48 horas se liberaran cuatro policías españoles presos en Francia.³⁰¹

3. Tipos de secuestro, atendiendo al tipo de condición exigida.

El tipo de condición que exige el secuestrador descubre cual es su propósito, caracteriza y clasifica el tipo de secuestro. Algunos de los más comunes son:

³⁰¹ Vid. STC. 68/2001 de 17 de marzo del 2001. Al respecto y comentarios del caso vid. Quintanar Díez, M.: El delito de secuestro..., pp. 766 y ss.

A. Secuestro financiero (condición de dar)

Es la privación de libertad con una condición económica de dar o pagar rescate.

Por ejemplo: Luis priva de la libertad a Pedro exigiéndole a Ana, esposa del rehén, el pago de dos millones de euros.

Entonces, este tipo de secuestro lesiona los bienes jurídicos: Libertad ambulatoria y patrimonio.

B. Secuestro político (condición de hacer u omitir)

Es la privación de libertad fijando que la liberación del rehén depende del cumplimiento de una obligación de hacer u omitir un acto de cualquier naturaleza.³⁰²

Entonces es el tipo de condición de hacer u omitir la que caracteriza este tipo de secuestro, pudiendo subdividirse dependiendo si la condición se exige a una autoridad o a un particular.

a) El secuestro político propio

El secuestro político propio se presenta cuando la condición se exige a la autoridad, pudiendo ser el rehén autoridad o particular.³⁰³ De ahí que

³⁰² Incluso el fin último del secuestro político puede ser un golpe de opinión. Vid. Manfredini, E.S. (Coordinadora). El secuestro extorsivo..., p. 149.

³⁰³ “Trátese, pues, de una verdadera extorsión dirigida a la autoridad con la que se pretende de que esta abdique y se abstenga de hacer o de ejercer las facultades inherentes a su función pública o se la trate de obligar a que haga cualquier cosa que redunde en desprestigio o vejación de la misma. “ Díaz de León, M.A.: Diccionario de derecho procesal penal. Tomo II de Il Porrúa. México, D.F. 1989; p. 1328.

tenga como elementos: a' Encierro o detención; b' De un particular; c' Exigibilidad de un hacer u omitir; d' Teniendo como destinatario una autoridad.

Ejemplos:

Los secuestradores que exigen a la autoridad ponga en libertad a un preso (un hacer).

Los secuestradores que exigen a la autoridad que se abstenga de investigar un delito (un omitir).

Este tipo de secuestro, en razón de que se dirige a la autoridad y por su potencialidad de desajustar a todo un estado, *lege ferenda*, debe salir del código penal e integrar las reglas del derecho castrense, no las del fuero civil como actualmente se hace.³⁰⁴

b) Secuestro político impropio

Trata de los casos que se exige un hacer u omitir, como en las hipótesis explicadas anteriormente, más esta va dirigida a un particular.

De tal suerte, la razón del nombre obedece a que se trata de una obligación de hacer u omitir como se identifica el secuestro político propio, pero el extorsionado no es la autoridad. De ahí que, este tipo de conductas encuentra acomodo como una subespecie del secuestro político por estar más próximo su tratamiento que a otras de las clasificaciones.

Por ejemplo: Ana priva de la libertad a la esposa de Juan, entrenador de una selección de fútbol, a fin de exigirle que admita al hijo de la secuestradora en el equipo.

³⁰⁴ Vid. Carranca y Trujillo, R. y otro: Código penal anotado. Porrúa. México D.F. 1995; p. 900.

C. Secuestro por vindicta

El secuestro por desquite es la privación de libertad mas la pretensión de causar daño o perjuicio a la persona privada de su libertad o a cualquier otra.

En múltiples ocasiones, en este tipo de secuestro el activo identifica al rehén o a alguien vinculado afectivamente con él, como injuriador, por lo que el secuestrador busca revancha causándole un daño o matando al secuestrado.³⁰⁵

Pudiendo subdividirse, de acuerdo a quien se dirige la condición: a) Al rehén o b) al extorsionado o c) a persona relacionada con el rehén (venganza transversal).³⁰⁶

D. Diferencias del secuestro con los delitos contra la navegación aérea

El artículo 39 de la ley 209/1964 del 24 de diciembre, penal y procesal de la navegación aérea³⁰⁷ establece el “delito contra el derecho de gentes” señalando:

“El que se apodere con violencia o intimidación de una aeronave, de persona o cosas que se hallen abordo, en circunstancias de lugar y tiempo que imposibiliten la protección de un estado, será castigado con pena de reclusión mayor.

³⁰⁵ “De vez en cuando someter al secuestrado a golpes y vejaciones, las cuales pueden ir desde las humillaciones verbales, hasta el abuso sexual contra las mujeres, y practicas sodomitas en contra de los hombres”. . Esta ultima técnica fue muy utilizada por el guerrillero guerrerense Lucio Cabañas Barrientos, quien acostumbraba humillar sexualmente de sus victimas mediante el abuso carnal” Martínez Iglesias, R.: Manual antisequestro. Organización Topilli. http://www.topilli_www.topilli_. Consultado el 10 de abril del 2008.

³⁰⁶ Vid. Jiménez Huerta, M.: Derecho penal mexicano..., p. 141.

³⁰⁷ Ley 209/1964 de 24 de diciembre, penal y procesal de la navegación aérea.

La pena de reclusión mayor podrá imponerse en su grado máximo:

- 1.- Si el medio violento empleado para la aprehensión de la aeronave la pone en peligro de siniestro.
- 2.- Si se hubiere dejado a alguna persona sin medios para salvarse.

Este delito contra la navegación aérea afecta los mismos bienes jurídicos que el secuestro, pero va mas allá porqué también protege la “circulación aérea” además el bien jurídico que afecta es difuso, no personal.

Así las cosas, la diferencia entre los delitos de secuestro y el de navegación aérea son también de genero, que es el secuestro a especie, que es el delito contra la navegación aérea y el elemento especializante es el número y tipo de bienes jurídicos que tutelan las figuras penales en cita.

E. Excurso sobre el secuestro express

a) Concepto

En el primer capítulo de la primera parte de la presente tesis, brevemente, se abordó el concepto de “secuestro express”, cuyo tipo legal no existe en España, pero sí es una “moda” en aumento, en muchas legislaciones del mundo.

El “secuestro express”, en una connotación estricta, es aquel que se comete rápidamente y, por dicha razón, sin una reflexionada planificación y generalmente la condición exigida a cambio de la liberación del rehén es el pago de un rescate de poco dinero.

De este concepto estricto se han trasformado en diversas acepciones normativas una de ellas, quizás una de las mas extendidas es como se prevé en México (Distrito Federal) que en el ordinal 160 última parte de su código

penal señala: “(...) Cuando la privación de la libertad se lleve a cabo únicamente para cometer los delitos de robo o extorsión previstos en los artículos 220 y 236 de éste código, respectivamente, la pena será de 5 a 20 años de prisión (...)”.

Entonces los elementos constitutivos de una “figura de secuestro express trasformada” son: a´ La privación de libertad; b´ La finalidad del activo de cometer los delitos de robo y extorsión.

El ejemplo clásico, en México, del llamado “secuestro express” es:

Cuando se priva de la libertad a una persona llevándolo a un cajero automático donde se le obliga a sacar todo el dinero posible de una tarjeta bancaria.

b) Diferencia del secuestro express con otras modalidades de secuestro

El secuestro express en su connotación estricta no tiene ninguna diferencia con las modalidades de secuestro estudiadas en el presente trabajo. Pero la figura de “secuestro express trasformada”,³⁰⁸ en el supuesto antes analizado es distinto al “clásico”

Una de las diferencias medulares se encuentra en la intención del activo. En la figura penal de detenciones la intención del activo es conseguir la sola privación de libertad y no que sea medio para cometer otro delito. Luego, en el secuestro, la finalidad del activo es conseguir con la privación de libertad, un fin de índole económico, político o de venganza. Mientras, en el “secuestro express”, el fin del activo es usar la privación de libertad como un medio para cometer un robo o una extorsión.

³⁰⁸ Vid. Ortiz Dorantes, A.: El secuestro express. INACIPE. México D.F. 2005; pp. 103 y ss. secuestro express http://es.wikipedia.org/wiki/Secuestro_express. Consultado el 18 de abril del 2006.

De la precisada diferencia queda en evidencia que el referido “secuestro express” desnaturaliza los delitos contra la libertad, al apartarse de las características apuntadas a lo largo de este trabajo.

Esa desnaturalización del “secuestro express” pone de manifiesto que su argumentación explicatoria es distinta a la del secuestro analizado antes líneas.

c) La problemática del “secuestro express”

El secuestro express en su acepción estricta solo se refiere a un secuestro cometido en forma rápida e improvisada, lo que no es factor esencial de diferenciación con otro tipo de secuestros y por ende no constituye una razón válida o sustentada para elaborar una clasificación legal.

Por lo que ocupa el secuestro express transformado, presenta diversos problemas alguno de ellos son:

a'. Su denominación

Se le llama “secuestro express”, aunque realmente es una privación de libertad como medio para un robo o una extorsión.

El delito en comento se redacta en el último párrafo del artículo 160 del código penal del Distrito Federal en México, mientras que el secuestro se encuentra regulado por el 163.

De tal suerte la incorrecta denominación de “secuestro express” trae aparejada problemas en su entendimiento porque las reglas del “secuestro clásico” no son válidas para el “express”.

b'. Existen problemas de concurso

En efecto la redacción que tiene la privación de la libertad *sui generis* llamada "secuestro express" origina diversos conflictos en materia concursal, en las siguientes hipótesis:

- En los casos en los que se ha consumado la privación de la libertad, pero también este consumado el robo y la extorsión.
- En los casos en los que se haya privado de la libertad a una persona con el fin de extorsionarla y se consumó un secuestro.
- Los casos en los que se ha privado de la libertad a una persona con el fin de extorsionarla para pedir el rescate, pero que éste no se haya logrado. Hipótesis en la que nace la interrogante si se trata de un llamado "secuestro express" o un "secuestro clásico" en grado de tentativa.

d) Solución al "secuestro express"

El "secuestro express" causa mas problemas que los que soluciona por lo que no es conveniente adoptarlo y en las legislaciones que ya lo han probado lo adecuado es desterrarlo del código penal y en su lugar aplicar las reglas de concurso, pues no es una conducta que rebele una especial antijuridicidad distinta a la que se consideran en los delitos de secuestro, robo y extorsión.

4. Propuesta para la inclusión del secuestro simulado en el CP

El tipo legal de secuestro, como esta actualmente legislado, deja fuera de la tipificación conductas que inicialmente se asemejan al secuestro, concretamente en los casos:

A. En que el activo engañe a los extorsionados exigiendo el cumplimiento de una obligación que en ningún momento se esperaba cumplir, sino que fue una farsa para conseguir otro ilícito objetivo.

Por ejemplo: Un grupo terrorista priva de la libertad a Pedro exigiendo el pago de un millón de euros, los que se pagan pero en realidad Pedro fue muerto cuando fue privado de la libertad y la idea de exigir un pago nació en los secuestradores aprovechando la existencia de un cadáver.

B. En los casos en que la privación de libertad no sea cierta y se engañe a los extorsionados.

Ejemplo: Una joven que sale de su casa con rumbo al cine donde es alagada por un sujeto que le dice que es buscador de bellas mujeres para modelos, pidiéndole que le permita tomarle una fotografía y que le de su dirección y teléfono para comunicarse en un futuro próximo. Luego, la joven entra al cine mientras el activo acude a la casa de la víctima exigiendo el pago de un rescate y mostrando a la madre de la joven la fotografía que previamente había tomado.

C. En los casos en que no existe un rehén verdadero pues está coludido con otros para exigir el cumplimiento de una condición.

Ejemplo: Ana conviene con Roberto en hacerse pasar como víctima de secuestro para exigirles a sus padres un millón de euros, que se niegan a darle.

En los casos ejemplificados la nota común es un engaño sobre la privación de libertad y el engañado es además extorsionado. Por lo que es conveniente un tipo penal, con una penalidad menor a la que se precisa en el secuestro, que considere el “secuestro simulado” y con ello no dejar que otras figuras penales lo sancionen precisamente porque implica otros delitos y un engaño que requisita una figura especial.

Una redacción de la figura que se propone es: “Quien simule un secuestro con la pretensión de obtener un beneficio de cualquier índole, por el cumplimiento de una condición, se le impondrá...”

V. CONDUCTA TÍPICA. TIPO SUBJETIVO O ASPECTO INTERNO

1. Formas de imputación subjetiva

En este apartado son aplicables los comentarios expresados al momento de analizar las formas de imputación subjetiva en el tipo legal de detenciones, no presentándose ninguna particularidad adicional, salvo lo que se comenta a continuación.

2. El doble dolo

El secuestro como una figura especial complementada se conforma con un doble dolo que va dirigido a los elementos esenciales del tipo objetivo ya analizados: uno, la conciencia y voluntad de privar de la libertad y otro, la conciencia y voluntad contenida en la condición exigida.³⁰⁹

De tal suerte, si falta alguno de los “dolos” antes precisados, se excluye la actualización de la figura penal de secuestro.³¹⁰

³⁰⁹ “El dolo consistirá, no sólo, en la voluntad de privar a otro de su capacidad ambulatoria y en el conocimiento de que se actúa en tal sentido, sino también deberá abarcar la condición impuesta, de tal forma que existe algún coautor o participe que desconoce que se ha impuesto una condición para dejar en libertad al detenido, sólo podrá ser castigo por el tipo de detenciones ilegal”. Ferrero Hidalgo, F. y otra: Delitos contra la..., p. 258 y ss. En el mismo sentido Carranca y Trujillo, R. y otro. Código penal anotado...p. 899.

³¹⁰ En este sentido un criterio jurisprudencial mexicano sostiene: “Secuestro. No se configura ante la ausencia del elemento subjetivo específico de finalidad que lo rige. El citado ilícito no se concreta a exigir para su configuración el acto material de la privación de la libertad de una persona, por cualquier medio, sino que se exige que ese acto de privación esté finalísticamente regido, precisamente, por el fin de obtener rescate o causar daños o perjuicios al secuestrado o a otra persona relacionada con éste. Lo anterior significa que se trata de un elemento subjetivo del injusto, específicamente determinado, de tal manera que constituye la tendencia interna del sujeto de la que parte, como impulso de realización de ese propio fin, la conducta material de la privación, esto es, que el acto material de privación es consecuencia exteriorizada del fin perseguido y no a la inversa, debiendo existir, por ende, una probada relación de continuidad.” Jurisprudencia – México. Novena época. Instancia: Tribunales colegiados de circuito. Fuente: Semanario judicial de la federación y su gaceta. Tomo: XVI, Septiembre de 2002. Tesis: II.2o.P.67 Página: 1445. No. Registro: 185,892. Tesis aislada. Materia(s): Penal. Segundo tribunal colegiado en materia penal del segundo circuito. Amparo directo 401/2001. 4 de abril de 2001. Unanimidad de

Lo sostenido en el presente apartado tiene directa vinculación con la participación en razón de que en los casos del secuestro cometido por varios intervinientes, ellos deben necesariamente actuar con los “dolos” a los que se ha hecho mención. En caso contrario, si los responsables no actúan con dolo de privación de libertad solo responderán por la extorsión. Mientras si desconocen el dolo en el chantaje solo responden por el delito de detención cometida por particulares.³¹¹

3. Error de tipo

A. Concepto

Son los supuestos regulados por el ordinal 14 del CP en los que el agente del delito tiene un incorrecto conocimiento de algunos de los elementos del tipo objetivo (incluyendo los elementos descriptivos y normativos), que excluyen al dolo.³¹²

El error de tipo excluye el dolo³¹³ pero para la irresponsabilidad penal el error debe ser sobre elementos esenciales del tipo, no accidentales,³¹⁴ además de que este debe ser invencible.

votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Jorge Hernández Ortega. En disco compacto ius 2007. Junio 1917 – diciembre 2007.

³¹¹ “Si existe algún coautor o participe que desconoce que se ha impuesto una condición para dejar en libertad al detenido, solo podrá ser castigado por el tipo de detenciones”. Ferrero Hidalgo, F. y otra: Delitos contra la ..., p. 258 y ss.

³¹² Vid. Muñoz Conde, F. y García Arán, M.: Derecho Penal. Parte General..., p. 313; Quintero Olivares, g.: Parte General..., pp. 428 y ss.

Se estima acertada la opinión de Stratenwerth en el sentido de que solo existe error de tipo en los casos de incorrecto conocimiento de los elementos del tipo y no en los casos de llano desconocimiento pues en dicho caso, se trata de una ausencia de dolo. Luego, al faltar el dolo, falta solamente el tipo subjetivo del correspondiente delito de comisión doloso. Cfr. Stratenwerth, G.: Derecho penal..., pp. 179 y ss.

³¹³ Vid. Roxin, C.: Derecho penal..., p. 460.

³¹⁴ Los elementos esenciales son aquellos que configuran el tipo básico. Mientras que los accidentales hacen lo propio con el tipo cualificado. Vid. Ramos Tapia, I. y otros autores: Derecho Penal..., p. 518.

B. El error de tipo en el secuestro

a) El error en elementos esenciales

Para que se afirme la existencia de un error de tipo, en el concreto caso del delito de secuestro como ya se anotó debe ser en los elementos esenciales de la figura.

Resultando que los elementos esenciales de la figura penal de secuestro son: a´ la privación de la libertad y b´ la exigencia del cumplimiento de una condición a cambio de la liberación del rehén. En tanto, los otros elementos que constan en las diferentes agravantes o atenuantes, no pueden ser constitutivos de error de tipo.

De ahí que para afirmar un error en el caso de secuestro, implica que el activo desconozca o mal conozca que cometió una privación de libertad y, enseguida, también equívocamente por falsa apreciación de la realidad, exija el cumplimiento de una condición a cambio de que se libere al detenido.

Además, el error debe ser invencible entendido esto como que cualquier persona puesta en esa situación y aun actuando con la mayor de las diligencias, hubiera incurrido en el mismo error.³¹⁵

Empero, prácticamente, en razón de la configuración del tipo legal de secuestro es difícil suponer ejemplos de error de tipo, pues es complicado concebir que una persona tenga por error privada de la libertad a otra y también por error exija una condición para liberarla, todo ello habiendo actuando con máxima diligencia.

Puede darse “rebuscados supuestos” piénsese en:

³¹⁵ Vid. Ramos Tapia, I. y otros autores: Derecho Penal..., p. 519.

El ciudadano que detiene a otro suponiendo incorrectamente que está robando y luego le exige, mal interpretado noticias periodísticas, que le puede exigir el pago de una fianza para liberarlo.

Aun en este ejemplo es evidente que una mínima diligencia o con un sencillo lógico actuar con mínimo razonamiento, el activo, puede tener un correcto conocimiento de los hechos, por lo que este caso parece más que un modelo de error de tipo, parece de insania mental del activo o de inimputabilidad disminuida.

Así las cosas, teóricamente puede existir el error de tipo en el secuestro, pero prácticamente es inexistente ya que se reduce a casos en sumo especiales.

En síntesis, es prácticamente imposible la actualización del error de tipo en el caso del delito de secuestro, ya que no puede sostenerse que exista un error al privar de la libertad a otra persona como además se condicione su liberación y, si dicho extremo logra demostrarse la conducta sería atípica, por que en el caso en estudio, el error tanto vencible como el invencible son impunibles.

b) El error en elementos accidentales

Otro distinto supuesto es en los casos del error en elementos accidentales o aquellos que constituyen los tipos cualificados en cuya hipótesis solo puede ser considerado el tipo básico y no el cualificado pero si y solo si la agravante precisa para su actualización el conocimiento de dicha circunstancia.

El anterior discurso se concretiza en los supuestos de secuestro al momento de aplicarse las calificativas en las que se requiere que el agente del delito debe haber conocido y querido:

- Que la privación de libertad ha durado más de quince días, o
- Haber simulado ser autoridad o funcionario público, o
- La víctima fuere menor de edad o incapaz.

En los anteriores casos, en el primero y el último, son posibles el error en elementos accidentales, pero racionalmente no en el segundo.

Referente a la imposibilidad de error en el segundo supuesto se debe a que el verbo simular trae implícito que sabía y precisamente quería fingir que era autoridad o funcionario público. Luego, si sabía que fingía ser autoridad, actuó con dolo y el mismo excluye el supuesto de error.

Por lo que ocupa a los supuestos primero y tercero de la calificativa, el activo pudo haber errado sobre el tiempo de duración del secuestro específicamente que suponga que la privación de libertad ha durado 14 días pero materialmente van más de 15 o el caso contrario, supone que ha durado 15 pero en realidad van 14; en el primer caso sería de error de tipo directo y el segundo error inverso sobre el tipo agravado.

Como también el activo puede desconocer que el rehén sea menor de edad o incapaz, caso de un error de tipo directo.

Consecuencia de lo anterior, en los supuestos de error vencible o invencible, se excluye la calificativa. Por otro lado, cuando el secuestrador tenga un error en las causas atenuantes, estas tendrán que ser aplicadas al ser un beneficio y no contener causa legal de exclusión.³¹⁶

³¹⁶ Vid. Ramos Tapia. I. y otros autores: Derecho Penal..., p. 525.

C. Los supuestos de tipos de error

Los supuestos en que el agente del delito haya causado un resultado típico distinto al querido, pueden ser:

a) El error sobre el objeto

El error en el objeto trata de los casos en los que el activo decidió realizar un delito sobre un objeto concreto, pero lo confunde con otro (*error in objeto vel in persona*).³¹⁷

Materializando este supuesto en el secuestro consiste en que el secuestrador confunde y priva de la libertad a otra persona diferente a la que había concebido secuestrar.

Caso en que el error es irrelevante pues la identidad de la víctima no es elemento del tipo.

b) En el golpe (*aberratio ictus*)

En esta denominación se consideran los casos en que el autor dirige su acción delictiva hacia una persona, pretendiendo cometer algún delito contra la vida o la integridad, pero el blanco de su acción es otra distinta. Su error no es en el objeto sino la falla está en la dirección del ataque.³¹⁸

Producto de que el error en el golpe solo puede darse en delitos contra la vida o la integridad personal, no es una hipótesis que se pueda dar en el delito de secuestro.

³¹⁷ Vid. Muñoz Conde, F. y García Arán, M.: Derecho Penal. Parte General..., p. 314.

³¹⁸ Vid. Ramos Tapia, I. y otros autores: Derecho Penal..., p. 526.

c) Error en el curso causal

En estos supuestos se engloban los casos en los que el agente del delito se realiza una acción dirigida a producir un resultado típico, mas existe un desvío del curso causal previsto, dándose el resultado de manera distinta a la programada.³¹⁹

Por ejemplo: Se intenta secuestrar a un empresario privándolo de su libertad en su oficina, lo que falla, pero aun así se produce la privación de libertad porque el empresario queda encerrado en el edificio.

Lo que encuentra respuesta considerando irrelevante el error.³²⁰

d) Caso de consumación posterior o anterior a la acción dolosa del sujeto

En estos casos el agente del delito actúa con intención y erróneamente piensa que se cometió un delito, el que materialmente se actualiza, pero antes o después de que el activo lo suponga.³²¹

Piénsese en caso de que:

El secuestrador suponga que ya cometió el delito y exige el rescate, pero material e inicialmente no existe un “rehén” pues la supuesta víctima no se encuentra privada de su libertad y después el

³¹⁹ Vid. Ramos Tapia, I. y otros autores: Derecho Penal..., p. 529.

³²⁰ “(...) Si el resultado producido puede verse como concreción del peligro creado con la acción dolosa del autor, entonces deberá imputarse ese resultado, aunque se haya producido de manera distinta a la prevista (...)” Vid. Ramos Tapia, I. y otros autores: Derecho Penal..., p. 529.

³²¹ Vid. Muñoz Muñoz Conde, F. y García Arán, M: Derecho Penal. Parte General..., p. 316.

“rehén” accidentalmente cae en un pozo autoaprisionándose.

La solución que aparece mas adecuada es la del concurso entre la conducta querida y la obtenida,³²² pero por lo que hace al secuestro debe considerarse intracedente el error del activo.

El secuestro, como se anotó líneas precedentes tiene efectos permanentes, ergo, la privación de libertad se prolonga en el tiempo por lo que si el activo en algún momento estaba en el error de suponer que no había fechoría si después se actualiza, el yerro no tiene repercusiones legales pues de todas formas se comete el delito en mención.

³²² Estos casos se resuelven, entre otras formas, con la tesis del *dolus generalis* que precisa que, a pesar del error, la conducta debe ser sancionada de forma dolosa, porque el dolo abarca toda la conducta. Y otra forma es atender a que se debe castigar con la reglas del concurso entre el delito consumado por imprudencia y lo actualizado en forma dolosa. Vid. Ramos Tapia, I. y otros autores: Derecho Penal..., p. 530.

VI. EN RESUMEN: ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL TIPO LEGAL DE SECUESTRO

Los elementos típicos de la figura penal de secuestro son:

- La detención de una persona
- La exigencia de una condición para poner en libertad al rehén.

El delito de detenciones fue analizado en el capítulo precedente, mientras el segundo elemento “condición” se entiende como la conducta, de cualquier tipo, que se exige al extorsionado para hacer cesar la privación de la libertad.

Las características de la condición son:

- 1ª. Que puede ser exigida por cualquier interviniente en el delito pero, erigiéndose como principio: La condición como un elemento típico del secuestro, en la hipótesis de plurales activos, requisita que los intervinientes en la privación de libertad consientan o al menos acepten la exigencia de la condición.
- 2ª. La condición puede imponerse: A un tercero extorsionado, caso del secuestro propio o al propio secuestrado, caso del secuestro impropio.
- 3ª. La condición puede ser exigida a favor de cualquier persona.
- 4ª. La condición que se requisita en el secuestro puede ser de cualquier naturaleza.
- 5ª. La condición exigida debe ser para la liberación de rehén.

Los secuestros pueden clasificarse de acuerdo a la condición exigida en:

1. Secuestro financiero (condición de dar)
2. Secuestro político (condición de hacer u omitir)
 - A. El secuestro político propio.
 - B. Secuestro político impropio.
3. Secuestro por vindicta.

Además el secuestro solo admite perpetración con dolo y este debe ser doble. Uno, la conciencia y voluntad de privar de la libertad. Otro la conciencia y voluntad contenida en la condición exigida.

CAPÍTULO CUARTO

CAUSAS DE ATIPICIDAD DEL DELITO DE SECUESTRO

I. LA FALTA DE ALGUNO DE LOS ELEMENTOS DE LA DESCRIPCIÓN TÍPICA

La atipicidad implica ausencia de cualquier elemento de la descripción legal, lo que traducido al caso de secuestro implica:

1. Ausencia de algún elemento del tipo objetivo, porqué:

- A. El activo actúo con el carácter de autoridad, o;
- B. No existió encierro, ni detención, o;
- C. La conducta es legal porqué el activo tiene derecho a detener o existe consentimiento valido del ofendido para ser privado de su libertad, o;
- D. No se materializó una privación de libertad por inexistencia de bien jurídico, o;
- E. No existió el condicionamiento para liberar al rehén, o;

2. Ausencia del elemento subjetivo por inexistencia de dolo directo y/o el elemento subjetivo especial

Todos esos elementos son la cara opuesta de los previamente analizados en el tipo legal de secuestro.

Aun así, por su extensión y concretas particularidades merecen trato diferenciado en puntos aparte, las causas de atipicidad consistentes en el consentimiento valido de la victima y por inexistente doblez al bien jurídico.

II. EXCLUSIÓN DEL TIPO OBJETIVO: EL CONSENTIMIENTO

1. Su ubicación sistemática

Existen básicamente tres lugares en que la doctrina ubica el consentimiento dentro de la teoría del delito: a) como una causa de atipicidad³²³ o b) como una causa de justificación³²⁴ o c) a veces como una causa de atipicidad, y otras como excluyente de la antijuricidad (teoría dualista).³²⁵

Históricamente el “consentimiento” fue considerado como una causa de exclusión de la antijuricidad pero poco después un sector de la doctrina científica separó el “consentimiento con efecto justificante” del “consentimiento con efecto de exclusión del tipo” dependiendo de especiales características del tipo como del bien jurídico y a un mismo tema, de acuerdo a la casuística, le da soluciones distintas.

Sin embargo, no es posible determinar de forma completamente objetiva cuáles son los requisitos de un “consentimiento justificante” diferenciado de un “consentimiento excluyente del tipo”.³²⁶

Por lo que la doctrina, en la actualidad, se encamina a rechazar la postura dualista y a clasificar el consentimiento como un monotema de causa de atipicidad.

El código penal español no define cual es la concreta colocación del “consentimiento” dentro de los elementos del delito.

³²³ En este sentido STS de 10 de septiembre de 1992. En el plano doctrinal Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 187. Serrano Gómez, A. y otro: Derecho penal..., p. 160. Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español..., p. 166.

³²⁴ En este sentido Berdugo Gómez de la Torre, I. y otros.: Lecciones de derecho..., pp. 391 y ss.

³²⁵ En este sentido Stratenwerth, G.: Derecho penal..., pp. 211 y ss. Jakobs, G.: Derecho penal..., pp. 523 y ss. Vid. al respecto, Quintero Olivares, G.: Parte General..., pp. 473 y ss. Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p. 171.

³²⁶ Cfr. Roxin, C.: Derecho penal...pp. 522 y ss.

A pesar de la omisión legislativa, una correcta hermenéutica descubre que el “consentimiento” pertenece a la atipicidad; ya que un comportamiento que cuenta con el “consentimiento” no causa lesión al bien jurídico protegido.

Por ello, el “consentimiento” debe determinarse a nivel de la tipicidad excluyendo la imputación al tipo objetivo, pues la acción cubierta por el consentimiento del titular de un bien jurídico disponible no crea un peligro jurídicamente desaprobado.

De esto se desprende que el mejor acomodo del “consentimiento” es como una causa de exclusión de la imputación objetiva en cuanto supone la inexistencia de un riesgo típicamente relevante, precisamente por la aceptación de la víctima.³²⁷

2. Requisitos para que el consentimiento opere como una causa de atipicidad

A. Que no afecte derechos fundamentales

Inicialmente la libertad ambulatoria es un bien jurídico disponible, de ahí que si la víctima licencia su detención o encierro, dicha autorización vuelca atípica la conducta.

No obstante, el “consentimiento” tiene límites³²⁸ que se encuentran cuando la privación de libertad, aunque consentida, trasgrede derechos básicos de envergadura irrenunciables.

El “consentimiento” o “renuncia” a un derecho en ningún caso puede ser total, porque siempre existe una porción irreducible del derecho, una parte intocable, básica que aun cuando su titular no lo quiera debe ser respetado y por ende, en dicho supuesto, el “consentimiento” no puede proveer una causa de atipicidad.³²⁹

³²⁷ Así, vid. Pérez Alonso, E.J. y otros autores: Derecho Penal..., pp. 464 y ss.

³²⁸ Vid. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1978.

³²⁹ Cfr. Stratenwerth, G.: Derecho penal..., p. 215.

Producto de lo anterior:

a) Es causa de atipicidad el consentimiento que no incluye la trasgresión de otros derechos fundamentales o de la misma libertad en grados extremos.³³⁰

Ejemplo: El sujeto que consiente estar encerrado en una bodega, instigado e inspirado por un grupo ecologista, que condicionan la liberación hasta que una compañía maderera deje de talar árboles.

b) No es causa de atipicidad, el consentimiento que va aparejado de violaciones a derechos básicos o de la misma libertad en grados extremos.

Ejemplos:

Un sujeto que consiente ser privado de su libertad y mutilado por otro sujeto que condiciona su libertad a cambio de que salga la noticia en la red.

O el sujeto sumamente celoso que amarra a su esposa de pies y manos en una cama condicionando la liberación de la víctima solo por determinado tiempo en que pueda vigilarla.

En estos supuestos, pese a que las víctimas asintieron la pérdida de la libertad traslaticia, dicho consentimiento es irrelevante porque no puede abarcar el reducto de los derechos básicos que tiene toda persona para poder desplazarse.

Bueno, incluso a los presos que se les confina reduciéndoles su potestad ambulatoria no se les elimina la misma al grado de impedirles moverse.

³³⁰ Vid. Vives Antón y otros autores: Derecho penal. Parte especial..., p. 168.

B. Debe existir una clara y libérrima manifestación de voluntad

El consentimiento debe ser un acto de verdadera autodeterminación de la víctima por lo que es ineludible que el rehén conozca los alcances de permitir la reducción a sus derechos.

Por tanto, el “consentimiento” debe ser de buen grado³³¹ y sin engaños.³³²

C. Debe darlo una persona mayor de edad y con capacidad de ejercicio

El consentimiento válido proviene de quien tiene la capacidad madura e intelectualmente integra, para legítimamente tolerar que se disponga de su facultad traslativa y también para que pueda oponerse.

Para lo anterior es necesario que quien otorgue el consentimiento sea mayor de edad, no sufra enfermedad mental ni sea consecuencia de estado ebriedad o drogadicción.

Por ende, los niños y los incapaces que no tienen madura su capacidad de discernir, solo pueden dar consentimiento válido si está avalado por los padres o quien ejerza la patria potestad. Por contra, la anuencia es inválida.³³³

D. El “consentimiento” debe existir antes de que comience la detención o el encierro

El “consentimiento” necesariamente debe ser previo de la privación de libertad aunque sea instantes antes, pero no al momento en que se esté

³³¹ Vid. STS de 10 de octubre de 1992. En el plano de la doctrina Orts Berenguer y otro: Compendio de derecho..., p. 438.

³³² Vid. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1978.

³³³ Cfr. Jiménez Huerta, M.: Derecho penal mexicano..., p. 133. En contrario Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1978.

dando o después de consumado, ya que equivaldría a un perdón de la víctima, el que no tiene efectos extintivos de la acción penal.³³⁴

Dentro de este tema, destaca el caso del “perdón” posterior a cometido el secuestro y el rehén tiene la posibilidad material de liberarse pero no lo hace, por sufrir el “síndrome de Estocolmo”, por ejemplo.

En dicho supuesto el perdón no es una causa de atipicidad, pero si puede tener consecuencias en la figura atenuada de secuestro si acontecen en un plazo que no exceda de tres días después de cometido el secuestro y el delincuente no consiguió su propósito. Supuesto que se analiza en el capítulo de la figura atenuada.

E. El consentimiento debe perdurar todo el tiempo que exista la privación de libertad

El pluricitado “consentimiento” tiene que sobrevivir intacto el tiempo de la privación de libertad ya que por su carácter disponible se puede dar “por gusto” en cualquier momento y también “por gusto” se pueda quitar cuando el paciente del delito quiera.

Si el prisionero retira su anuencia a estar privado de libertad, en ese momento debe ser liberado y, en caso contrario, la conducta antes legal muda a ser típica.

En los casos en que se da un “consentimiento” y luego se revoca pero posteriormente se da nuevamente sostenemos que no opera la exclusión al tipo objetivo, porque existió un momento en que fue no consentida la privación de libertad, lo que es suficiente para afirmar la existencia de una afectación a la potestad ambulatoria contra la voluntad del ofendido.

Lo importante en el tema es que el ofendido, en cualquier momento, puede cambiar de opinión, puede desdecirse de su consentimiento y si no es

³³⁴ Vid. Serrano Gómez, A. y otro: Derecho penal..., p. 160. Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español..., p. 166.

inmediatamente liberado la conducta antes justificada se torna injustificada y antijurídica.

Sobre este punto, hay quienes afirman que se actualiza una detención por omisión impropia ya que al negarse liberar al encerrado que previamente dio su anuencia, su conducta implica un no actuar.³³⁵

Lo que no es exacto, ya que la retención del prisionero no implica que fatalmente se trate de una omisión. Pues puede presentarse una acción en el caso de que la víctima haya inicialmente aceptado estar con sus captores, sin que haya estado inmovilizado y al expresar su revocación al consentimiento sea detenido contra su voluntad.

Por otro lado, la revocación al consentimiento debe ser real y tangible, ya que en caso contrario subsiste el consentimiento.

Verbigracia:

Una joven caracterizada por ser bromista acepta, en pose de absoluta seriedad, estar recluida en un cuarto a control de su novio para con ello condicionar su liberación extorsionado a sus padres a quienes le exigen que acepten su unión. Pero la joven se asusta y pide a su novio, sumida en “risa nerviosa” que la libere, pero este no le cree y no la libera.

El consentimiento de ser privado de su libertad es una excepción que amerita ser plenamente probada; como también, por ser una consecuencia de la excepción, corresponde acreditarse que el consentimiento se revocó pero esto es mas sencillo ya que basta la afirmación de la víctima para arrojar la carga de la prueba, al activo, de que no es así.

Ya que la regla de ordinariedad es que nadie desea ser privado de su libertad y a pesar de que puede existir un “consentimiento” este puede ser

³³⁵ Vid. Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español..., p. 166.

revocado en cualquier momento y entonces subsiste y cobra nueva vigencia la presunción antes dicha.

F. El consentimiento debe ser expreso no tácito

Para sostener la existencia de un “consentimiento” en la privación de libertad necesariamente debe ser expreso y no tácito ni presunto.³³⁶

Ya que, en este último supuesto, puede implicar una “mera tolerancia” a la conducta y no una real aceptación a ser víctima de privación de libertad.

Despréndase en consecuencia que hay grados previos al “consentimiento”. Primero, racionalmente debe existir el conocimiento de que futuramente se le va a privar de su libertad. Luego, el pasivo admite el hecho, lo tolera y hasta después lo “consiente”. Resultando que solo en la última etapa mencionada es cuando se puede afirmar que el “consentimiento” es causa de atipicidad.

G. No es necesario que el secuestrador conozca el “consentimiento” de la víctima

El “consentimiento” debe ser expreso como se acaba de anotar, pero ello no implica que necesariamente debe conocerlo el secuestrador pues esto es un hecho objetivo del suceso y no subjetivo del activo en cuyo caso, como se expondrá después, ocupa los supuestos de error en el consentimiento.

H. El “consentimiento” solo puede darlo el titular del bien jurídico

La anuencia a ser privado de libertad solo puede otorgarla el legítimo titular del bien jurídico, que puede ser el mismo afectado cuando tiene

³³⁶ En contrario Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1978.

capacidad de goce y ejercicio o el representante legal en los casos de quien no poseen la facultad de ejercicio de su derechos.

En consecuencia, pese a que en el delito de secuestro pueden existir mas victimas además de rehén, solo él puede consentir la privación de libertad y no el que es extorsionado.

Como no es valido el “consentimiento” del extorsionado sobre la “condición exigida”. Esto es, es invalido que se acepte (consienta) lo que el secuestrador exige a cambio de su libertad ya que no sería un acto libre.

Atento a lo expuesto, se coligen dos principios aplicables al secuestro:

- a) El consentimiento del extorsionado carece de relevancia.
- b) El consentimiento del extorsionado solo es valido como causa de atipicidad si coincide con el consentimiento del rehén.

Ejemplo del último principio: Un joven planea y encarga a sus amigos que lo encierren en un cuarto mientras ellos le exigen a los padres del encerrado el pago de un rescate. Más, los padres enterados del “consentimiento” de su hijo, por desilusión, pagan el monto del rescate.

3. El error en el consentimiento

El error en el consentimiento puede tener dos variantes. En el caso concreto del secuestro son:

A. Que el activo crea, pero no es así, que cuenta con el consentimiento del rehén para ser privado de su libertad y con el erróneo conocimiento condiciona la liberación del detenido por el cumplimiento de una condición ó;

B. Que el activo desconozca que cuenta con el consentimiento del pasivo para cometer el secuestro.³³⁷

Como se ha venido sosteniendo a lo largo del estudio son extraordinarios los casos de error en el secuestro.

No obstante si es factible que suceda el supuesto en que el activo desconoce que cuenta con el consentimiento de la víctima para la privación de libertad y en ese estado lleva a cabo un secuestro.

Por ejemplo: Pablo priva de la libertad a Lorena, con quien previamente había sostenido un romance y quien previamente supo de la intención de Pablo por lo que consintió la restricción ambulatoria con la esperanza de que renaciera la relación, pero Pablo desconoce el consentimiento y la intención de Lorena. Luego de la privación de libertad, Pablo exige a Juan, padre de Lorena, que le pague por el rescate de su hija, un millón de euros.

En este caso surgen las interrogantes ¿Pablo responde por secuestro? o ¿por detención en grado de tentativa imposible teniendo como víctima a Lorena y extorsión por lo que hace a Juan? o ¿solo debe responder por extorsión?

Apreciamos que la respuesta correcta es la última, por lo siguiente:

Pablo no puede responder por el delito de secuestro porque el consentimiento de Lorena (suponiendo que no se afectaron otras garantías fundamentales), excluye la imputación al tipo objetivo, porque no existe la privación de libertad que requisita el tipo legal de secuestro.

Tampoco puede considerarse que se encuentra acreditado el delito de detenciones en grado de tentativa del delito imposible por que al existir una exclusión al tipo objetivo con consentimiento de la víctima, excluye tanto

³³⁷ Vid. Roxin, C.: Derecho penal..., p. 553.

la figura consumada como la tentada de delito posible como de delito imposible.

Así queda la tercera opción que considera solamente justificado un delito diverso al secuestro y considerado como víctima a Juan, padre de Lorena, a quien se le intimida a fin de canjear la libertad de su hija por dinero.

III. EXCLUSIÓN DEL TIPO OBJETIVO: INEXISTENCIA DE AFECTACIÓN AL BIEN JURÍDICO

Otras formas de atipicidad, por exclusión del tipo objetivo, son por inexistencia total de afectación al bien jurídico o porque su trasgresión es mínima.

1. Por inexistencia total del bien jurídico

La inexistencia de la libertad ambulatoria puede ser causa de atipicidad cuando el activo conoce dicha situación.

En caso contrario, si el activo desconoce o tiene un falso conocimiento de la existencia de la libertad ambulatoria ocupa una hipótesis de tentativa de delito imposible que se analiza líneas posteriores.

En efecto, para sostener la inexistencia de la libertad ambulatoria en una persona es porque se ha dejado de ejercer y si la ha dejado de ejercer, la única forma posible es que esté muerta.

Pero si está muerta y aun así el secuestrador lleva a cabo la sustracción del cadáver, si el activo tiene la convicción de que está viva, actualiza el delito en grado de tentativa de delito imposible pero si no sabe que la víctima está muerta entonces no existe secuestro, sino otra figura delictuosa.

Debe destacarse que otro requisito de la causa de atipicidad en cuestión es que la muerte de la víctima debe ser antes de que inicien los actos ejecutivos de la detención.

En caso contrario, si ya iniciaron los actos de la detención y el rehén muere o muere en el claustro, la conducta será en grado tentativa o consumado, pero no causa de atipicidad porque existió afectación al bien jurídico.

Para este tema se reitera el ya citado “caso Anabel Segura” en que los secuestradores mataron a la rehén pero después fingieron su voz, la grabaron y exigieron el pago de un rescate a cambio de su falsa liberación.

En sentido similar se cita otro ejemplo: Pedro planeó secuestrar a Juan y al momento de que lo lleva a cabo se le sale un tiro que le da en la cabeza al último de los mencionados ultimándolo, pero aun así Pedro extorsiona a los familiares del difunto asegurándoles que lo liberara a cambio de un millón de euros.

En estos dos ejemplos se afectó, aunque solo temporalmente, la libertad ambulatoria de las víctimas quienes fueron asesinadas y con ello dejaron de ejercer la facultad ambulatoria. Sin embargo existió afectación al bien jurídico tutelado por lo que también existe delito y mas aun consumado.

2. Por afectación intrascendente al bien jurídico

Para tener por acreditada la tipicidad, entre otros requisitos, debe colmarse “el principio de intensidad” a la afectación del bien jurídico que medularmente establece que solo las afectaciones serias al bien jurídico son típicas.³³⁸

En consecuencia, algunos casos de nimias afectaciones al bien jurídico se presentan en los casos de: a) detención de libertad de forma intrascendente o b) por el pedimento del rescate de monto insignificante.³³⁹

Ultima hipótesis en que entonces puede subsistir el delito de detención.

³³⁸ Cfr. Ferrero Hidalgo, F. y otra: Delitos contra la...,p. 258. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 181.

³³⁹ Vid. Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p. 187.

Por ejemplo: Luis detiene a Eva momentáneamente pidiéndole, para liberarla, un beso.

La conducta descrita en el ejemplo anterior es atípica porque no existe una seria afectación al bien jurídico, libertad ambulatoria, ni al condicionamiento de la libertad, sin que ello obste para que pueda ser considerada una infracción administrativa.

IV. EN RESUMEN: CAUSAS DE ATIPICIDAD EN EL DELITO DE SECUESTRO

La atipicidad en el secuestro implica que el activo actuó como autoridad y no como particular, o; porqué no existió encierro, ni detención, o; la conducta es legal o existe consentimiento valido para la privación de libertad, o; no se materializó una privación de libertad por inexistencia de bien jurídico, o; no existió siquiera la idea de exigir el cumplimiento de una condición a cambio de la liberación del rehén, o; por inexistencia de dolo directo y/o el elemento subjetivo especial.

Por lo que ocupa al “consentimiento”, esta es una causa de exclusión de la imputación objetiva en cuanto supone la inexistencia de un riesgo típicamente relevante, precisamente por la aceptación de la victima.

Los requisitos para que el “consentimiento” opere como una causa de atipicidad son: que no afecte derechos fundamentales, que esté acompañado de una libérrima manifestación de voluntad, además de que sea un acto de verdadera autodeterminación de la victima, pudiendo darlo solo un mayor de edad, que sea titular del bien jurídico, antes de que comience la detención o el encierro, teniendo que perdurar todo el tiempo que exista la privación de libertad como en todo momento debe ser expreso sin que sea necesario que el secuestrador conozca el “consentimiento” de la victima.

Resultan prácticamente extraordinarios los casos de error en el secuestro, por su conformación típica compuesta. Aunque es factible que suceda, el supuesto en que el activo desconozca que cuenta con el consentimiento de la victima para la privación de libertad y en ese estado suponga que llevó a cabo un secuestro.

Por otro lado, otra forma de atipicidad, por exclusión del tipo objetivo, son por inexistencia total de afectación al bien jurídico o porqué su trasgresión es mínima.

Por inexistencia total de la libertad ambulatoria la única forma jurídicamente posible es que la victima esté muerta antes de que inicie el

secuestro pero si aun así el secuestrador lleva a cabo la sustracción del cadáver, con la convicción de que está viva, actualiza el secuestro en grado de tentativa de delito imposible y si no sabe que la victima está muerta entonces no existe secuestro, sino otra figura delictuosa.

Finalmente, la exclusión al tipo objetivo por afectación trivial al bien jurídico implica la ausencia del “principio de intensidad” que medularmente establece que solo las afectaciones serias son típicas y que en el caso pueden ser por detención de libertad de forma intrascendente o por el pedimento del rescate de monto insignificante.

CAPÍTULO QUINTO

LA ANTIJURIDICIDAD

I. FORMAS DE INTERPRETAR LA RELACIÓN ENTRE LA TIPICIDAD Y LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DE SECUESTRO

La antijuricidad, desde el punto de vista formal, consiste en que la conducta contraviene una prohibición o mandato legal. En tanto, desde el punto de vista material significa que la conducta afecta a bienes jurídicos.³⁴⁰

La postura que se adopta para constatar la antijuricidad es a través de un “estudio sistemático independiente” de las diversas categorías del delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.³⁴¹ El delito se concibe como un hecho ilícito realizado por un autor culpable, entendiendo la ilicitud del hecho como su contrariedad con el Derecho, es decir, “cuando infringe una norma penal lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico, dolosa o imprudentemente, sin que exista norma permisiva que justifique tal actuación”.³⁴²

En efecto, en la antijuricidad se cumple el principio de regla-excepción, en el sentido de que por regla general toda conducta típica es antijurídica, salvo que concurra alguna causa de justificación que autorice la realización del tipo. Se presenta aquí un conflicto de intereses que es resuelto legalmente, de tal modo que debe prevalecer el interés preponderante, aquél que causa una menor lesividad social a efectos de que el conflicto sea resuelto de tal modo que su solución se asemeje lo más

³⁴⁰ Vid. Roxin, C.: Derecho penal..., p. 558.

³⁴¹ Vid. Portilla Contreras, G. y otros autores: Derecho Penal..., pp. 392 y ss. Pomares Cintas, E. y otros autores: Derecho Penal..., pp. 552 y ss. Quintero Olivares, G.: Parte General..., pp. 462 y ss.

³⁴² Cfr. Portilla Contreras, G. y otros autores: Derecho Penal..., p. 395.

posible a la situación previa al conflicto.³⁴³ Por ello, la antijuricidad la podemos definir como la violación de la norma penal de forma no autorizada.

En el delito de secuestro la relación entre la tipicidad y la antijuridicidad es explicada substancialmente de dos maneras:

1. De acuerdo al canon general que establece que al acreditarse la tipicidad se constituye un indicio de la antijuridicidad.

2. De acuerdo a una excepción a la regla, por lo que la tipicidad no es un vestigio de la antijuridicidad, la que necesita demostrarse en un juicio aparte.

Si se asume la primera postura, la consecuencia es que al actualizarse el encierro o la detención presumiblemente la conducta es típica y solo no se tiene por demostrada la antijuridicidad si concurre alguna causa de justificación.

Sin embargo, si se considera que existe una excepción a la regla entre tipicidad y antijuridicidad, aun demostrado el encierro o la detención no involucra la existencia de la antijuridicidad. Sino que es necesario una valoración separada, por un lado la tipicidad y por otro la antijuridicidad; última en la que se debe demostrar que la conducta fue contra derecho.

Los diversos enfoques son consecuencia de la interpretación que se asuma del elemento "ilegal" que integra la figura penal de detenciones cometidas por particulares,³⁴⁴ lo que ya fue abordado y previamente concluido que es un elemento normativo que absorbe la antijuridicidad formal, pero no la material. Como que no se afecta la regla que establece la simbiosis entre la tipicidad y la antijuridicidad por lo que la primera es indicio pero no constancia plena de la segunda.

³⁴³ Vid. Pomares Cintas, E. y otros autores: Derecho Penal..., pp. 553 y 554; Quintero Olivares, G.: Parte General..., pp. 463 y ss.

³⁴⁴ Vid. SSTS de 16 de marzo de 1991 y 12 de noviembre de 1986.

II. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN EL CASO DE SECUESTRO

El artículo 20 CP establece como causas de justificación, excluyentes de la antijuridicidad: La legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

1. La legítima defensa

La legítima defensa precisada en el arábigo 20.4 CP ocupa los supuestos de conservación de bienes jurídicos propios o ajenos contra una agresión humana ilegítima, actual e inminente, que requiera una necesidad razonable de defensa para repelerla o impedirarla.

La legítima defensa, en el secuestro observa las pautas que son validas para todos los delitos por lo que solo se consideran algunos supuestos y algunas subsecuentes afirmaciones en torno a ellos.

A. En los casos de los adolescentes es mas probable la legítima defensa putativa que en los adultos

Para la actualización de la legítima defensa no importa la edad del responsable, pero si para valorar su procedencia ya que tratándose de un adulto, la exigencia “ordinaria” para que se sustrajera del error y conociera que no estaba “siendo atacado” es distinta que la que se le puede exigir a un adolescente.

Por esa razón, un mismo supuesto de hecho puede no considerarse una legítima defensa putativa en adultos, pero si en un adolescente.

Ejemplo de un secuestro cometido en legítima defensa putativa por un adolescente: Juan, quien tiene doce años, escucha una conversación que

malentendiendo suponiendo que van a despedir del trabajo a su padre y, por tal razón, estaría próximo al suicidio. Entonces Juan secuestra al jefe de su padre y le exige, a cambio de su libertad, que no corra a su padre.

B. Es posible la legítima defensa putativa en los casos de error del activo

Un ejemplo: Eva, estando sola en su casa, escucha ruidos en la sala por lo que escapa por una ventana y encierra a un operario de teléfonos, que entro a la casa con el afán de arreglar descomposturas en la línea telefónica y aprovechando que la puerta estaba abierta. Luego, Eva le exige el rehén que le diga y compruebe quien es como condición para dejarlo salir.

C. Es viable la legítima defensa putativa, cuando existe un desconocimiento de la ley por parte del activo

En el delito de secuestro es factible la legítima defensa putativa en los casos en que el activo cree que debe detener a una persona creyendo que lo ampara la ley y luego exige una condición para la liberación.³⁴⁵

Como en el caso, ya comentado de un sujeto que erróneamente cree que puede detener a una persona para investigarla por la posible comisión de un delito y le exige, para liberarla, el pago de mil euros incorrectamente suponiendo que puede pedirle el pago de una fianza.

³⁴⁵ Vid. Mirat Hernández, P.: Detenciones ilegales..., p. 238.

D. En muchas ocasiones si el rehén de secuestro encierra a sus secuestradores, actúa en legítima defensa

Por ejemplo: Luis es secuestrado por Pedro quien le exige el pago de un millón de euros para dejarlo ir. Más, en un descuido, Luis escapa y deja encerrado a Pedro en el mismo lugar en el que previamente estaba recluso.

E. Mientras perdura la privación de libertad es posible actuar en defensa legítima, ya que, en dichos momentos, perdura el ataque al bien jurídico protegido

En el tiempo que dura la privación de libertad, el rehén, los extorsionados o terceros pueden actuar en legítima defensa atacando, incluso, dependiendo del caso, matar a los secuestradores.

Por ejemplo: Pablo tiene secuestrada a Eva y extorsionado a Roberto quien se comprometió a pagar un millón de euros. Posteriormente, por las llamadas telefónicas que Pablo entabló con Roberto, este último supuso y encontró donde estaba enclaustrada Eva a quien fue a rescatar. Pero fue descubierto por Pablo con quien entabló una pelea resultando muerto el secuestrador con un tiro en la cabeza que le atinó Roberto.

2. El estado de necesidad

Legalmente el estado de necesidad previsto en el artículo 20.5 del CP ocupa los casos en que para evitar un mal propio o ajeno se lesiona un

bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; como que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto y que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

En este tema se destacan los supuestos en que:

A. Se priva de la libertad exigiendo como “condición” para la liberación “algo” que afecta un bien jurídico de igual o inferior calidad que la libertad ambulatoria

Dichos casos, pueden llegar a justificar la conducta de privación de libertad si la razón de la privación de libertad y la condición exigida son para un fin razonablemente conveniente, lo que dependerá de la específica situación del caso concreto.

Por ejemplo: Quien no tiene recursos para comer o para pagarse a él o un familiar cercano un medicamento que imperiosamente necesita por lo que priva de la libertad a una persona con el sólo fin de que se le de como pago comida o la necesaria medicina.

Esta hipótesis subsisten las reglas generales del estado de necesidad pero el ejemplo se apunta a fin de precisar que se trata de un caso de estado de necesidad clásico y no de atipicidad.³⁴⁶

³⁴⁶

Este ejemplo en algunas ocasiones es citado como causa de atipicidad, lo que no compartimos ya que se trata de un caso de estado de necesidad. Entre los que lo citan como ejemplo de causa de atipicidad se encuentran: Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 191. Ferrero Hidalgo, F. y otra: Delitos contra la..., p. 258.

B. El internamiento de persona mentalmente afectada, actuando sin el consentimiento o incluso contra la voluntad del “rehén”

El internamiento de una persona en un centro especializado para tratamiento de enfermos mentales se encuentra disciplinado por el artículo 211 del código civil³⁴⁷ que en lo conducente señala:

“El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que en razones de urgencia hiciera necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta antes al juez y, en todo caso, dentro de un plazo de 24 horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

El juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por el designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del ministerio fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269.4 el juez de oficio recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente, y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y

³⁴⁷ Reformado el 15 de enero de 1996 en el que sustancialmente se exige un control judicial del internamiento a los centros psiquiátricos.

acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento”

Este precepto marca el camino de las detenciones legales y su incumplimiento de las ilegales.³⁴⁸

Ejemplo: La esposa que quiere internar a su marido, que padece una grave adicción al alcohol, cuando éste se encuentra sin capacidad de raciocinio, en centro de rehabilitación, que tiene como fin durar hasta que el alcohólico tome conciencia de su mal.

No es desconocido el criterio que sostiene que el referido artículo 211 del CC solo considera los casos en internamiento voluntario en centro de atención psiquiátrico.³⁴⁹

Pero no se comparte esta opinión, porque la ley no limita solo a los casos de que el internamiento sea “voluntario” de donde se sigue puede afirmar, con ley en mano, que se ocupa de los casos de autoencierro voluntario y encierro contra la voluntad del internado.

Mas aun, no habría problema si la persona decide autointernarse ya que habría “consentimiento” y para un fin curativo.

Como es difícil pensar que el telos de la ley fue limitarse a casos de “autoencierro voluntario” en donde no hay problema considerando que la libertad ambulatoria es un bien jurídico inicialmente disponible.

Además, es presumible que la ley fue planeada para resolver casos en que una persona está afectada mentalmente, por lo que su consentimiento no es libre y por ende el internamiento muchas veces será en ausencia o contra la voluntad del recluso.

³⁴⁸ Vid. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 189. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1977. Queralt Jiménez, J. J.: Derecho penal español..., p. 167. Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p. 177.

³⁴⁹ En este sentido Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1977.

En este mismo tema destacan dos interrogantes: ¿Si con el argumento de que se trata de un caso de urgencia se interna a una persona y con posterioridad se demostrare que no existía tal urgencia ni era necesaria la medida?

La respuesta está en la propia legislación civil antes transcrita donde se establece un internamiento a un hospital psiquiátrico sin aprobación a priori de un juez como un caso de extraordinaria excepción que será determinado por la urgencia y por la necesidad de la medida.

Luego si se trata de un caso de excepción y por la estatura del derecho a la libertad ambulatoria se deben cumplir con los requisitos antes señalados pues en caso contrario se actualiza una detención antijurídica y no justificada.³⁵⁰

Un segundo cuestionamiento es: ¿Si los familiares del enfermo mental no deciden internarlo en un centro de atención especializada lo privan de la libertad sin dejarlo salir en su casa y condicionan su posible salida a que se sane mentalmente?

Este asunto, no tiene una respuesta única ya que dependerá de más particularidades del caso concreto y puede llegar a ser:

a) Un estado de necesidad, si era racionalmente indispensable enclaustrar al enfermo y en ese momento no se pudo acudir ante la autoridad para que ordenara el internamiento.

b) Una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta si racionalmente, no se tuvo opción para actuar de otra forma y se pretendió proteger al enfermo.

C. El internamiento por situación de enfermedad, adicción o bien para la protección de una persona afectada, actuando sin el consentimiento o incluso contra la voluntad del “rehén”

Para estos supuestos no existe una expresa facultad legal que señale que hacer en dicho caso.

³⁵⁰ Vid. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1977.

Ejemplos de estos supuestos son:

Un caso en que el rehén este en una situación de peligro: Una niña de ocho años golpeada que es prostituida por su padrastro, es privada de su libertad por un vecino que conoce la situación, integrándola a su núcleo familiar y brindándole atención médica y psiquiátrica, para después exigirle a la madre como condición para “regresarle” a su hija que tiene que dejar a su pareja y darle un buen trato a la menor.

Un caso en el que el rehén se encuentre enfermo: Una persona por convicciones religiosas no se hospitaliza a pesar de que está en riesgo su salud y un vecino que descubre el hecho la priva de su libertad y la lleva contra su voluntad a un hospital condicionándole su liberación hasta que se alivie.

Estos ejemplos no son de un “estado de necesidad” ya que aunque ponen de manifiesto una “especial situación de urgencia” que explica el actuar de los “secuestradores” no se justifica porque no eran una emergencia.

Sin embargo, a pesar de que creemos que no se presenta una causa de justificación, si podría sostenerse una causa de inculpabilidad.

Así en los casos de emergencia es válida la reclusión inmediata, pero siempre que sea dentro del plazo legal y con la autorización se consiga *ex post*.³⁵¹

³⁵¹ Vid. Calderón Cerezo A. y otro.: Derecho penal..., p. 657. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 183.

En el fondo, para que proceda un estado de necesidad se debe atender a una situación de riesgo que amerite una pronta e inmediata respuesta.

D. El caso de aislamiento de personas que sufren enfermedades contagiosas

En el supuesto en cita³⁵² atendiendo a las particularidades del caso concreto, como se sustentó en el punto precedente puede privarse de la libertad a una persona amparado en la urgencia de su aislamiento para evitar una epidemia.

A lo que no se hace mayores consideraciones pues implica casos de justificación del delito de detenciones, puede ser de particulares o de autoridades, pero ordinariamente no se trata de un secuestro.

3. El cumplimiento de un deber

El cumplimiento de un deber disciplinado en el artículo 20.7 del CP trata de los casos en que el activo actúa a consecuencia de que tiene el deber de hacerlo.

Dicha eximente, en el delito de secuestro por cumplir con el deber, como regla general en ningún caso opera, empero hay un caso extraordinario tratándose de los militares quienes están ceñidos a una férrea disciplina de obediencia por lo que poco más o menos tienen que cumplir cualquier orden (sin debatir lo correcto o incorrecto de esta postura).

Por dicha disciplina: el militar subalterno que llegare a cometer un secuestro actúa cumpliendo un deber y solo puede responder del delito, quien lo ordenó, en autoría mediata.

³⁵² Vid. Serrano Gómez, A. y otro: Derecho penal..., p. 161.

4. El ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

Para el tema en análisis debe considerarse que se justifica el secuestro, entre otros casos:

A. Cuando el activo puede disponer de la libertad pero no tiene derecho para exigir la condición

Como en los supuestos en que se comparte el ejercicio de la patria potestad de un menor o incapaz y uno de los derechohabientes, sin o contra el consentimiento de otro decide la libertad ambulatoria exigiendo el cumplimiento de una condición para liberar al rehén.

Por ejemplo: Ana, madre de Juan, esconde a su hijo Mario, exigiéndole a Pablo que firme el acta de divorcio con una conveniente ración económica a su favor a cambio de que vuelva a ver a su prole.

Hipótesis que excluiría el secuestro ya que no hay una privación de libertad punible, porque el activo tiene facultades para disponer sobre la libertad ambulatoria de la víctima aunque la conducta pueda actualizar otro delito.

De este modo se funda un axioma que dice: no comete secuestro quien tiene facultades legales para ejercer o coejercer la libertad ambulatoria del rehén.

B. En el caso en que el activo tenga un derecho legítimo a lo que exige en la condición

En este punto se abordan los casos en que el agente del delito tiene un legítimo derecho al monto del rescate, pero no puede disponer de la libertad ambulatoria del rehén.

Por ejemplo: Luis priva de la libertad a Pablo, exigiéndole para liberarlo que le regrese su dinero que le dio a guardar pero después se negó a devolver.

En este caso, con todo que el activo tenga derecho legítimo al monto del rescate y el rehén se haya beneficiado de un “provecho indebido”, no tiene el secuestrador derecho a cometer el delito.

C. Caso del derecho a la corrección

El *ius corrigendi* se encuentra previsto en el artículo 154 del CC. Si bien se habla genéricamente de un derecho de corrección como una auténtica facultad subjetiva, no compartimos que tenga esa naturaleza pues no puede existir un derecho que legitime un sometimiento.

En efecto la ley en ningún caso faculta para someter a una persona, sino que obliga que se bien eduque y entonces se corrijan los desvíos.

Pero no es lo mismo una obligación de corrección en lo que sea necesario, dentro de la racionalidad, imponiendo medidas disciplinarias exclusivas e idóneas para controlar el desvío disciplinario, a que realmente exista una facultad subjetiva de sometimiento.

Entonces el derecho a educar faculta para llevarlo a cabo el que se pueda “reprimir y privar de la libertad” dentro de parámetros de ponderación que deben ser valorados según el caso concreto pues no existen criterios mecanicistas. Dichos parámetros son:³⁵³

³⁵³ Vid. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 190.

a) El activo debe estar legitimado por la ley caso del padre o el maestro.

b) La corrección disciplinaria debe estar en función directa e inmediata con la educación del menor.

En este tema destaca la edad del corregido. Pues si el corregido es niño existe mayor posibilidad de que se decida su libertad ambulatoria. Pero si es ya un adolescente próximo los dieciocho años entonces existe menos posibilidad de que otro decida su libertad ambulatoria.

c) Solo son aceptables correcciones disciplinarias, en el caso restricciones a la libertad razonables y moderadas.³⁵⁴

Las palabras “razonable” y “moderado” son de imposible medición con criterios objetivos, pero si son imágenes auditivas que mandan la idea de ponderación en aras de bien educar a un menor.

Por lo que el derecho de corrección deberá valorarse según el caso concreto con las limitantes de que nunca podrá ser trasgresor de otras garantías básicas, ni de lo exactamente indispensable para educar, ni nunca deberá ser peor el castigo que lo que se pretende obtener.

En fin, el secuestro puede justificarse en los supuestos en que el activo racionalmente limita la facultad ambulatoria en aras de la educación de su hijo o su pupilo.

Piénsese en el caso del padre que encierra a su hijo, en las proximidades de un examen, exigiéndole que estudie, condicionándole la salida de su casa hasta que se aprenda la lección.

Al tema sobre la obligación de educar y su colateral derecho a corregir la jurisprudencia ha decretado lo siguiente, que palabras más o palabras menos es reiteración de lo antes anotado.

³⁵⁴ Vid. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 183. Orts Berenguer y otro: Compendio de derecho..., p. 438. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1977. Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p. 177.

“(…) El ejercicio legítimo de un derecho requiere inexcusablemente entre otros particulares, la preexistencia de ese derecho (…) De otro lado, parece elemental para la vivencia jurídica de tal eximente: a) que la conducta enjuiciada sea la necesaria para cumplir de ese derecho; b) que no existan abusos o extralimitaciones en su ejercicio; y c) que también concorra una adecuada proporcionalidad entre el derecho ejercido y el resultado lesivo originado en el bien jurídico protegido (…)”.³⁵⁵

Finalmente sobre este tema también debe precisarse que la simple obstaculización verbal de libertad ambulatoria por ejemplo el padre que le diga a la hija: ¡no sales de la casa con el novio! no es una causa de justificación sino una causa de atipicidad por la idoneidad del medio usado.³⁵⁶

D. Caso en que el activo tiene derecho legal de detención

El artículo 490 de LECrim faculta a los particulares “el arresto civil” detener a delincuente en limitados casos:³⁵⁷

En fragante delito, cuando se sorprende al delincuente en el acto de cometer un delito.

En cuasiflagrante delito, cuando se descubre al delincuente momentos antes perpetrar el delito.

³⁵⁵ STS de 3 de octubre 1996 (RJ 1996. 7046) y relacionado con el tema de que la detención para que sea típica STS de 12 de junio de 2001.

³⁵⁶ Cfr. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 190.

³⁵⁷ Vid. Calderón Cerezo A. y otro.: Derecho penal..., p. 657.

Al que se fuga del centro en que cumple su condena.

Al que se fuga del centro en que espera su traslado en el lugar en que ha de cumplir su condena.

Al que se fuga estando detenido o preso por causa pendiente.

Al procesado o condenado en rebeldía.

En los anteriores supuestos hay facultad para detener a una persona, por lo que son hipótesis que validan una privación de libertad y excluyen el delito de detenciones.

Pero en ninguno de los mencionados supuestos normativos justifican el secuestro ya que la ley, en ningún caso, faculta para exigir el cumplimiento de una condición a cambio de la liberación. Se puede detener y poner en inmediata disposición de la autoridad al prisionero, pero no retener ni condicionar la liberación del prisionero.

Así la retención y el exigir el cumplimiento de una obligación por la liberación del rehén son conductas no indispensables pero si antijurídicas por ser arbitrarias e injustificadas.³⁵⁸

³⁵⁸ Vid Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 190.

III. EL ERROR SOBRE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN (EXIMENTES PUTATIVAS) EN EL SECUESTRO

El error en las causas de justificación o causas de justificación putativas se presenta cuando el activo supone que actúa apegado a derecho, pero el resultado es ilegal o cuando supone que su actuar es contrario a derecho pero en realidad se condujo apegado a la legalidad.³⁵⁹

Así pues, en el hilo argumental planteado a lo largo del presente trabajo en el tema del error este es de difícil aparición en la praxis aunque en el plano teórico puede acontecer un caso como el siguiente:

Mario, convencido de que la ley lo autoriza, secuestra a Hernán, novio de su hija exigiéndole, a cambio de su liberación, que le informe donde se encuentra. Pero la joven huyó de su casa con otro sujeto y no con su novio.

Para que la eximente putativa sea procedente debe existir una “creencia racional” que precise que está actuando bajo el amparo de una causa de justificación. Por lo que, en contrario si no se demuestra esa “creencia racional” no procede la eximente putativa.

Sobre la “creencia racional” entre otras existen dos posturas. Una que indica que basta dicho juicio, sin más para tener por acreditada la eximente. Otra que precisa que además del juicio se necesita una situación objetiva.³⁶⁰

Resultando ocioso adentrarse a la polémica planteada ya que cuando se precisa la existencia de una “creencia racional” necesariamente debe analizarse el contexto y no puede afirmarse esta si no hay una situación objetiva, que haya determinado el actuar subjetivo del activo. Así que

³⁵⁹ Vid. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1978.

³⁶⁰ Vid. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1977.

“creencia racional” siempre implica una situación objetiva, de cada caso en concreto.

IV. EN RESUMEN: LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DE SECUESTRO

La simbiosis entre tipicidad y antijuricidad del delito de secuestro acontece de acuerdo a la regla general. De ahí que la tipicidad es un indicio, pero no constancia plena, de antijuricidad.

Las causas de justificación concretas en secuestro son: la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

La legítima defensa en el secuestro se observan los mismos cánones que todos los delitos, por lo que solo se abordan algunas afirmaciones que atañen al delito de secuestro, tales como que: los adolescentes pueden incurrir más que los adultos en casos de legítima defensa putativa. Como que es posible la legítima defensa si el rehén de secuestro encierra a sus secuestradores. Y la posibilidad de actualización de legítima defensa dura y perdura mientras existe la privación de libertad.

El estado de necesidad se destacan algunos supuestos que descartan la antijuricidad como: si se priva de la libertad exigiendo como "condición" para la liberación "algo" de igual o inferior calidad que la libertad ambulatoria; o en los supuestos de urgente internamiento de personas mentalmente afectadas, enfermas, adictas o que requieran protección.

El cumplimiento de un deber, como regla general en ningún caso opera, salvo la extraordinaria excepción del subalterno que llegare a cometer un secuestro actuando en cumpliendo de un deber y solo puede responder por el delito, quien lo ordenó, en autoría mediata.

El ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo se justifica el secuestro, entre otros casos: cuando el activo puede disponer de la libertad pero no tiene derecho para exigir la condición (pudiéndose actualizar otro delito); como en los casos del ponderado derecho a la corrección y en los supuestos en que el activo tiene derecho legal de detención.

Por otro lado, el error en las causas de justificación (eximentes putativas) es de difícil aparición en el secuestro aunque en el plano teórico

puede acontecer cuando el activo tiene una "creencia racional" de que actúa apegado a derecho, pero el secuestro es ilegal o cuando supone que su actuar es contrario a derecho pero en realidad se condujo acoplado a la legalidad.

CAPÍTULO SEXTO

GRADOS DE EJECUCIÓN DEL DELITO

I. LOS GRADOS DE EJECUCIÓN DEL DELITO

Interesan e involucran al derecho penal desde las conductas que intentan un delito hasta las que concluyen el mismo. Lo que aplicado al caso del delito de secuestro significa que jurídicamente son trascendentes desde los actos que exteriorizan la idea de secuestrar hasta los que implican la liberación del rehén.

Ante el cuadro planteado, con la pretensión de abarcar todas las etapas de la ejecución del delito de secuestro se recurre, como hilo mentor del análisis, a la institución jurídica del *iter criminis*.

Examinar el *iter criminis* es analizar las fases de delito desde surge en una persona la idea criminal hasta que concluye su propósito.³⁶¹ Dentro de dicho camino del delito hay dos grandes partes, una interna y otra externa como un especial segmento donde se unen ambos.

En la etapa interna se ubican: La planeación, deliberación de cometer un delito y concluye cuando se expresa la voluntad de cometer el injusto caso de la llamada “resolución manifestada”.

Dicha “resolución manifestada” es la porción que conecta la fase interna con la externa ya que en ella se exterioriza, por primera ocasión, la idea de cometer el delito.

Finalmente, en la fase externa, comienza con los actos preparatorios, sigue con los actos ejecutivos y concluye con los actos de agotamiento del delito.³⁶²

³⁶¹ Vid. Moreno-Torres Herrera, M.R. y otros autores: Derecho Penal..., p. 698.

³⁶² Vid. Moreno-Torres Herrera, M.R. y otros autores: Derecho penal..., pp. 698 y ss. Quintero Olivares, G.: Parte General..., pp. 577 y ss.

II. EL *ITER CRIMINIS* DEL SECUESTRO

En la primera parte del presente trabajo se dieron notas del *modus operandi* de los secuestradores, lo que sirve para ilustrar las distintas fases del *iter criminis*, para lo que se recurre al siguiente gráfico.

Fases del <i>iter criminis</i> .	Actos del <i>iter criminis</i> .	<i>Modus operandi</i> de los secuestradores.
Interna impune.	Planeación y deliberación	Preparación del secuestro
Intermedia.	“Resolución manifestada”	La manifestación de que se va a cometer un secuestro.
Externa	Preparatorios.	1.- Selección de la víctima. 2.- El acecho del futuro prisionero.
	Tentativa	Inicio de la aprehensión del rehén.
	Ejecutivos	Privación de la libertad mediante el encierro o la detención.
	Agotamiento	El cumplimiento de la condición exigida a cambio de la liberación del rehén.

III. PARTICULARIDADES DE LAS DISTINTAS FASES DEL *ITER CRIMINIS* EN EL SECUESTRO

1. La fase interna del delito

Este segmento comprende los actos de planificación del secuestro que no se exteriorizan solo se piensan. Pero, no son punibles en cumplimiento del principio "*cogitationis nemo patitur*" (El pensamiento puro y simple no puede ser castigado).

2. La fase intermedia del delito

En la zona intermedia existen actos en el secuestro tales como decir que se va cometer el delito, la selección de la víctima y el acecho del futuro prisionero.³⁶³

Dichos actos pueden ser castigables³⁶⁴ si y solo si envuelven algunos de los supuestos que precisa el artículo 168 del CP que establece: "La provocación, la conspiración y la proposición para cometer delitos previstos en este capítulo se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito que se trate".

Previo al análisis de las concretas figuras penales antes precisadas, debe ocuparse este espacio a fin de proponer *lege ferenda* la derogación de las mismas excepto en tratándose de terrorismo, por implicar una excepción al principio "*cogitationis nemo patitur*" propios de regímenes poco garantistas.³⁶⁵

³⁶³ Vid. Sanz Delgado, E.: Detención ilegal..., p. 66. Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español..., p. 166. Orts Berenguer y otro: Compendio de derecho..., pp. 441 y ss. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 2016.

³⁶⁴ Vid. Mirat Hernández, P.: Detenciones ilegales..., p. 208. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 184. Sanz Delgado, E.: Detención ilegal..., p. 66. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 2016. Serrano Gómez, A. y otro: Derecho penal..., p. 172.

³⁶⁵ Vid. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 2017.

A. La conspiración

La conspiración³⁶⁶ prevista en el artículo 17 CP se actualiza cuando al menos dos personas conciertan la ejecución y la resolución de un delito, tratándose entonces de una hipótesis de coautoría anticipada.

Los requisitos para que se actualice la conspiración son:

a) El firme acuerdo entre los activos de cometer un específico delito

Para afirmar que existe un común acuerdo, en el concreto caso del delito de secuestro, debe existir un común compromiso, un *pactum celeris* de la privación de la libertad de una persona y la exigencia de la condición.

Al respecto algunas jurisprudencias sobre el tema han señalado:

“(...) Porque la conspiración ofrece unos rasgos diferenciadores de la tentativa. La conspiración, en efecto, requiere concierto previo y resolución para ejecutar el delito en función de una pluralidad de delitos, un pactum o societas scaeleris y una firme resolución. Hay en la conspiración una resolución de delinquir sin iniciación alguna de actos de ejecución (...) Es cierto que el tribunal equivoca las zonas fronterizas entre la conspiración y la tentativa, porque aquélla no requería el comienzo de la ejecución, aunque sí una resolución firme de realizarse el delito que se trate, como ya se indicó. Las expresiones de la sentencia son, en este

³⁶⁶ Gramaticalmente conspirar (del lat. conspirare). Intr. Dicho de varias personas: Unirse contra su superior o soberano.||2. Dicho de varias personas: Unirse contra un particular para hacerle daño.||3. Dicho de dos o más cosas: Concurrir a un mismo fin.||4. tr. Ant. Convocar, llamar alguien en su favor. Conspirar. Real academia de la lengua. En diccionario de..., p. 632.

sentido equívocas: no pueden considerarse realizados los actos en comienzo de la ejecución, como exteriorizadores de la voluntad mientras en el antecedente de hecho se habla de plantear(...).”³⁶⁷

“(...) La atribución en régimen de coautoría de una detención ilegal intentada presupone y comprende, obviamente, la conspiración para cometer ese mismo delito; en la medida en que, para penar por cualquiera de ambos supuestos – salvo que hubiera mediado un acuerdo súbito, que no es el caso -, tendría que haberse acreditado la previa adopción de una decisión compartida y firme (...). En efecto, confirmada la existencia del acuerdo de privar de libertad a una persona, adoptado por varios sujetos, éstos se hallarían ya, por eso sólo, en el ámbito de la conspiración, que requiere la formación de una voluntad colegiada reflexivamente dirigida a la lesión de un bien jurídico (...).”³⁶⁸

Aunque no es necesario que en el acuerdo de cometer un secuestro se precise el nombre del rehén y de los extorsionados, bastando solo la común intención de cometer el delito.

b) La conducta debe ser dolosa.

El presente requisito se traduce en la necesidad de justificar el doble dolo que existe en el tipo: La conciencia y voluntad de privar de la libertad,

³⁶⁷ STS de 30 enero de 1990.

³⁶⁸ STS de 17 de julio de 2001.

así como la conciencia y voluntad de conseguir el fin buscado en la condición exigida.

c) Solo pueden ser responsables de conspiración quienes puedan ser autores y no los partícipes del delito proyectado.

De tal suerte solo cometen conspiración quienes hayan intervenido activamente en la planificación del secuestro y no quienes, aunque estando presentes en el acto, no decidieron la realización del proyecto criminal; ni quienes solo participaron en una porción de la idea criminal.

Ejemplo de conspiración para cometer un delito:
Ana planea secuestrar a Pablo, para lo cual le comunica su idea a Eva quien acepta y planifican como llevar a cabo el delito.

B. La proposición

La proposición,³⁶⁹ de conformidad con el artículo 17 del CP se construye cuando quien ha resuelto cometer el delito invita a otro a ejecutarlo. Cuyas características son:

a) La existencia del activo dispuesto a cometer un secuestro, más no ejecutarlo personalmente.

b) La pretensión del activo de convencer a otros para realizar el secuestro.

³⁶⁹ Gramaticalmente proponer.- (del latín proponere).tr. Manifiestar con razones algo para conocimiento de alguien, o para inducirle a adoptarlo.||2. Determinar o hacer propósito de ejecutar o no algo U. m. c. prnl.||3.- Hacer una propuesta.||4. Recomendar o presentar a alguien para desempeñar un empleo, cargo, etc.||5. En las escuelas, presentar los argumentos en pro y en contra de una cuestión.||6. En el juego del ecarté, invitar a tomar nuevas cartas.||7. Mat. Hacer una proposición. Proponer un problema. Morf. Conjug. c. poner; part. irreg. propuesto. Proponer. Real academia de la lengua. En diccionario de..., p. 1846.

c) No importa si el activo convenció o no a otro u otros, de cometer el secuestro, así que la inducción frustrada también actualiza la hipótesis en comentario.

Ejemplo de la proposición de un secuestro, en el mismo caso que el expuesto para la conspiración: Eva habiendo planificado secuestrar a Pablo, le dice su idea a Ana a quien trata de convencer de que intervenga en el delito.

C. La provocación

La provocación,³⁷⁰ al tenor del artículo 181 del CP se exterioriza cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o medio semejante que facilite la publicidad ante la concurrencia de personas para cometer, en el caso, un secuestro.

Las características de la provocación son:

- a) Va dirigida a una masa indeterminada.
- b) Puede actualizarse cuando el delito de secuestro ya este consumado.
- c) No es necesario la eficacia de la provocación para cometer el secuestro.³⁷¹

³⁷⁰ Gramaticalmente provocar significa.- (del lat. Provocativus). Tr. Incitar, inducir a alguien a que ejecute algo.||2. Irritar o estimular a alguien con palabras u obras para que se enoje.||3. Intentar excitar el deseo sexual en alguien U.t. intr.||4. Mover o incitar. Provocar a risa, a lástima.||5. Hacer que una cosa produzca otra como reacción o respuesta a ella. La caída de la bolsa provocó cierto nerviosismo. ||6. coloq. Vomitar lo contenido en el estómago. U. m. c. intr.||7. Coloq. Col., El Salv. Y Ven. Incitar el apetito, apetecer, gustar.||8. p.us. Facilitar, ayudar. Provocar. Real academia de la lengua. En diccionario de..., p. 1852.

³⁷¹ "(...) Dicha eficacia debe valorarse ex ante, lo que es tanto como afirmar que ha de tratarse de medios de posible eficacia, y no necesariamente eficaces en el caso concreto." Moreno-Torres Herrera, M.R. y otros autores: Derecho Penal..., p. 703.

Un ejemplo de provocación de un secuestro: Un grupo de protesta que mantiene encerrado a funcionarios públicos exigiendo como condición, a cambio de su liberación, la exoneración de pago de impuestos. Convocando a la sociedad a que se unan a su causa.

D. Los actos de secuestro que pueden implicar provocación, conspiración y proposición

Previo a los actos de tentativa se ubican como probables en un secuestro el decir que se va cometer el delito, la selección de la víctima y el acecho del futuro prisionero.

Todos ellos, acorde a las particularidades antes anotadas pueden ser típicos en las figuras antes estudiadas, aunque merece atención especial el caso del informador de los movimientos de la posible víctima

En el concreto caso de una persona que su actuar se limita al acecho de la víctima, analizando la viabilidad de ser secuestrada; por regla general es un acto impune, ya que no implica una conspiración, provocación o proposición, en los términos antes analizados, además de que son actos previos a la fase ejecutiva del *iter criminis*.³⁷²

3. La fase externa

Los actos que ocupa la parte objetiva del *iter criminis* son punibles y más aun en el caso del delito de secuestro importan los actos de agotamiento del delito para el caso de la figura atenuada de dicho injusto

³⁷² Vid. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1979.

A. Acto de tentativa

En el secuestro pueden ser actos de tentativa los de inicio de la privación de libertad del rehén.³⁷³

La tentativa de conformidad con el artículo 16 del CP se presenta: “Cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o en parte de los actos que objetivamente debería producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas independientes a la voluntad del autor.”

Es evidente la posibilidad de tentativa del delito de secuestro a pesar de que existen quienes niegan su existencia basándose en que el delito es de mera actividad y no de resultado material, lo que ya se descartó en el primer capítulo de esta segunda parte.

La no admisión del secuestro en grado de tentativa es inadmisibles, primero porqué es falaz que todos los delitos de mera actividad, aunque el secuestro no lo es, no admitan tentativa con el resguardo de que el delito se consuma con la realización del o los verbos típicos y entonces no es posible concebir actos preparatorios previos a los verbos típicos porqué el delito no tiene previsto un resultado material.

Pero resulta que un sector de la doctrina científica precisa que en los delitos de mera actividad si es posible las formas imperfectas de ejecución con el amparo del razonamiento de que la tentativa puede empezar previo a la estricta realización de la conducta típica.³⁷⁴

Con independencia de lo anterior el delito de secuestro es de resultado y nada impide lógica ni jurídicamente la comisión en la tentativa.

³⁷³ Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detención..., p. 247.

³⁷⁴ Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detención..., p. 244. Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español..., p. 166.

Concordando con lo expuesto la jurisprudencia española sostiene:

“(...) Esta sala, especialmente en sus más recientes sentencias (...) no ha dudado en aplicar el subtipo agravado de detención ilegal bajo rescate, en grado de frustración o tentativa, en aquellos casos en los que resultaba acreditado el propósito de pedir rescate y no pudo realizarse la privación de la libertad ambulatoria, bien por resistencia de la víctima, bien por venir en su ayuda terceras personas, o por otras causas, como son exponentes las sentencias de 20 de noviembre de 1991, 17 de mayo de 1996 y 23 de abril de 1997, expresándose en la última de las citadas que “el comienzo de ejecución de este tipo penal, por lo tanto se dará cuando el autor haya comenzado la acción típica que, obviamente, consiste en el intento de privar de libertad a su víctima, que en el presente caso no ha sido puesto en duda. En consecuencia se dan todos los elementos necesarios para la configuración del tipo objetivo de la tentativa del delito del art. 481 CP. También se dan los elementos subjetivos. En efecto, los autores han comenzado la ejecución sabiendo que privaban de su libertad a la víctima y lo han hecho con el propósito de exigir un rescate. En la medida en la que el tipo subjetivo del delito se da en forma completa nada obsta a la apreciación de la tentativa, dado que ésta es de apreciar precisamente en los casos en los que se acredita la existencia de todos los elementos del tipo subjetivo, pero no llegar a realizarse todos los del tipo

objetivo". Y el tipo objetivo de este supuesto agravado se presentará completo cuando a la efectiva privación de libertad se sume la petición de rescate, aun en el supuesto de que no se obtenga el rescate o el cumplimiento de la condición exigidos (cfr., entre otras, SSTS de 19-3-1997 y 15-10-1997). En la sentencia de esta sala de 20 de noviembre de 1991, y ante la alegación de los recurrentes, para negar el tipo agravado de rescate, de que no existía retención ni detención ilegal cuando se verifican las llamadas, razona dicha sentencia, para justificar el tipo agravado, que el intento de retener a la víctima no se explicaría adecuadamente sin el complemento de las ulteriores llamadas telefónicas, que dan significado concreto a aquel hecho, que, en otro caso, podría haber sido valorado en forma distinta. En cualquier secuestro de personas, con fines de rescate, la comunicación telefónica – o por cualquier otro medio – es lógico que se produzca con posterioridad a la privación de libertad de la víctima. Y en términos parecidos se declara la sentencia de 24 de octubre de 1998, en la que se dice que "carece también de relevancia que el recurrente haya exigido el rescate varios meses después del día en el que se produjo la desaparición, dado que lo cierto es que lo hizo (...). En ningún caso el delito de detención ilegal requiere que la exigencia del rescate sea inmediata. (...) lo cierto es que esto sólo demuestra que en mayo del año siguiente al secuestro la víctima ya no estaría en poder del acusado (cuando se pidió el rescate). Desde hace

años, un sector doctrinal viene señalado que, cuando se exige rescate para poner en libertad a la persona detenida, el texto legal se refiere a la detención ilegal de persona diversa de aquella a quien se exige el rescate, por lo que el sujeto a quien dirige la petición de rescate no es a la persona detenida sino otra bien distinta, afirmándose que de exigirse el rescate al mismo detenido el hecho constituiría una modalidad del delito de robo. Lo cierto es que en el supuesto que examinamos el propósito de exigir rescate surge desde el mismo momento en el que se decide privar de libertad a la víctima y, una vez materializada la detención, se obtienen la información y datos precisos para una más efectiva petición de rescate, que como antes indicaba la jurisprudencia de esta sala, generalmente coincidirá con un momento posterior, no importando el tiempo transcurrido, siempre que tal petición se produzca. Si eso sucede el tipo objetivo y el tipo subjetivo se habrán completado y el delito estará consumado, con independencia de que se haya conseguido obtener el rescate, ya que ello pertenece al estadio del agotamiento del delito y sin que el tipo exija, al momento de solicitar el rescate, que la víctima se encuentra viva, siempre que los destinatarios de la petición así lo crean y se vean compelidos a atender una petición de rescate para lograr la libertad de una persona en la que confían que está todavía con vida (...).³⁷⁵

³⁷⁵ STS de 5 de marzo de 1999.

a) Diferencia entre la tentativa del delito de secuestro con el de detenciones cometida por particulares.

Un problema en la tentativa de secuestro es su difícil diferenciación con la tentativa de detenciones cometida por particulares, ya que ambos implican actos iniciales de privación de libertad.

La diferencia se encuentra en lo que distingue a ambos delitos, concretamente que el secuestro se integra por dos actos, la privación de libertad y el condicionamiento de la libertad del rehén a cambio del cumplimiento de una condición, mientras la detención solo se forma con el primer acto mencionado.

Por consiguiente el secuestro en grado de tentativa se diferencia del de detenciones en que en el primero debe existir la certeza de que se va a condicionar la libertad.

Lo anterior es mas fácil anotar lo que distinguirlo en la praxis, porqué el problema mas que de teoría del delito es de prueba con la que se llegue a la certeza de que el activo condicionara la liberación del rehén. En caso contrario solo podrá tenerse por demostrado el delito de detenciones.³⁷⁶

b) La tentativa acabada como la inacabada

El concepto legal de tentativa, contenido en el artículo 16 del CP abarca tanto la acabada, aquella en la que el sujeto realiza todos los actos de ejecución que *per se* pueden provocar el resultado, como la inacabada, aquella que el activo solo realiza parte de los actos de ejecución.³⁷⁷

³⁷⁶ *Iudicci tota cis in probatione inest* (Toda la fuerza del proceso está en la prueba). Cfr. Tabolari Oliveros, R.: Variaciones sobre la prueba en el proceso. En XVI Congreso Mexicano de derecho procesal con participación internacional. Tomo III de III. 1999. Instituto Mexicano de Derecho Procesal. Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato. Guanajuato, Guanajuato, México; p. 33.

³⁷⁷ Vid. SSTS 5 de marzo 1999, 22 de febrero de 1988, 30 de enero de 1990 y 16 de febrero de 1988. En el plano de la doctrina Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 188 y 198. Muñoz Conde, F.: Derecho penal.

Empero, tratándose de secuestro es difícil que pueda presentarse casos de tentativa acabada ya que implicaría la realización de actos que priven de la libertad como que condicione la liberación del rehén.

Ordinariamente, como se asentó en la primera parte de este trabajo, el secuestro sigue un orden en razón de que primero se priva de la libertad y luego se extorsiona.

Por lo que si los actos llegan a al condicionamiento de la libertad, ya se pasó por la privación de libertad y entonces el delito ya estará consumado y no en tentativa.

Con todo de que el secuestro usualmente tenga un orden (primero privar y luego extorsionar), no significa que siempre sea así, ya que pueden darse actos simultáneos en que coincidan la privación de libertad y al mismo tiempo se este extorsionado.

Por ejemplo: Una banda planifica secuestrar a Manelic quien va en su coche y al tiempo que uno de los activos lo intercepta con otro vehículo, otro activo habla por teléfono a los familiares de Manelic exigiendo el pago de un rescate por su futura liberación ya que está próximo a ser detenido.

Lo que demuestra que es posible, en el secuestro, la tentativa acabada, solo en los casos en que confluyen simultáneamente los actos de privación de libertad y de extorsión.

Atento a lo precisado son más comunes los casos de tentativa inacabada que ocupa los supuestos en que existe la convicción de que se privará y se extorsionará pero el resultado de la privación de libertad se frustra por causas ajenas a la voluntad del agente del delito.

Parte Especial..., p. 169. Prats Canut, J. M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 217 y ss. Orts Berenguer y otro: Compendio de derecho..., pp. 439 y 442. Sanz Delgado, E.: Detención ilegal..., p. 66. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1979.

Ejemplo: Los secuestradores planifican acechar a Juan, seguirlo, interceptarlo cuando va en su coche, amagarlo con armas de fuego, amarrarlo, meterlo en la cajuela de su propio vehículo y después llevárselo a una bodega ubicada lejos de toda población donde se prevé exigir el pago, como rescate, de un millón de euros a la esposa del secuestrado. Pero los secuestradores nunca le dan alcance dándose una persecución en la que el ofendido llama a la policía quien llega al sitio teatro de los hechos y detiene a los frustrados captores.

En este espacio es conveniente reiterar lo inadecuado del “concepto cronológico” ya tratado y muchas veces usado para diferenciar los delitos de detenciones del de coacciones y a cuya impropia consecuencia ha llegado a considerarse que la “tentativa inacabada” de secuestro implica actos consistentes en que el activo casi prive de libertad a la víctima. Mientras la “tentativa acabada” ocupa actos en que el activo si privó de la libertad al ofendido pero este se escapa de inmediato.³⁷⁸

Una razón más de la inconveniente diferenciación antes indicada es que en el último supuesto es un caso de secuestro consumado ya que, a pesar de la escasa duración de la afectación al bien jurídico, existió una material pérdida de la libertad ambulatoria.

³⁷⁸ En este sentido Sanz Delgado, E.: Detención ilegal..., p. 66. Serrano Gómez, A. y otro: Derecho penal..., p. 161.

c) Tentativa de delito imposible

La tentativa de delito imposible es posible entendiendo por la misma los supuestos en que el agente del delito, equívocamente, considera que existe un rehén en quien actualizar el secuestro o la forma con la que pretende realizar la privación de libertad no es factible, salvo casos de notoria incultura, superstición, creencias antinaturales o similares.

Piénsense en el caso en que:

Eva pretende secuestrar a Juan para exigir el pago de un millón de euros a sus familiares a cambio de su liberación, por lo que, sin saber que está muerto, se lo lleva en el maletero de su coche.

En este punto hay que descartar, como casos de tentativa imposible, el del dormido que es secuestrado y despierta antes de que se de cuenta de que estuvo privado de su libertad.³⁷⁹

No es un supuesto de tentativa imposible pues el objeto del delito, la libertad ambulatoria de rehén, existe y el medio empleado es eficiente para la comisión del delito. De tal suerte es un caso de secuestro consumado al haberse afectado la libertad ambulatoria y el medio comisivo fue eficiente para afectar el bien jurídico.

En efecto, quedó anotado en la primera parte del presente trabajo, al explicar la tesis de la “presunción iuris tantum”, que la potestad ambulatoria del dormido existe solo que no puede manifestar su oposición a ser encerrado o detenido presumiéndose, salvo prueba en contrario, que no quiso y que nadie quiere ser privado de su libertad.

³⁷⁹ En este sentido Muñoz Sánchez, F.: El delito de detención..., p. 247.

B. Distinción entre actos preparatorios y ejecutivos en el secuestro

a) Criterio para la diferenciación

No siempre es fácil de identificar los actos preparatorios de los ejecutivos en cualquier delito, inclúyase en eso al secuestro. Con ese fin, se adopta una “postura ecléctica” privilegiando el análisis de los verbos típicos como del momento en que materialmente se afecta el bien jurídico libertad ambulatoria a la luz de los principios expuestos en la primera parte del presente estudio relativos a la identificación de la afectación a la libertad ambulatoria.

Ello consiste en constatar, para el caso de secuestro, si se inició la material privación del rehén, encerrando o deteniendo (teoría objetiva formal de los actos preparatorios).

A continuación si en el concreto caso no es claro en qué momento inició la privación de libertad se debe revisar si existió una afectación a la libertad ambulatoria (criterio complementario objetivo formal de los actos preparatorios) con una efectiva incultración al rehén (principio de circunscripción).

Para descubrir la existencia de una efectiva privación de libertad se recomienda constatar si la conducta del activo fue previa a encerrar o detener y entonces se trata de actos preparatorios de la tentativa; mientras si ya se está conjugando en el gerundio del verbo, encerrando o deteniendo, son actos ejecutivos del delito consumado.

Si aun así no es posible diferenciar si son actos antes de la privación de libertad se debe acudir a razones como verificar el plan delictivo (teoría subjetiva de los actos preparatorios) como en que momento la intención del

secuestrador se materializó en obra (otra vez un criterio complementario objetivo formal de los actos preparatorios).³⁸⁰

Si a pesar de lo anterior, no se puede diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos, en aplicación del “principio in dubio pro reo” debe considerarse siempre secuestro en grado de tentativa.

b) Algunos casos límite

a) Cuando el rehén forcejea con los secuestradores logrando liberarse y huir

En este caso ya existe un inicio de la privación de libertad, pero aun la libertad ambulatoria no estaba afectada por lo que el delito no puede considerarse consumado, sino en grado de tentativa.³⁸¹

Un ejemplo del caso estudio un tribunal español fue el del secuestrador que pretendió introducir en la cajuela de un coche, donde llevaba cinta adhesiva y una bayeta cortada a la mitad, a un sujeto quien se resistió y con ayuda de un trausente evitó ser enclaustrado.³⁸²

Caso de tentativa porqué inició la privación de libertad, pero aun no se consumó de forma total la afectación a la libertad ambulatoria.

³⁸⁰ Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detención..., p. 244 y siguientes.

³⁸¹ Cfr. Landrove Díaz, G.: Detenciones ilegales y..., p. 73.

³⁸² STS de 17 de mayo de 1996.

b' Cuando el rehén es encerrado pero inmediatamente escapa por un lugar no previsto por los secuestradores

El relatado asunto implica un secuestro consumado en razón de que, aunque por breve tiempo, lo que no es importante para diferenciar la tentativa del delito consumado, existió una afectación a la libertad ambulatoria.³⁸³

c' Cuando el rehén es engañado para ser llevado a un enclaustramiento, pero es liberado o se libera en el camino

En este supuesto no puede asumirse categóricamente que siempre implica una figura en grado de tentativa o en grado consumado, ya que solo es válido como criterio orientador la constatación del momento en que se afectó el bien jurídico en cada caso concreto.

Por ejemplo: Se engaña a un niño que sale de la escuela ya que los secuestradores lo convencen que los mandaron sus padres a recogerlo por lo que el menor voluntariamente sube a una vagoneta, pero en la esquina un policía, avisado por una maestra que malició el hecho, frustra la intención de los activos y logran recuperar al infante descubriendo que los activos tenían programado pedir rescate a los padres del rehén, a cambio de su liberación

Esta hipótesis implica un secuestro porque existió material afectación al bien jurídico. Empero hay otros casos como:

³⁸³ En contrario Landrove Díaz, G.: Detenciones ilegales y...,p. 73. Como Muñoz Sánchez, F.: El delito de detención..., p. 247.

Juan engaña a Pedro asegurándole que una hermosa mujer lo espera en una casa, donde el primero de los mencionados ha programado encerrar a quien destinó que fuera su rehén y por el que pediría un millón de euros a su esposa. Más, en el camino, Pedro descubre las intenciones de Juan y se adelanta devolviéndole el engaño tomando otro rumbo.

Este caso ocupa un supuesto de tentativa, ya que no le logro circunscribir en un espacio determinado la facultad traslaticia de la esperada víctima.³⁸⁴

d' En el caso de que se utilice la violencia como medio comisivo

En muchos secuestros se utilizan violencia la que puede ser antes o después de la privación de libertad.

Con todo, el uso de la violencia *per se* no es un factor determinante para diferenciar la tentativa del delito consumado, sino que ello depende de la fáctica aflicción a la libertad ambulatoria.

Ejemplo: Unos sujetos armados con metralletas llegan a la casa de quien espera sea su rehén pero este se guarece encerrándose en su domicilio donde espera a la policía, pero antes de que lleguen los secuestradores huyen.

Este asunto, a pesar de que la violencia fue consumada y puede ser constitutiva de otro delito, la figura de secuestro solo a grado frustrado pues no se plasmó la privación de libertad buscada por los activos.

³⁸⁴ Vid. Muñoz Sánchez, F.: El delito de detención..., p. 246.

No es válido como replica sostener que existió un enclaustramiento de la víctima causado por los activos cuando el ofendido se guareció en su casa. Ya que a pesar de que existió un auto-encierro, el pasivo no estuvo plenamente dominado por los secuestradores, no llegó a tener el carácter de prisionero.

Entonces la conclusión de este apartado es que la consumación de la violencia, no influye para la determinación de secuestro tentado o consumado.

C. Actos de consumación

Los actos de consumación de secuestro son los que implican la privación de libertad, el enclaustramiento, el exigimiento de la condición y la negociación.

El delito de secuestro se consuma cuando se materializa la afectación de la libertad ambulatoria con la privación de libertad y existe la certeza de que se condicionara la liberación del enclaustrado,³⁸⁵ sin importar que la víctima se libere y/o este solo este un breve instante encerrado o detenido.³⁸⁶

³⁸⁵ En contrario Queralt Jiménez, J.: Derecho penal español..., p. 166.

³⁸⁶ En este sentido coinciden jurisprudencias de países como México donde se ha sostenido el siguiente criterio: "Plagio o secuestro, configuración del delito de (Legislación del estado de Tlaxcala). De conformidad con el artículo 246 del Código Penal del Estado, el bien jurídico protegido en el delito de plagio o secuestro es la libertad de las personas, y la finalidad perseguida en su comisión es la de obtener un rescate o el de causar un daño al plagiado o a otra persona relacionada con éste. Así las cosas, basta que el o los activos lleven al cabo la acción de privación de la libertad con esa finalidad, para que se surta el tipo, aun cuando éstos no hayan cobrado o recibido el numerario solicitado, pues dicha circunstancia es irrelevante, ya que para la configuración plena del delito basta que esté demostrada la intención de obtener un beneficio económico a costa de la detención ilegal." No. Registro: 189,912. Tesis aislada. Materia(s): Penal. Novena época. Instancia: Tribunales colegiados de circuito. Fuente: Semanario judicial de la federación y su gaceta. Tomo: XIII, Abril de 2001. Tesis: VI.1o.P.97 Página: 1104. Primer tribunal colegiado en materia penal del sexto circuito. Amparo directo 102/2000. 30 de noviembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretario: Alfonso Gasca Cossío. En disco compacto ius 2005. Junio 1917 – diciembre 2005. Jurisprudencias y tesis aisladas. Suprema corte de justicia de la nación. Poder judicial de la federación.

Los actos de consumación implican la actualización plena de los ingredientes de la figura penal, en el caso del secuestro.

Este tema ya fue abordado en el pasado de este trabajo, por lo que no se hace otro comentario y se trasladan sus conclusiones a este lugar.

D. Actos de agotamiento

Actos de agotamiento del secuestro pueden ser el cumplimiento de la condición y la esperada pero no siempre exitosa liberación del rehén.³⁸⁷

Estos episodios son los últimos del *iter criminis* que aparecen de forma eventual ya que no en todos los casos se presentan.

Cuando se hacen presentes, pueden tener repercusiones en:

a) La figura atenuada del secuestro, artículo 164 del CP

Si el secuestrador consigue lo que buscó al cometer el delito, los actos de agotamiento del delito se tornan en una causa de exclusión de la atenuante prevista en el arábigo 164 del CP.

En similar sentido la jurisprudencia argentina se ha pronunciado, asegurando: "El secuestro se configura en el momento de producirse el ataque a la libertad personal con el fin de sacar un rescate, de modo que no es necesario para la consumación del delito la efectiva obtención del beneficio patrimonial (Cám. Federal Ap. La Plata, sala II, Mejuto, Cesar G. y otros S/secuestro extorsivo – privación ilegítima de la libertad 30/06, JA, 1996-I-220)." Vid. Weinstein, Federico M.: El delito de secuestro..., p. 70.

³⁸⁷ Vid. STS de 3 de noviembre de 1987. En el plano doctrinal Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 2003.

b) La figura agravada del secuestro prevista en el ordinal 166 del CP

La calificativa prevista en el dispositivo 166 del CP textualmente señala:

“El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este capítulo, salvo que la haya dejado en libertad.”

La precedente redacción legal abarcan también eventos de agotamiento del delito ya que puede suceder que se haya cubierto la condición y se desconozca que el destino del prisionero o que aun no se haya cumplido con la condición pero capturado al secuestrador y se ignore el paradero de la víctima.

En la primera suposición señalada se implican actos de agotamiento del delito pero no para la actualización de la agravante sino para localizar los asuntos que ameritan mayor reproche. Pues no es lo mismo que se haya exigido una condición y que se haya satisfecho pero aun así el secuestrador no de razón del destino del rehén. A que no se haya cumplido la condición y se omite señalar donde esta el secuestrado.

c) En la individualización de sanciones

En el caso del delito de secuestro, como en todo delito, un componente para graduar el castigo es el análisis de la magnitud del perjuicio al bien jurídico tutelado por el dispositivo legal.

El bien jurídico afectado puede perturbarse cuantitativa y cualitativamente.

Cuantitativamente porque se debe atender a la evolución del *iter criminis* en la que, como menos, son los actos de tentativa como delito consumado y como mas los actos de agotamiento.

Cualitativamente ya que se debe tener en cuenta la gravedad de la lesión al bien jurídico.

IV. EL ERROR DE TIPO AL REVÉS

El error de tipo al revés, en la hipótesis del delito de secuestro, consiste en la desacertada suposición del forajido que supone estar cometiendo un delito cuando materialmente no es así.³⁸⁸

Dicho error de tipo al revés puede tener diversas consecuencias que son válidas para todos los delitos y por cuya generalidad como no especificidad para el caso de secuestro no se abordan, solo una que conduce a los supuestos ya tratados de tentativa de delito imposible.

Ese es cuando el activo cree que el futuro rehén está vivo, pero no es así.

Por ejemplo: Rafaela planeó el secuestro de Lupita, pero al momento de ejecutarlo la víctima estaba muerta.

En este supuesto, el activo desconoce que el bien jurídico libertad ambulatoria no existe, pues no existe vida, por lo que se trata de un caso de tentativa inidónea antes analizada, por lo que es innecesario redundar y aquí se concluye el capítulo.

³⁸⁸ Vid. Moreno-Torres Herrera, M.R. y otros autores: Derecho Penal..., p. 518.

V. EN RESUMEN: LOS GRADOS DE EJECUCIÓN DEL DELITO DE SECUESTRO

El *iter criminis* del delito de secuestro tiene las siguientes fases:

La interna impune en donde no se exterioriza, solo se piensa, que futuramente se va a cometer un secuestro.

La intermedia que es punible si se trata de conductas como decir que se va a cometer un secuestro, la selección de la víctima y el acecho del futuro prisionero; incluyen una provocación o conspiración o proposición para cometer un secuestro. Mismos que se propone se deroguen, salvo que impliquen terrorismo.

La externa también punible donde se localizan los eventos de tentativa, los de consumación y los de agotamiento.

Los episodios de tentativa involucran los actos iniciales de privación de libertad del rehén y su diferencia con el de detenciones cometida por particulares es que en el secuestro debe existir la certeza de que se va a condicionar la libertad.

Además el tipo de tentativa de secuestro solo abarca la inacabada y no la acabada pues ella se traduciría en un verdadero delito consumado ya que abarca la realización de actos que priven de la libertad como que condicione la liberación del rehén.

Como es dable la tentativa de delito imposible de secuestro si el agente del delito, equívocamente considera que existe un rehén, en quien actualizar el secuestro o la forma con la que pretende realizar la privación de libertad no es factible, salvo casos de notoria incultura, superstición, creencias antinaturales o similares.

Para diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos del secuestro se sigue una "postura ecléctica" consistente en:

1. Constatar el inicio de la privación del rehén.

2. Si no es claro en que momento inició la privación de libertad se debe revisar si existe una efectiva inculstración al rehén.

Para descubrir la existencia de una efectiva privación de libertad se recomienda constatar si la conducta del activo fue previo a encerrar o detener y entonces se trata de actos preparatorios de la tentativa; mientras si ya se esta conjugando en el gerundio del verbo, encerrando o deteniendo, son actos ejecutivos del delito consumado.

3. Si aun así no es posible diferenciar si se trata de actos previos a la privación de libertad se debe verificar el plan delictivo del secuestrador.

4. Si a pesar de lo anterior, no se puede diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos, en aplicación del “principio in dubio pro reo” debe considerarse siempre secuestro en grado de tentativa.

Por otro lado, los actos de consumación de secuestro son los que implican la privación de libertad, el enclaustramiento, el exigimiento de la condición y la negociación. En el entendido que el secuestro se consuma cuando se materializa la afectación de la libertad ambulatoria con la privación de libertad y la certeza de que se condicionará la liberación del enclaustrado.

Mientras los actos de agotamiento del secuestro, aparecen de forma eventual y pueden ser el cumplimiento de la condición y la ocasional liberación del rehén.

Dichos actos de agotamiento tienen repercusiones en la figuras atenuada y agravada relativa al desconocimiento del paradero del rehén en el secuestro, como en la individualización de sanciones.

Por ultimo es menester anotar que puede presentarse el error de tipo al revés que conduce a un supuesto de tentativa inidónea en el caso de que el activo cree que el futuro rehén esta vivo, pero no es así.

CAPÍTULO SÉPTIMO

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL SECUESTRO

I. LOS INTERVINIENTES EN LOS SECUESTROS.

El código penal español establece un sistema binario de autoría y participación, diferenciando claramente entre quienes son autores, que se recogen en el art. 28.1 CP y los demás partícipes en el hecho, que son los inductores y cooperadores necesarios, considerados como autores a efectos de ser castigados con su misma pena, art. 28.2 CP, así como los cómplices, castigados con la pena inferior en grado, art. 29 CP.³⁸⁹

Con este sistema diferenciador la cuestión más importante que se presenta es, lógicamente, la de establecer los criterios de distinción entre los autores y partícipes. Cuestión que ha sido muy debatida en la doctrina a lo largo del tiempo y en la que no se puede entrar ahora.

Tan solo señalar que en este trabajo, tal delimitación se llevará a cabo aplicando la “teoría del dominio del hecho”, que acorde a la calidad de sus aportaciones es la dominante en la actualidad.³⁹⁰

La “teoría del dominio del hecho” entre otras cosas da realce a las específicas contribuciones de los activos en el delito; tratándose de secuestro, como se asentó en precedente, pueden clasificarse de forma similar al ajedrez, en: “el rey”, “los caballos”, “los peones” y “la torre”.

Cuando el secuestro es cometido solo por una persona, no hay problema ni opción para escoger su grado de participación ya que es autor y punto.

³⁸⁹ Vid. al respecto, Pérez Alonso, E.J: La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal. Comares. Granada. 1998; del mismo autor, en: Derecho penal. Parte general..., pp. 702 y ss.; del mismo autor: “Täterschaft und Teilnahme im Spanischen Strafgesetzbuch von 1995 und in der neuesten Strafrechtsreform”. ZStW. N° 117. 2005; pp. 431 y ss.

³⁹⁰ Vid. Roxin, C.: Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Marcial Pons. Madrid – Barcelona. 2000; pp. 181 y ss.

Mas en los casos de que el secuestro sea cometido por una agrupación, en principio el “rey”, será autor pero no implica que el resto de los intervinientes sean partícipes.

Ninguno de los protagonistas en el secuestro tiene de antemano definido su grado de participación, pues su categoría legal, como se ha venido sosteniendo, dependerá de su concreto papel y aportación al delito.

Lo cual apunta que la clasificación ajedreica solo sirve de forma indiciaria para identificar al “rey” como autor, pero no al resto de los intervinientes.

A pesar de lo pobre que puede resultar la “clasificación ajedreica” para directamente diferenciar los autores de los partícipes, tiene una rica función explicativa del actuar de los secuestradores.

Luego, al tener claridad en los hechos, la “clasificación ajedreica”, aunque indirectamente, si sirve para auxiliar en la diferenciación de los distintos grados de participación de aquellos que cometen el delito.

II. LA AUTORÍA EN EL DELITO DE SECUESTRO

El delito de secuestro es un delito de dominio,³⁹¹ a cuya consecuencia, de acuerdo con el art. 28.1 CP caben cualquiera de las modalidades de la autoría dígase inmediata, coautoría y mediata.

1. Autor inmediato

La “autoría inmediata” es la forma de autoría menos problemática ya que se trata de la persona que solitaria realiza la conducta típica por sí misma y cuyo caso se encuentra previsto en el artículo 28.1 CP en el que se reconocen como autores inmediatos «quienes realizan el hecho por sí solos».

Por tanto, autor inmediato es quien realiza el tipo de propia mano como de forma inmediata y en donde el dominio del hecho se determina por el criterio del «dominio de la acción», en cuanto realiza la ejecución de la acción descrita en el tipo; pudiendo haberlo realizado como ermitaño o con otros que intervienen como partícipes.³⁹²

De tal suerte, autor inmediato en el secuestro es todo aquel que tiene el dominio de la acción inicial de privación inicial (mediante la detención y/o el encierro),³⁹³ y/o la extorsión y/o en recoger el rescate, en el secuestro financiero, y/o es mediador en la liberación del rehén con poder autónomo.

³⁹⁴

Empero, se descarta como autor quien solo haya intervenido en la custodia del rehén (ajeno a la planeación, extorsión o que no recogió el rescate). Tema que se abunda posteriormente al estudiar al cómplice.

³⁹¹ Vid. Roxin, C.: Autoría y dominio..., pp. 181 y ss.

³⁹² Vid. Jakobs, G.: Derecho penal..., p.744.

³⁹³ Vid. Prats Canut, J. M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 185.

³⁹⁴ Vid. Polaino Navarrete, M.: Detención ilegal y..., p. 606.

2. La coautoría³⁹⁵

La coautoría es la plural intervención de activos en el delito de forma tal que se comete, en común con otro u otros, el hecho punible.³⁹⁶ Aparece reconocida expresamente como una especie de autoría en el art. 28.1 CP, cuando también castiga como autores a «los que realicen el hecho... conjuntamente».

La estructura de la coautoría se basa en el principio de la división del trabajo conforme a un plan común para la realización conjunta del hecho, en el que existe una interdependencia funcional de los distintos aportes al hecho con lo que se puede afirmar la existencia de un delito en común realizado y perteneciente al colectivo de personas como tal.

Por ello, la coautoría se fundamenta en el principio de imputación recíproca y horizontal de esfuerzos y contribuciones, y no en el principio de accesoriadad propio de la participación.

En la coautoría cada sujeto necesita de los demás para la realización del hecho en la misma medida en que los demás necesitan de él.

Así, para que exista una realización conjunta del hecho el acto parcial de uno se imputa a los demás en la misma medida que los actos de éstos se imputan a aquél, dado que la coautoría aporta en sí su propio contenido de injusto que no lo deriva de un hecho ajeno: cada sujeto no es autor de su parte, sino del todo por la imputación recíproca de los distintos actos funcionales al hecho realizado conforme al plan global.

La característica distintiva de la coautoría es, pues, que los plurales intervinientes tiene un singular plan global, de forma que todos y cada uno de ellos tienen el dominio funcional del hecho que se identifica porqué la

³⁹⁵ No se abordan otras formas de autoría, como la llamada accesoria o colateral pues no es propiamente una forma de coautoría ya que no existe un acuerdo entre los activos. Vid. Pérez Alonso, E.J.: Derecho Penal. Parte general..., p. 744. Sobre la coautoría, con carácter general, vid. Pérez Alonso, E.J.: La coautoría y la complicidad..., pássim.

³⁹⁶ Vid. Stratenwerth, G.: Derecho penal..., p. 398; Quintero Olivares, G.: Parte General..., p. 620.

aportación de cada uno de los intervinientes es trascendente para la empresa delictiva y de cuya actividad el resultado se obtiene o se fracasa.³⁹⁷

Por consiguiente, la coautoría tiene dos elementos: a) subjetivo, la decisión común al hecho, y la b) objetiva, la ejecución conjunta en el hecho.

En la fase subjetiva es donde se da la decisión conjunta, el mutuo y común acuerdo del plan global y la distribución de funciones.

Mientras en la fase objetiva se exige que los involucrados intervengan, de forma determinante, en la ejecución del delito.

Pudiéndose presentar la coautoría sucesiva entendida esta como un acuerdo entre los activos con la variante de que “unos” se incorporan al delito una vez que “otros” ya lo han iniciado.

Ahora bien, la coautoría muchas veces puede presentarse en el secuestro pues no debe olvidarse que incluso, este delito, es el ejemplo prototípico del cometido por bandas.³⁹⁸

En fin, casos de coautoría en el secuestro, son aquellos en que hay varios secuestradores que planearon en conjunto el delito y después: intervienen en la aprehensión y/o en el encierro³⁹⁹ y/o custodiando al rehén en el encierro y/o la extorsión y/o en recoger el rescate en el secuestro financiero.⁴⁰⁰

Se destaca que para la coautoría necesariamente el activo debió intervenir en la fase de planificación y ejecución del secuestro, por lo que si solo participó en la planificación, es participe y no coautor.

³⁹⁷ Cfr. Roxin, C.: *Autoría y dominio...*, pp. 310 y ss.; Pérez Alonso, E.J.: *La coautoría y la complicidad...*, pp. 285 y ss.

³⁹⁸ Vid. Queralt Jiménez, J. J.: *Derecho penal español...*, p. 103.

³⁹⁹ “Así, será coautor el que interviene después de la consumación del delito con funciones de vigilancia o custodia del privado de la libertad, dado que realiza actos ejecutivos que impiden al sujeto pasivo que consiga la libertad. También es coautor el que interviene en la acción inicial de encerrar y detener, pero no se prolonga en el mantenimiento de la situación de privación de libertad.” Ferrero Hidalgo, F. y otra.: *Delitos contra la libertad...*, p. 241.

⁴⁰⁰ Vid. Queralt Jiménez, J.: *Derecho penal español...*, p. 164.

No debe perderse de vista que el concepto del “dominio del hecho” es una noción abierta que debe ser determinado, en cada caso concreto conforme al principio regulador dado: el dominio funcional.

Por tal razón, se descarta afirmar que siempre se actualiza la coautoría cuando el activo interviene en el delito después de consumado éste, echándole la culpa a las características de permanencia del delito de secuestro.⁴⁰¹

Sobre el mismo tema de aquellos que han intervenido después de consumado el secuestro, la jurisprudencia se ha mostrado voluble pues en unos casos ha afirmado la existencia de coautoría y otros cooperación necesaria.⁴⁰²

Esa inconstancia patentiza la necesidad de un criterio uniforme, en aras de seguridad jurídica y dicho criterio único es el “principio del dominio del hecho”.

3. Autor mediato

A. Concepto

El autor mediato es quien realiza el hecho no de propia mano, sino a través de otra persona que es instrumentalizada por la voluntad rectora y dirigente del primero.⁴⁰³

Se invierten aquí los papeles que por regla general corresponden a la realización material del delito, en donde el sujeto de delante es el autor y el de atrás el partícipe.

⁴⁰¹ En el sentido de afirmar categóricamente casos de coautoría en el supuesto planteado están entre otros Prats Canut, J. M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 186. Queralt Jiménez, J.: Derecho penal español..., p. 164.

⁴⁰² En STS de 4 de octubre de 1984 a quien auxilio con posterioridad a la privación de libertad lo considero coautor. Mientras en STS de 18 de noviembre de 1985 determino la existencia de un cooperador necesario.

⁴⁰³ Vid. Pérez Alonso, E.J.: Derecho penal. Parte general..., p. 745.

Este tipo de autoría se caracteriza porqué la ejecución físico-corporal de la conducta típica no la lleva a cabo, al menos en su totalidad, el autor mediato, sino el instrumento.

La autoría mediata aparece reconocida expresamente como una forma de autoría en el art. 28.1 CP, cuando también castiga como autor a «los que realizan el hecho (...) por medio de otro del que se sirven como instrumento». Por ende, está claro que el autor mediato no responde por lo que hace otro, sino por lo que él realiza a través de otro, es decir, por un injusto propio y no ajeno.

La autoría mediata se determina por el criterio del «dominio de la voluntad», porqué a diferencia de la autoría inmediata, donde la realización de propia mano de la acción del tipo fundamenta la autoría, aquí se trata de la estructuración de los casos en que precisamente falta una «acción» ejecutiva del hombre de atrás y el dominio del hecho sólo se puede fundamentar en el poder de la voluntad conductora.

B. Tipos de instrumentalización de la persona en la autoría mediata

De la precedente definición se colige que el verdadero autor utiliza a otro para cometer el delito, pudiendo ser la instrumentalización de la persona porqué, la referida persona de adelante:

a) Actúe atípicamente, ya que no se colman los elementos del tipo legal, dígase objetivo o subjetivo. Dentro de los que puede ser:⁴⁰⁴

- El sujeto instrumento, no actúa sino que es utilizado en forma corporal o como cosa.
- El sujeto instrumento actúa en error de tipo, pues desconoce su actuar, es decir, que está realizando

⁴⁰⁴ Vid. Stratenwerth, G.: Derecho penal..., p. 380 y ss.

los elementos característicos de un delito. Actúa sin dolo.

- El sujeto instrumento, en los delitos especiales, actúa sin tener la cualificación.⁴⁰⁵

b) Actúe conforme a derecho, sin antijuridicidad, en razón de que su conducta esta amparada por una causa de justificación.

c) Actúe sin responsabilidad personal, en atención a que utiliza como sujeto instrumento a:⁴⁰⁶

- Un inimputable.

- Un sujeto en error de prohibición.

- Un sujeto coaccionado: En estado de necesidad disculpante o con miedo insuperable.

d) Actué con responsabilidad en el supuesto de autoría mediata en virtud del dominio de la organización.⁴⁰⁷

En la que “el ente organizado” estatal o particular, lleva a cabo el o los delitos por medio de sujetos instrumentos fungibles. Caso en que el sujeto instrumento, no tiene poder en la asociación, es decir que sirve solo como cartero.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵ Vid. Stratenwerth, G.: Derecho penal..., p. 380 y ss.

⁴⁰⁶ Vid. Pérez Alonso, E.J. y otros autores: Derecho penal. Parte general..., p. 748.

⁴⁰⁷ Es este tema se descarta la autoría mediata por error en el sentido concreto de la acción ya que “la construcción de una forma especial de autoría mediata en ningún caso es necesaria para llegar a un resultado defendible. El hombre de atrás responde siempre al menos por instigación. Eso debería hacerle perder significación al esfuerzo dogmático ligado a la delimitación más precisa del error sobre el sentido concreto de la acción”. Stratenwerth, G.: Derecho penal..., p. 393.

Como tampoco se considera como hipótesis de autoría mediata los casos de “víctima como instrumento” pues son hipótesis de instigación. Cfr. Stratenwerth, G.: Derecho penal..., p. 395.

⁴⁰⁸ Cfr. Stratenwerth, G.: Derecho penal..., pp. 394 y ss.

C. Posibilidad de la autoría mediata en el secuestro

El grueso de la doctrina sostiene que en el delito de secuestro es posible la autoría mediata, pero no es totalmente admitida.

Los que aseguran la imposibilidad de autoría mediata en el secuestro se basan en la teoría que precisa la imposibilidad de esta forma de “autoría” en los tipos que son explícitos en la “forma en que se causa la lesión al bien jurídico”, como en el caso en estudio donde la figura típica refiere palmariamente el encierro o la detención.⁴⁰⁹

Por contra, no existe imposibilidad ni lógica, ni legal para sostener que en los tipos penales que precisen la modalidad de la conducta haga imposible la autoría mediata, por que llanamente dicho si es posible la autoría mediata en el secuestro.⁴¹⁰

Las hipótesis de autoría mediata pueden presentarse, en el secuestro, utilizando todas las formas de instrumentalización de una persona, en todas las modalidades descritas en precedente, aunque, por ya cometidos, destacan tres tipos de casos.⁴¹¹

⁴⁰⁹ Vid. SSTs de 16 de abril de 1959 y de 5 de diciembre de 1955. En el plano de la doctrina Muñoz Sánchez, Juan. El delito de detenciones..., p. 234.

⁴¹⁰ Vid. Muñoz Sánchez, Juan. El delito de detenciones..., p. 235. Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p. 179.

⁴¹¹ Vid. Landrove Díaz, G.: El tipo básico de detención ilegal. En ley – actualidad. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Tomo 3 de jurisprudencia. D-165. 1998, p. 1685. El mismo autor precitado en Detenciones ilegales y..., p. 52. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detención..., p. 236. Muñoz Conde, F.: Derecho penal. Parte especial..., p. 170. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1979. Queralt Jiménez, J.: Derecho penal español..., p. 164. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 188.

D. Tres casos típicos de autoría mediata en el secuestro

a) La falsificación de un certificado médico

En estos casos el “autor de atrás” o mejor dicho el “verdadero autor” mediante un certificado médico apócrifo engaña a un juez quien es usado como el instrumento y quien dispone el internamiento de una “persona sana” en un establecimiento psiquiátrico.

Por ejemplo: Un grupo de secuestradores falsifican un dictamen médico con el que le piden a un juez el internamiento de una persona que en realidad esta secuestrado, aseverando que se encuentra mal de sus facultades mentales. Consiguiendo la resolución del juez en la que dispone internar, al paciente (rehén) en un centro psiquiátrico donde permanece hasta que se descubre, una vez pagado el rescate y es revelado por los activos, el engaño y el lugar donde estaba recluido el ofendido en calidad de “loco”.

b) La falsa acusación

En el supuesto que se aborda el secuestrador acusa falsamente a una persona, ante un policía quien es utilizado como agente aprehensor del “falso delincuente”.⁴¹²

⁴¹² Vid. Orts Berenguer y otro: Compendio de derecho..., p. 439.

c) Falso testimonio o peritaje

Este supuesto es similar a los anteriores solo que aquí no se presenta un apócrifo dictamen psiquiátrico, ni una falsa acusación, sino un testigo o una pericial que robustece la falsa imputación con la que se fabrican pruebas engañando a la fiscalía y al juez quien dispone la reclusión del rehén, en un centro penitenciario.

Ejemplos:

Pablo recluta a Ana, Pedro y Juan, para que acudan ante los tribunales para acusar falsamente a Luis argumentando que violó a Lupita consiguiendo con ello que el juez ordene la detención de Luis y le niegue la libertad caucional. Mientras Pablo le exige a la esposa de Luis le pague un millón de euros a cambio de decir la verdad y poder liberar al rehén.

O el caso en que Juan se apersona en un proceso como perito de criminalística reconstructiva emitiendo su dictamen involucrando falsamente a Luis. Luego, por dicho dictamen el juez dispone sentencia condenatoria contra Luis. En tanto Juan exige a Pedro, amigo de Luis, medio millón de euros, a cambio de hacer conocedor al juez de la verdad.

Adelantando una refutación afirmando que los anteriores ejemplos no son de autoría mediata ya que conciben un “juez tonto” que es usado como instrumento, cuando está obligado a valorar la prueba y encontrar la verdad histórica de los hechos.

Pese a que el juez debe valorar las pruebas no significa que no pueda ser engañado aunque sea entendido del tema y actué con diligencia.

De tal suerte dado la imposibilidad de evitar la “falibilidad judicial” es posible que se utilice a un juez como un instrumento para cometer un secuestro.

III. LA PARTICIPACIÓN

El CP, fiel a su tradición histórica, sigue reconociendo tres formas de participación: la inducción (art. 28,2,a CP), la cooperación necesaria (art. 28,2,b CP) y la complicidad simple (art. 29 CP). Todas ellas tienen en común que el activo no realiza la conducta típica, sino solo el autor quien tiene el dominio del hecho o ha infringido un deber especial.

En esta primera aproximación, la participación se puede delimitar de forma negativa, señalando que son partícipes los que no realizan el hecho, es decir, los que no tienen el dominio del hecho o no están obligados por un deber especial en los delitos de infracción de deber, pero intervienen y contribuyen a la realización del hecho ajeno realizado por el autor.

Como es sabido, el principio fundamental que rige en materia de participación es el de la accesoriedad, que consiste en tomar parte en el hecho ajeno realizado por el autor.

De tal suerte la participación es entendida como un simple concepto de referencia, ya que no puede hablarse de participación sin referirse al mismo tiempo a aquello en lo que se participa. También puede decirse que la participación significa dependencia del hecho de partícipe al hecho del autor, y este nexo de dependencia es el que permite hablar, precisamente, de la naturaleza accesoria de la participación.⁴¹³

El principio de accesoriedad se concreta en una serie de exigencias que han de cumplirse necesariamente para poder establecer la responsabilidad criminal del partícipe.

Dicho principio cumple una función de garantía respecto a la punibilidad de los partícipes, ya que la accesoriedad significa que la participación depende del hecho ajeno realizado por el autor, pero también

⁴¹³ Vid. Peñaranda Ramos, E.: La participación en el delito y el principio de accesoriedad. Madrid. 1990; pp. 237 y ss. Pérez Alonso, E.J.: Teoría general de las circunstancias..., pp. 223 y ss.; el mismo: La coautoría..., pp. 328 y ss.; Olmedo Cardenete, M.: La inducción como forma de participación accesoria. Edersa. Madrid. 1998; 197 y ss.

que esta dependencia llega hasta un cierto límite: comienzo de ejecución por el autor de un hecho antijurídico.

En definitiva, el significado primario del principio de accesoriedad de la participación es, pues, el de definir estrictamente el ámbito de lo punible.

Entre estos requisitos garantísticos hay que destacar la accesoriedad cuantitativa (externa) y la accesoriedad cualitativa (interna), junto a la exigencia de una intervención dolosa en el hecho ajeno. Como es lógico pensar, en este momento, no puede entrarse a analizar estas cuestiones, que sólo cabe enunciarlas, para pasar a analizar con más detenimiento las modalidades de participación que recoge el texto punitivo español.

1. Inductor

La inducción aparece tipificada en el art. 28.2.a) CP, literalmente señalando que se castigan a «los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

Enunciación legal de la que se desprende que la inducción implica un inductor y un inducido. Binomio en el que la conducta del inductor, sin participar en la ejecución del delito, consiste en determinar directa y dolosamente a otro a resolver y realizar un hecho punible. En tanto, el inducido recibe la idea de cometer un delito que previamente no tenía, pero es convencido y decide, en última instancia, realizar el hecho.⁴¹⁴

Desde el punto de vista objetivo⁴¹⁵ el inductor ha de causar la resolución criminal en el autor y que éste realice el hecho delictivo.

Para ello es necesario que la actividad del inductor sea determinante y eficaz, es decir, que tenga la suficiente entidad como para que el inducido adopte la decisión de cometer el delito y de comienzo a su ejecución a causa

⁴¹⁴ Vid. Pérez Alonso, E.J. y otros autores: Derecho Penal..., p. 761.

⁴¹⁵ Vid. Mir Puig, S.: Derecho penal. Parte general. 4ª. edición corregida y puesta al día con arreglo al código penal de 1995. Barcelona. 1996; p. 401.

del influjo psíquico del inductor. Tal decisión debe surgir, precisamente, como consecuencia de la actuación del inductor.

Los medios para causar el influjo psíquico en el autor son indiferentes, siempre que sean determinantes en el sentido indicado.

Pueden considerarse como medios adecuados una solicitud, un mandato, un encargo, etc. Mas el simple hecho de crear o aprovechar una situación propicia o provocadora para que otro se decida a cometer el delito o facilitarle objetivamente su comisión no es suficiente para afirmar una inducción.

Además, la inducción ha de ser directa para que se produzca el influjo psíquico, por lo que tiene que haber una relación personal entre el inductor y el inducido.

Esta exigencia implica que se ha de inducir a la realización de un hecho concreto y a uno o varios sujetos determinados, no siendo suficiente con una incitación genérica o indeterminada a delinquir o dirigida a un colectivo de personas. Siendo esta la diferencia entre la inducción y la provocación (art. 18 de CP).

El CP exige que la inducción directa sea a otro u otros, por lo que admite que se pueda inducir a una autoría individual (inmediata o mediata) o a una coautoría.

El hecho de que la inducción sea directa dificulta apreciar la inducción en cadena, es decir, la inducción a la inducción a delinquir, pues, el inductor del inductor sólo induce directamente a una inducción, pero no a la ejecución del hecho principal, que es lo que exige el art. 28,2,a). No existe problema alguno, por el contrario, en admitir la coinducción, la inducción accesoria o paralela y la inducción mediata.⁴¹⁶

⁴¹⁶ Vid. Mir Puig, S.: Derecho penal..., p. 403. Olmedo Cardenete, M.: La inducción..., pp. 415 y ss. Quintero Olivares, G.: Los confines de la inducción: de la responsabilidad penal a la responsabilidad moral. La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Madrid. 2002; p. 924; del mismo autor: Parte General..., p. 629.

En efecto, la inducción puede asumir diversas modalidades:

- A. La coinducción, cuando se practica por dos o más personas que se encuentran de acuerdo y el resultado es consecuencia de una eficacia conjunta.
- B. La inducción accesoria cuando plurales activos sin mediar acuerdo, de forma separada inducen a un mismo sujeto.
- C. La inducción mediata en la que un sujeto induce al autor de atrás para que instrumentalice a otra persona.

Trasladando lo anterior al caso de secuestro implica que puede ser cometido por quien planifique, uno o varios, el delito en mención y convence a otro u otros de que lo lleven a cabo.

Por ejemplo: Pedro le paga medio millón de euros a Luis para que secuestre a Juan y, convencido Luis ante tan generoso ofrecimiento, priva de la libertad y extorsiona a la esposa del rehén de que le pague dos millones de euros. Luego, ya con el dinero se lo entrega a Pedro.

Este tipo de participación es que puede cometer un jefe de la banda de secuestradores cuyos “empleados” no lo conocen, ni él los conoce a ellos.

Siendo importante precisar que en la inducción es indispensable que el activo no intervenga de ninguna manera en la ejecución del secuestro.

Puede participar, el inductor, en la planeación del delito pero en nada en la ejecución, ya que si se presenta se actualizaría una autoría (coautoría) caso en el que, por ejemplo:

El activo planea el delito y vía telefónica coordina la privación de libertad del rehén.

Finalmente, hay que señalar que desde el punto de vista subjetivo la inducción ha de ser dolosa, es decir, debe ser consciente de que está motivando a otro a adoptar una resolución criminal y, además, a realizar efectivamente el hecho (doble dolo). Por regla general, la inducción se producirá con dolo directo, pero es admisible la hipótesis del dolo eventual.

2. Cómplices

A. Concepto

Se utiliza termino cómplices en plural y no el singular, porqué en el CP regula dos formas: la cooperación necesaria, castigada con la misma pena que el autor y definida en el art. 28,2º,b), cuando se refiere a «los que cooperan a su ejecución (del hecho) con un acto sin el cual no se habría efectuado», y la complicidad simple que se castiga con la pena inferior en grado (art. 63) y se define negativamente en el art. 29, cuando señala que «son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos».

Ante esta doble regulación de la complicidad, una de las cuestiones más difíciles que se plantean es la de delimitar y diferenciar la cooperación necesaria y la complicidad.⁴¹⁷ Lo que resulta bastante complejo, ya que sus elementos estructurales son ciertamente similares, como se deduce de su propia definición legal, por lo que es más lo que les une que lo que les separa.

Con carácter general, la complicidad (necesaria o no) puede definirse como toda conducta con peligrosidad objetiva *ex ante*, consistente en la cooperación con actos físicos o psíquicos anteriores o simultáneos que contribuyen y favorecen causalmente la ejecución del hecho, incrementando

⁴¹⁷ Vid. por todos, Pérez Alonso, E.J.: La coautoría..., pássim. Autor al que seguimos en estas consideraciones.

el riesgo de lesión del bien jurídico por parte del autor, que también está protegido frente al cómplice.

Ha de tratarse, por tanto, de una conducta con capacidad objetiva para hacer posible, facilitar, intensificar o asegurar la realización del hecho ajeno, de modo que ella misma supone un ataque accesorio, a través del autor, del bien jurídico protegido⁴¹⁸.

Hay coincidencia en los medios de cooperación (física o psíquica), que son indiferenciados, así como en la relación causal y de riesgo típicamente relevante para la lesión indirecta del bien jurídico.

Por ello, la diferencia fundamental hay que buscarla en la necesidad o no del acto, aunque también puede haber diferencias en relación al momento de prestación del aporte.

a) En cuanto al factor temporal, por regla general, el cómplice necesario interviene en la fase preparatoria estableciendo las condiciones que hacen posible la ejecución del hecho, mientras que el cómplice simple puede intervenir en la fase preparatoria o en la ejecutiva facilitando, favoreciendo o intensificando su ejecución.

Aunque hay casos excepcionales en que el cómplice necesario puede intervenir en la fase ejecutiva sin llegar a ser coautor: a) cuando falte el tipo subjetivo de la coautoría, es decir, sin acuerdo mutuo con los demás sujetos, o bien cuando carezca de los elementos subjetivos de lo injusto que se puedan requerir por el tipo penal en cuestión; b) y cuando no reúna los elementos especiales exigidos en el correspondiente tipo para ser autor idóneo⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Vid. López Peregrin, M.C.: La complicidad en el delito. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997; p. 244. Pérez Alonso. La coautoría..., p. 333.

⁴¹⁹ Vid. Pérez Alonso. La coautoría..., pp. 341 y ss.

b) De tal suerte, la diferencia fundamental se encuentra en el contenido de la contribución,⁴²⁰ cuya determinación se lleva a cabo razonablemente por el criterio de la esencialidad de la contribución: hay complicidad necesaria cuando la contribución es de importancia esencial para la realización del hecho, en caso contrario habría complicidad simple.

Conforme a ello, el cómplice necesario es, por tanto, quien presta una contribución esencial para el sí del hecho. Esto sucede cuando, desde la perspectiva *ex ante* del espectador objetivo, desempeña una función imprescindible o de difícil acceso o reemplazo que hace posible que el autor realice el hecho, interviniendo en la fase preparatoria y excepcionalmente — como señalamos— en la fase ejecutiva.

El fundamento de su mayor penalidad —igual que el autor— reside en el mayor grado de ataque accesorio al bien jurídico, por haber incrementado con mayor intensidad el riesgo de lesión del mismo.

Por el contrario, el cómplice simple es aquel que presta una ayuda que no es esencial para el sí del hecho, es decir, cuando, desde la perspectiva *ex ante* del espectador objetivo, tiene una función prescindible o de fácil acceso o reemplazo, durante la fase preparatoria o ejecutiva, que facilita, intensifica o asegura la realización del hecho por parte del autor. La razón de su menor castigo reside en que ataca en menor grado el bien jurídico, incrementando en menor intensidad el riesgo de lesión del mismo”.⁴²¹

Permítanme terminar este apartado reproduciendo el esquema de las formas de participación que reconoce el CP español vigente.⁴²²

- Inducción (art. 28,2º,a).
- Complicidad:

⁴²⁰ Vid. Mir Puig, S.: Derecho Penal..., pp. 407 y 408. Muñoz Conde, F. y García Arán, M.: Derecho penal..., pp. 341 y ss.; Quintero Olivares, G.: Parte General..., pp. 631 y ss.

⁴²¹ Cfr. Pérez Alonso, E.J. y otros autores: Derecho Penal..., p. 742.

⁴²² Cfr. Pérez Alonso, E.J. y otros autores: Derecho penal..., p. 743.

- Necesaria:
- Fase preparatoria: cómplice o cooperador necesario (art. 28,2º,b).
- Fase ejecutiva:
 - Si falta el tipo subjetivo de la coautoría, es decir, sin acuerdo mutuo o sin concurrir los elementos subjetivos del injusto: cómplice o cooperador necesario (art. 28,2º,b).
 - Si no es autor idóneo, es decir, sin reunir las cualidades especiales o personales exigidas por el tipo correspondiente: cómplice o cooperador necesario (art. 28,2º,b).
 - En los demás casos: coautor; art. 28,1º.
 - No necesaria: tanto en fase preparatoria como ejecutiva: cómplice simple o no necesario (art. 29).

B. Casos de complicidad en el secuestro

De todo lo estudiado en este tema si bien no exclusivo del secuestro sino de todos los delitos, era necesario ya que es evidente que en el caso del delito de secuestro no puede señalarse categóricamente quienes de los intervinientes son autores o partícipes.

Así solo se pueden dar pautas generales con ejemplos de:

a) Cómplices necesarios en el secuestro, quienes no participaron en la planeación solo en la ejecución, como:

- “Caballos de ajedrez”; acechando a la víctima antes de darse la privación de libertad

- Los “peones”; que prestan un finca para enclaustrar al rehén, o conducen a la víctima al lugar del claustro; o manejan un coche que va al encuentro del que transporta al detenido para abrirle el camino y guiarle hasta determinado lugar; o cuidan a la víctima como los carceleros; a lo que comunican al “rey” con los extorsionados.⁴²³

Pese la precedente afirmación no es un tema pacífico ya que el secuestro es un delito de efectos permanentes por lo que se discute si cabe la autoría y participación después de consumado el delito.⁴²⁴

Lo que cobra especial relevancia en los casos de vigilante o custodio del rehén, en los casos que no haya intervenido en la privación de libertad y solo mantienen en el claustro al rehén o custodio del rehén o proporcionar un lugar para la ejecución del delito.

Sobre el tema hay varias posturas: Una que precisa que el caso del vigilante o custodio del rehén siempre debe de ser castigado como coautor.⁴²⁵ Otra que señala que el vigilante va a responder como participe y

⁴²³ « (...) El cooperador que se limita a aportar una contribución ejecutiva de carácter no esencial, responderá (...) como cómplice.” Polaino Navarrete, M.: *Detención ilegal y...*, p. 606.

“El que proporcionare el lugar destinado a la ejecución del delito responde como cooperador necesario, aunque si está ya previamente relacionado con los ejecutores de la detención puede ser considerado coautor (...) otras formas de participación como la construcción o acondicionamiento de lugares para cometer el delito de detenciones, o para proporcionarlos a quien lo cometa y la tenencia de dichos lugares, pueden ser consideradas como de cooperación necesaria o de complicidad (...) según la importancia de la contribución”. Muñoz Conde, F.: *Derecho penal...*, p. 170.

“(…) Será cooperador quien facilite, p. ej., la ruta que sigue determinada persona de modo habitual o quien proporciona un lugar seguro para mantener al detenido ilegalmente.” Queralt Jiménez, J.: *Derecho penal español...*, p. 164.

⁴²⁴ Vid. Orts Berenguer y otro: *Compendio de derecho...*, p. 439.

⁴²⁵ Vid. Muñoz Sánchez, J.: *El delito de detención...*, pp. 231 y siguientes.

de acuerdo a su actuar concreto puede ser cooperador necesario o cómplice.⁴²⁶

Desestimamos la primera postura porque el peón (vigilante o custodio) no tienen un codominio funcional del hecho, no participaron en la planeación del delito por lo que definitivamente no pueden ser coautores.

Lo que demuestra que, la segunda propuesta es la correcta. Ahora, dentro de esta respuesta se han optado fundamentalmente dos caminos: considerando “la sustituibilidad” del actuar del partícipe. Así si se estima que sin su presencia se hubiera llevado a cabo el secuestro es cooperador necesario y si no cómplice.⁴²⁷

Otra respuesta, esta es la ya enunciada de “codominio funcional del hecho” que si bien es parecido no es igual, pues una cosa es considerar que la actividad puede ser “sustituible” al que se “tenga el dominio de la acción.

Lo que determina la coautoría es que todos los intervinientes participan de un mismo proyecto delincencial sin ningún tipo de subordinación objetiva, ni subjetiva y con una igualdad en el dominio del hecho.

Estas características no se actualizan en el caso del vigilante o custodio, ya que generalmente tiene un rango inferior en una banda de secuestradores, pero además, no es igual privar de la libertad, que mantener la privación de la libertad.

El codominio funcional del hecho en privar de la libertad, es distinto al codominio funcional el mantener la privación de la libertad. En el primero el rehén era libre; en el segundo el rehén ya estaba prisionero. Lo que se destaca para distinguir que privar y mantener son elementos distintos y por ende el vigilante o custodio no puede ser castigado como coautor.

Otro argumento que precisa que el custodio no es coautor es que el delito secuestro no implica solo la privación de libertad sino también la

⁴²⁶ Vid. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 188.

⁴²⁷ Cfr. SSTS de 12 de mayo de 1999 y 22 de enero del 2001. En el plano doctrinal Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 188.

exigencia de rescate. De tal suerte si el vigilante se limita a esa actividad, no puede ser considerado coautor pues no participó activamente en hecho material e integral de secuestro.

Solo en el caso de que la intervención del vigilante o custodio es fundamental para los fines del secuestro, entonces debe ser responsable como coautor, de lo contrario será un simple cómplice.

Se subraya como eje toral en la participación que los activos son ajenos a la participación ya que si son intervienen en ella son coautores. Solo para ejemplificar, véase el caso de quien presta la finca para el lugar del claustro, en los siguientes criterios jurisprudenciales que a la letra dicen:

“(...) Entendemos que el citado párrafo 2 del artículo 480 sanciona la pena de los autores a quien, cooperador necesario o cómplice según las normas generales de los artículos 14-3º y 16, proporciona lugar para la ejecución de este delito. Por tanto, en este caso, aun considerando sólo la aportación a la comisión del delito que supuso el hecho de ceder el apartamento, que el acusado había arrendado, para guardar en el mismo a la niña secuestrada, es correcta la aplicación de la pena prevista para los autores. Pero es que, además, el recurrente participó en el hecho con un acto de presentación personal consistente en que él mismo, junto con otro compañero, custodió a la menor secuestrada de modo que se encontraba allí durmiendo en la misma habitación de la niña cuando la policía asaltó el apartamento y la liberó. Indudablemente esta aportación ha de ser considerada imprescindible para el éxito del delito. Difícilmente podemos concebir la comisión de esta

infracción penal, tal y como se realizó (necesidad en concreto), sin esta aportación de Jean Marie C. Claramente encaja en el número 3.º del artículo 14 y no en el artículo 16. En conclusión hubo una doble participación del recurrente en el delito de detención ilegal por el que fue condenado, una por la aportación del apartamento que él tenía arrendado y cedió para que en el mismo se albergara la niña secuestrada, otra por su custodia personal de dicha niña. Cualquiera de las dos, consideradas por separado, es apta para justificar una condena en calidad de cooperación necesaria. Con más razón, acumuladas ambas en la misma persona. Por otro lado, y para contestar a lo alegado aquí por el recurrente, nos hallamos ante un delito de tracto sucesivo, es decir que su consumación se produce no instantáneamente, sino a través de un período de tiempo de cierta extensión, 11 días en el caso presente, plazo durante el cual se está lesionando el bien jurídico protegido por la norma penal, la libertad ambulatoria de una persona, de modo que cualquier acto de cooperación producido después de iniciarse y antes de finalizar la privación de tal libertad ha de reputarse participación en esta infracción. Así pues nada importa el que la conducta auxiliadora del recurrente comenzara después del momento en que se inicio el secuestro (...).⁴²⁸

“(...) Es obligado traer a nuestra consideración el relato de hechos probados tal como lo expone el

⁴²⁸ STS de 20 de enero 1995.

ministerio fiscal en su escrito de recurso: a) Gran parte de los sujetos que intervinieron materialmente en el secuestro se alojaron en la casa de la procesada “por pocos días y a veces por pocas horas” con excepción de Jean Louis C. Que frecuento la casa por un tiempo superior a ocho meses, alcanzando un elevado grado de confianza con aquélla, accediendo la acusada incluso a que se hiciera un agujero en el sótano de su residencia para guardar el dinero que se obtuviera de los padres de la menor como precio del rescate. b) La procesada acompaña a C. al colegio donde asiste diario la niña secuestrada Melodie, porque esta era compañera de la hija de Nadine que, como ella, por tanto, asistía al mismo centro escolar, “lo que posibilitó” que C. conociera a la menor Melodie. c) Consiguió bajo pretexto de efectuar una colecta, entrar en el domicilio de los padres de Melodie y conocer el propósito o animo en que se encontraban de pagar o no el rescate exigido, y d) Sirve de intermediaria entre C. y otras personas, avisándoles de la posibilidad de que un teléfono estuviera intervenido. Todo ello con pleno conocimiento – según se infiere de lo que se da por probado – primero, de que se planeaba un secuestro en la persona de Melodie N. y, después, una vez efectuado, de la búsqueda de la consecución de los fines perseguidos con él, es decir, de la recepción de la cantidad muy elevada del correspondiente secuestro. Como es bien sabido y destaca parte de la doctrina científica, en nuestro código penal se

conocen dos formas de complicidad, la de los que cooperan en la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado (art. 14.3) y la de los que no hallándose consignados en el art. 14, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos (art. 16). Los primeros son, a efectos legales, autores, aunque son cómplices necesarios, y los segundos cómplices no necesarios. En definitiva, es nota de indispensabilidad la que separa a unos y a otros y, como casi todo en campo del derecho y más, si cabe, en el ámbito del derecho penal, está rodeado de dificultades, porque es opinable si la necesidad ha de medirse más o menos en abstracto o con referencia al caso concreto. Pero esta problemática no está presente en el caso que ahora se debate. Cualquiera que sea la doctrina que se alegue, el resultado jurídico penal, en este supuesto, es el mismo: se trata de una cooperadora absolutamente necesaria, indispensable, insustituible. Si acudimos a la teoría de los bienes escasos, es obvio que la actividad de Nadine era prácticamente imposible de sustituir por las circunstancias personales ya puestas de relieve: su hija es compañera de colegio de la niña secuestrada, ello le daba una posibilidad de acercamiento muy difícil de conseguir con cualquier otra persona, el acceso de la niña a la familia estaba prácticamente garantizado; además, dispone de un piso donde se alberguen los que van a actuar, etcétera ... Está, por consiguiente, fuera de discusión que, dentro del relativismo con el que

siempre hay que operar, que el hecho del secuestro sin Nadiene no se hubiera podido llevar a cabo en la forma (nos referimos ahora a facilidades de ejecución) con la que se operó y, por consiguiente, aplicando cualquiera de las teorías que dan cobertura a la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, todas conducen a la consideración de la procesada como coautora del delito de detención ilegal. Así resulta de aplicar la doctrina del dominio del acto por el autor, la del poderío de la acción y, por último, la de los bienes o actividades escasas. En el dato de la naturaleza decisiva de la aportación de la procesada radica, precisamente, su condición de autora, en la modalidad de cooperación necesaria que se ha mantenido en los proyectos de reforma del código penal, así en el art. 25.3 de 1992 (...).⁴²⁹

b) Cómplices no necesarios, son quienes no intervienen en la planificación del secuestro y su actividad puede ejemplificar en quienes se limita a preparar los alimentos para el rehén o quienes ayudan a preparar las armas o acechan a la víctima para constatar sus movimientos, etc.

C. El problema de las calificativas en la complicidad

Un problema en materia de complicidad acontece en el caso de las calificativas donde surge la interrogante ¿responden por las calificativas o solo por el delito de secuestro simple?

⁴²⁹ STS de 8 de septiembre de 1993.

Pues bien, para que un cómplice responda por las calificativas debe existir:

a) Conocimiento

Si el cómplice conocía la calificativa responde por ella y viceversa es impune sino la conocía.

La exigencia de conocimiento viene establecida en el art. 65 CP, a lo que hay que añadir que si se trata de una circunstancia de carácter personal, además, del conocimiento es necesaria su concurrencia en el partícipe para poder agravarle la pena, pero en las de carácter material o referidas al hecho, basta con el conocimiento.⁴³⁰

b) El tiempo en que se realizó la calificativa

Si la calificativa se dio antes de que interviniera el cómplice, le es ajena por lo que no responde por ella.

Empero, si es responsable por la agravante si la misma se presentó cuando él ya estaba interviniendo en el secuestro y si además la hubiere conocido. Aquí se plantea en realidad el problema de la participación sucesiva, al que ya nos referimos anteriormente.

⁴³⁰ Sobre esta problemática vid. Pérez Alonso, E.J.: Teoría general de las circunstancias..., pp. 234 y ss.

III. PROBLEMAS ESPECIALES DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL SECUESTRO

1. El caso de secuestro cometido por cédulas de delincuentes donde los activos se desconocen entre sí, como desconocen que se está cometiendo un secuestro.

Por ejemplo: Luis comando a Ana, Pedro, Pablo y Martha quienes no se conocen entre sí, pero todos obedecen a Luis y ejecutan varias conductas pero desconocen a los demás y lo que hacen. Luis ordena a Pedro que prive de la libertad a Antonio. Enseguida Luis manda a Pablo para que vigile al rehén en un lugar de seguridad. Como Luis impone a Ana que negocie la liberación de la víctima. Finalmente Luis le ordena a Martha que vaya a la casa de los extorsionados a recoger el importe del rescate.

La solución de este supuesto es determinar a Luis como instigador mientras al resto de los implicados no responden ni como coautores, ni participes del secuestro.

En efecto, en principio, no puede existir coautoría ya que, como se dijo previamente, se requiere que los activos hayan participado en la planeación y en una porción o en la completa ejecución del delito, no siendo el caso.⁴³¹

⁴³¹ Pues “si el ejecutor no sabe nada de esa aportación, no se le puede atribuir nada (...)”. Günther, J.: Derecho penal..., p. 747.

Como tampoco puede existir participación ya que no conocen la totalidad del hecho por ende no actúan con dolo en el secuestro y en consecuencia no pueden ser partícipes de dicho delito.

Por consiguiente: Pedro es coautor del delito de detenciones cometidas por particulares. Pablo es cooperador necesario de las detenciones. Ana debe responder por extorsión. Pero Martha no responde por ningún delito.

2. Caso en que los activos planeen conjuntamente el delito pero no todos lo ejecutan

Por ejemplo: Una banda de secuestradores, conformada por cuatro personas, planifica secuestrar a Luis para lo cual cada uno se coloca en cuatro vehículos, en distintas partes, en espera de que pase el futuro rehén. Posteriormente solo uno de ellos detiene a Luis mientras los otros se quedaron esperando. Resultando que la policía detiene a todos los intervinientes. Posteriormente, ya en el proceso penal, los tres intervinientes que no detuvieron al rehén se defienden con el argumento de que no hicieron nada y que en todo caso solo se les puede acusar porqué intervinieron en la planeación pero no en la ejecución y que dichos actos son impunes.

Este caso tiene como quid total determinar si los actos consistentes en esperar a que pase el futuro rehén son actos realizadores del tipo.

Ya se afirmó que la coautoria se identifica porqué los intervinientes participaran de alguna manera en la planeación y en la ejecución. Pues bien, el hecho de que los intervinientes hayan estado en la espera del paciente del

delito es un acto necesario para la realización del delito, aunque no sea ejecutivo en sentido objetivo-formal.

Se presenta aquí un caso especial de coautoría, llamado como “coautoría alternativa”, que es bastante discutida en la doctrina.⁴³²

Se habla de “coautoría alternativa” porque el hecho planeado contempla varias hipótesis disyuntivas de realización, consistiendo en actos necesarios para el éxito del plan global realizados durante la fase ejecutiva y prestados con acuerdo de todos, que saben a qué prestan su contribución. Luego entonces todos son coautores.

3. Caso en que un activo priva de la libertad y otro exige la condición para su liberación, sin acuerdo entre ambos

Por ejemplo: Juan priva de la libertad a Luis; entonces Pedro, sin haber convenido con Juan, exige a la esposa del rehén un millón de euros.

La hipótesis preseñalada solo Juan es responsable de secuestro porque privó de la libertad con el fin de exigir el cumplimiento de una obligación y, como ya se dijo, no importa que el resultado no se haya obtenido.

En cambio Pedro no privó de la libertad ni tienen el control de la liberación del rehén por lo que su actuar es un engaño sumado a una extorsión que en todo caso tipifica en otras conductas punibles pero no en el secuestro.

⁴³² Vid. Pérez Alonso, E.J.: La coautoría y la complicidad..., pp. 355 y ss.

4. Caso del abogado que sabe que se cometerá un secuestro y auxilia a los secuestradores

En algunos secuestros planificados, los activos, pueden llegar a considerar la posibilidad de ser detenidos para lo cual contratan abogados, quienes no intervienen en la ejecución del delito pero si conocen de la futura comisión del secuestro.⁴³³

En dicho caso, el abogado por conocer la planificación del delito sin llevar a cabo un aporte esencial en la ejecución, debe responder como cómplice.

5. El caso del mediador

El mediador es quien interviene en el delito entre los secuestradores y los extorsionados gestionando un “arreglo” entre las partes.⁴³⁴

“La mediación” no es una concepción de aparición reciente ya que su origen es paralelo al propio secuestro. Sin embargo, es hasta fechas recientes cuando se ha iniciado su reflexión penal aun cuando puede aparecer en todo secuestro pero con especial énfasis en el que tiene fines terroristas.⁴³⁵

⁴³³ Vid. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 189.

⁴³⁴ “(...) El mediador es siempre un tercero, una persona ajena a las partes directamente implicadas que – precisamente – interviene para que pueda producirse un acercamiento entre ambas”. Landrove Diaz, G.: Detenciones ilegales y..., p. 145.

⁴³⁵ Cfr. Muñoz Sánchez, J.: Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el código penal de 1995. Cuadernos de derecho judicial. Madrid, España. 1996; p. 379.

A. La naturaleza jurídica de la mediación

a) Es una complicidad especial

El mediador no reúne las características antes anotadas para el cómplice aunque su actuar es similar por eso se sostiene que es una complicidad especial.

En efecto, el mediador no actúa con el dolo del cómplice, ni interviene en el secuestro, tampoco en su planeación, ni en la ejecución pero si “auxilia” en la liberación del rehén. Luego ¿Por qué va a ser sancionado?

Una respuesta inicial es que el mediador amerita un castigo penal por su conciencia de la antijuridicidad. Pero dicho planteamiento es solo parcialmente correcto pues un partícipe no responde solo por la conciencia de la antijuridicidad, sino por su contribución en el delito.

Por lo que un argumento mejor reflexionado, es que el mediador responde penalmente por contribución en el secuestro concretamente por su influencia en la liberación del rehén. Para lo que se deben considerar los siguientes parámetros:

a'. Identificar a quien representa el mediador. Pudiendo ser a favor del extorsionado o a favor de los secuestradores o con un fin neutro.

b'. Precisar si existe voluntad de favorecer a los secuestradores.

- b) Es contingente pues la mediación no siempre se presenta en el secuestro
- c) Es consciente de la antijuricidad en el sentido que sabe que sus actos pueden favorecer a los secuestradores o a los secuestrados

B. Las características del mediador

- a) No pertenece al grupo de los secuestradores
- b) Transmite las condiciones de los secuestradores a los extorsionados
- c) No tiene capacidad de decisión
- d) Aparece como eventual

C. Requisitos para que el mediador sea castigado penalmente

- a) Debe tener “poder de influencia” en los secuestradores para liberar al rehén⁴³⁶

El poder de influencia es el agente diferenciador entre el “mediador” y el “interlocutor”. Ya que si solo se interviene en el dialogo entre el secuestrador y los extorsionados pero no tiene capacidad para hacer caer la balanza, es solo “interlocutor”.

⁴³⁶ Vid. Muñoz Sánchez, J.: Reflexiones sobre la..., p. 384.

En contrario si se tiene poder para influir en los secuestradores, entonces es mediador.⁴³⁷ Como puede ser un “líder de un partido político” si los secuestradores son de esa misma ideología.

Al punto, para distinguir al mediador que le corresponde castigo de aquel que es impune; hay que analizar su “colaboración”. Si es efectiva, si tiene el poder de influenciar a los secuestradores es mediador y si no será interlocutor.⁴³⁸

b) Debe de actuar a favor de los secuestradores

El mediador puede tener diversas motivaciones, ya que puede ser desde un oportunista que desea sacar ventaja, hasta quien interviene como mediador de buena fe. Por lo que la motivación del mediador es un elemento para separar los casos en que deben ser castigados penalmente o no.⁴³⁹

En este sentido se transcribe el criterio jurisprudencial que a la letra dice:

“(...) Se advierte que no fue propiamente la conducta de un mediador, sino más bien la de un interlocutor (persona que toma parte en un diálogo), que actuando del lado de una de las partes transmite a la otra las condiciones impuestas por aquella, y a su vez transmite y recibe los ofrecimientos de la otra [...] El acusado no puede ser considerado como un cooperador necesario para la comisión del hecho enjuiciado. Su

⁴³⁷ Vid. STS 17 de noviembre de 1994. En el plano de la doctrina Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p. 178.

⁴³⁸ Vid. Prats Canut, J. M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 188.

⁴³⁹ Vid. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 149.

intervención en el mismo (transmisor de las exigencias de los secuestradores al representante de la familia del secuestrado, y receptor de las respuestas de ésta para su comunicación a aquéllos) debe ser calificada de tono menor, perfectamente sustituible por la otra persona e, incluso por otros medios, y en ningún caso tuvo capacidad de decisión sobre ninguno de los extremos relevantes del hecho (...)"⁴⁴⁰

D. Tipos de mediadores de acuerdo al interés con que actúan

Con lo expresado se colige que, para efectos penales hay tres tipos de mediadores, según el interés con el que actúan:⁴⁴¹

a) En favor del extorsionado

Ya que participa con el claro propósito de lograr la liberación del rehén por lo que no responde penalmente.

b) En favor de los extorsionadores

Lo que implica que fue elegido por la parte extorsionadora y su actitud es parcial siempre en beneficio del secuestrador, por lo que responde penalmente si además tiene poder de influencia en los activos.⁴⁴²

⁴⁴⁰ STS 17 Noviembre 1994 RJ 199, 9276.

⁴⁴¹ Vid. Landrove Díaz, G.: Detenciones ilegales y..., p. 149.

Ejemplo: Un grupo de personas de un partido político al perder las elecciones secuestran al candidato ganador y exigen al organismo encargado de organizar las elecciones la anulación de las elecciones. En el secuestro el candidato que perdió las elecciones sirve de mediador del grupo de secuestradores y los familiares del secuestrado.

c) Sin representación y sin poder efectivo para liberar al rehén

Es el mediador que no posee interés en auxiliar a los secuestradores pero tampoco a los ofendidos, solo es interlocutor, de ahí su irresponsabilidad penal.

E. El fundamento del mediador que no responde penalmente.

Ante todo, la irresponsabilidad penal se funda principalmente en dos corrientes.

Por un lado hay quienes señalan que el mediador es irresponsable penalmente porque actualiza una causa de atipicidad, ya que el mediador no llevó a cabo la conducta de privación de la libertad.

En otro sentido, hay otros que indican que se trata de un estado de necesidad en bien jurídico ajeno.⁴⁴³

⁴⁴² Vid. Muñoz Sánchez, J.: Reflexiones sobre la..., p. 380.

⁴⁴³ Vid. Landrove Díaz, G.: El tipo básico..., p. 146.

Siendo la última hipótesis la que consideramos correcta pues la primera olvida que si bien el mediador no realiza de propia mano el secuestro si colabora, directa o indirectamente.

En cambio, el segundo argumento se mueve dentro de los parámetros del estado de necesidad de bien ajeno, que explica que al mediador se le exime al intervenir a favor del ofendido para ayudar a la liberación del rehén.

4. El caso de la muchedumbre delincuencia

Poco se ha estudiado la “muchedumbre delincuencia” en el delito de secuestro que se presenta cuando un grupo de individuos, sin acuerdo entre ellos, súbitamente como de improviso realizan una privación de libertad y exigen el cumplimiento de una obligación a cambio de la liberación.⁴⁴⁴

Por ejemplo: Un grupo de campesinos enardecido con sus gobernantes aprovechando que un funcionario público se encuentra solo lo privan de su libertad y exigen, a cambio de su liberación como de no quemarlo, que se eliminen los impuestos.

Ahora bien, debe distinguirse los secuestros cometidos dentro de la muchedumbre delincuencia de aquellos que son cometidos por la muchedumbre.

El primer caso, secuestro cometido aprovechando la muchedumbre, sigue las reglas descritas en líneas precedentes. De tal suerte que interesan en este punto los secuestros cometidos por la muchedumbre a cuyo

⁴⁴⁴ Vid. Prats Canut, J. M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 186 y ss.

supuesto un sector de la doctrina ha dicho que responden penalmente porque son coautores con un dolo eventual.⁴⁴⁵

Sin embargo, sostenemos que esta conclusión es incorrecta jurídicamente y de imposible aplicación material.

Es incorrecta jurídicamente porque lo que identifica a la coautoria es la conjunta planificación y ejecución del delito; cuando en el secuestro cometido por una muchedumbre delincuencial, técnicamente no hay planificación conjunta del delito, sino una espontánea y no reflexionada suma de voluntades para secuestrar, que no es lo mismo.

Además, no puede sostenerse que el delito sea realizado con dolo eventual, porque ya se sostuvo en el análisis del tipo legal que solo es de posible comisión con dolo directo.

Como la afirmación de que el secuestro perpetrado por muchedumbre es un caso de coautoria, implicaría admitir que en muchos casos, cuando son muchos los activos, no se sancionaría ya que fácticamente no puede aplicarse sanción a todos los que forman la muchedumbre ocultándose unos con otros.

Entonces opinamos que la respuesta correcta debe considerar castigar solo al líder, con el carácter de instigador, pues en la muchedumbre a veces por no decir siempre hay alguien que impone, “el incubo” y otros que obedecen o se dejan guiar, “los subcubos”.⁴⁴⁶ Siendo solo el incubo el o los líderes coautores con dolo directo y el resto son potenciales cooperadores impunes.

⁴⁴⁵ Vid. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 148.

⁴⁴⁶ Cfr. Franco Sodi, C.: Nociones de derecho penal. Ediciones Botas-México. México, D.F. 1950; p. 108.

IV. EN RESUMEN: LA AUTORIA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE SECUESTRO

En el delito de secuestro caben todas las formas de intervención que reconoce el código penal: Autoría (art. 28,1 CP), inducción (art. 28,2 CP), complicidad necesaria (art. 28, 2,b) CP) y complicidad no necesaria (art. 29 CP). Grados de intervención que, en el presente análisis, se explican a la luz de la teoría del dominio del hecho con la que se llega a la conclusión que solo se pueden ejemplificar hipótesis pero no dar reglas tajantes ya que el grado de intervención lo determina el concreto papel que desempeñe el responsable en el secuestro.

Por consiguiente se expone el siguiente gráfico en el que se pretende englobar de forma amplia y solo indiciaria la autoría como la participación en el delito de secuestro:

Autor directo – único	Cuando el secuestro se comete por una sola persona.
Autor inmediato	<p>Es quien ejecuta de propia mano la acción descrita en el tipo. Pudiendo haberlo realizado en solitario o con otros que intervienen como partícipes.</p> <p>Ejemplos: aquel que tiene el dominio de la acción inicial de privación inicial (mediante la detención y/o el encierro), y/o la extorsión y/o en recoger el rescate, en el secuestro financiero, y/o es mediador en la liberación del rehén</p>

	con poder autónomo.
La coautoría	<p>Es la plural intervención de activos en el delito de forma tal que se comete en común con otro u otros el hecho punible.</p> <p>Ejemplos: aquellos en que hay varios secuestradores que planearon en conjunto el delito y después: intervienen en la aprehensión y/o en el encierro y/o custodiando al rehén en el encierro y/o la extorsión y/o en recoger el rescate en el secuestro financiero.</p>
Autor mediato	<p>Es quien con el dominio de la voluntad (sujeto de atrás) realiza el hecho no de su propia mano, sino que utiliza a otra persona (sujeto de adelante) que es instrumentalizado para cometer el delito.</p> <p>Ejemplos: la falsificación de un certificado médico, la falsa acusación y falso testimonio o peritaje.</p>
Inductor	Es quien, directa y dolosamente, convence a otro de que realice un delito, sin que él intervenga en la

	<p>ejecución.</p> <p>Ejemplo: aquel que planifique el secuestro y pague a otro para que lo lleve a cabo.</p>
<p>Cómplices necesario</p>	<p>Es quien presta un auxilio esencial en el hecho</p> <p>Por ejemplo: quienes no participaron en la planeación solo en la ejecución, como:</p> <p>“Caballos de ajedrez”; acechando a la víctima antes de darse la privación de libertad.</p> <p>Los “peones”; que prestan un finca para enclaustrar al rehén, o conducen a la víctima al lugar del claustro; o manejan un coche que va al encuentro del que transporta al detenido para abrirle el camino y guiarle hasta determinado lugar; o cuidan a la víctima como los carceleros; a lo que comunican al “rey” con los extorsionados.</p>
<p>Cómplice no necesario</p>	<p>Es quien presta una ayuda no</p>

	<p>indispensable para que pueda presentarse el delito.</p> <p>Ejemplos: quienes no intervienen en la planificación del secuestro y su actividad puede ejemplificar en quienes se limita a preparar los alimentos para el rehén o quienes ayudan a preparar las armas o acechan a la víctima para constatar sus movimientos, etc.</p>
--	--

CAPÍTULO OCTAVO

CONCURSO DE DELITOS Y DELITO CONTINUADO

I. LOS CONCURSOS EN EL DELITO DE SECUESTRO

Los “concurros” que se pueden presentar en el delito de secuestro tienen un especial colorido por tratarse de un delito compuesto y además de efectos permanentes.⁴⁴⁷

Al ser un delito compuesto se conforma por dos actos (la privación de libertad y el condicionamiento de la libertad del rehén) lo que se traduce en un problema porque su coexistencia con otras figuras penales implica, al menos, tres actos. Los dos que implícitamente tiene el secuestro y el otro que se contiene en la otra figura. De forma tal que hay que definir certeramente su compatibilidad en cada caso concreto.

Por ser un delito de efectos permanentes puede ocurrir que mientras está transcurriendo el secuestro se presenten otros delitos, de los que también hay que definir su forma de convivencia y alcances.

En este contexto, con el secuestro pueden concurrir otros delitos siendo necesario descifrar sin concursan, si es así de que tipo o si no coexisten jurídicamente, en cuyo caso se tiene que dilucidar la razón del por qué.

⁴⁴⁷ Vid. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 184 y ss. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1979.

II. EL CONCURSO IDEAL

1. Concepto legal

El concurso ideal, previsto en el art. 77.1 CP trata de los casos en los que con una sola conducta se infringe la misma o diversas disposiciones legales dando lugar a la comisión de varios delitos.

Hay, por tanto, en el concurso ideal, unidad de acción y pluralidad de delitos cuyo régimen penológico legalmente establecido es el de castigar por la infracción más gravemente penada, en su mitad superior; salvo que resulte más beneficioso para el reo castigar los delitos separadamente.

Dentro del mismo precepto también se encuentra recogido el “concurso impropio o medial”, en el que una acción que da lugar a comisión de un delito es el medio para realizar otra acción que tiene por finalidad la comisión de otro delito. Se trata, por tanto, de un concurso real, pero, por la relación de medio a fin existente entre las acciones, se equipara penológicamente como si fuera un concurso ideal de delitos.⁴⁴⁸

2. Hipótesis de concurso ideal en el delito de secuestro

A. Puede presentarse un concurso ideal si el sayón al secuestrar conjuntamente, con esa misma conducta comete otro delito⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ Vid. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 195. Queralt Jiménez, Joan J.: Derecho penal español..., p. 167.

⁴⁴⁹ No importando que delitos que se cometan, distintos al secuestro, sean dolosos o culposos ya que “la concurrencia de un delito permanente doloso y un delito imprudente tampoco distorsiona la forma general”. Muñoz Sánchez, J.: El delito de ..., p. 283.

En este contexto técnicamente puede presentarse la privación de libertad y con esa misma conducta otros delitos. O bien, extorsionar y con esa misma conducta se incurra en otro delito.

a) Cuando al privar de la libertad conjuntamente se realizan otros delitos

Lo anterior es identificable por que la conducta del secuestrador rebasa lo estrictamente necesario para conseguir la privación de libertad, pudiendo concurrir, por ejemplo, el secuestro con lesiones u homicidio.⁴⁵⁰

Ejemplo: Juan al estar privando de la libertad a Luis, ante su resistencia, le pega con una pistola en la cabeza.

b) Cuando al estar extorsionando conjuntamente se cometen otros delitos

Es difícil imaginarse que al condicionar la liberación del encerrado, con ese mismo hecho, pueda sobrevenir otro delito que implique responsabilidad penal al activo, aunque, por supuesto subsiste la posibilidad teórica.

Por ejemplo: El secuestrador llama telefónicamente a la madre del rehén para exigirle el pago de un rescate pero la mamá del prisionero fallece de un infarto por la impresión.

En este supuesto si y solo si podrá existir concurso ideal de secuestro con homicidio, último perpetrado con dolo eventual, si el

⁴⁵⁰ Vid. Queralt Jiménez, J.: Derecho penal español..., p. 100. Orts Berenguer y otro: Compendio de derecho..., p. 440. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1980.

secuestrador conoce del estado de salud de la madre del rehén y le era previsible el resultado.⁴⁵¹

B. Cuando con el secuestro conjuntamente se actualizan otros delitos

Un específico caso de concurso ideal ocurre entre el secuestro con la figura penal de cooperación con banda armada tipificada en el artículo 576 del CP que precisa su actualización si la ayuda o colaboración con la banda favorece al secuestro, tal como lo precisa la jurisprudencia que dice:

“(...) Ante todo debe ponerse de manifiesto que la figura penal descrita en el artículo 9 (nueve) de la L.O. 9/1984 (actualmente recogida en el artículo 174 (ciento setenta y cuatro) bis a) del CP), denominada de “colaboración en actividades terroristas y rebeldes”, constituye un tipo penal de simple actividad (S. 24 enero 1992), en que el legislador por razones de política criminal fácilmente perceptibles ha optado por anticipar la barrera penal, homologando los antelativos y adelantados actos de facilitación a los propiamente lesivos o de puesta en el peligro del bien jurídico que se trata de salvaguardar (S. 26 mayo 1992), y solamente podrá ser aplicada cuando la actividad de colaboración tenga entidad autónoma e independiente de cualquier otra modalidad delictiva a la que haya contribuido (S. 17 marzo 1992), de tal modo que este tipo penal autónomo exige que los actos que lo integren no estén casualmente conectados a la producción de un resultado delictivo concreto (S. 26

⁴⁵¹ Vid. por todos, Pérez Alonso: Derecho Penal..., pp. 443 y 444.

enero 1993), por cuanto, como ha señalado la doctrina, existe una subsidiariedad táctica que hace que la punición de la integración o de la colaboración quede absorbida por la de los delitos más graves que hayan cometido (artículos 174 bis a) del código penal y (S. 17 marzo 1992). Y, en este contexto, en el apartado 3 del artículo 19 de la L.O. 9/1984, dice que “cuando los hechos relacionados con los apartados anteriores sean susceptibles de incriminación con arreglo a otro y otros preceptos se aplicara el que señale pena de mayor gravedad(...)”.⁴⁵²

C. Cuando con el secuestro se cometen otros secuestros

Esta es la hipótesis del “secuestro colectivo o simultáneo” en el cual varios pacientes del delito, en un único acto, son privados de su libertad, pero inicialmente el activo había considerado solo a un único rehén.

Por ejemplo: Juan, con la pretensión de secuestrar a Luis lo cita en una casa donde lo encierra, mas Luis no iba solo sino con Pedro quien también queda encerrado y quien es liberado cuando se paga el rescate.

En este modelo se actualiza el secuestro en concurso ideal ya que con una sola conducta se materializa una doble afectación al bien jurídico relativo a la libertad ambulatoria.

No es óbice para sostener lo anterior el hecho de que el secuestrador no haya exigido dinero por el pago de la liberación de la segunda víctima, ya

⁴⁵² STS de 17 de noviembre de 1994.

que estaba implícito, “venía en el paquete”. El único requerimiento para la estructuración del concurso es que el activo, haya sabido que había otro secuestrado y no lo haya liberado.

III. CONCURSO REAL

1. Concepto legal

Por otro lado, el concurso real se presenta cuando se realizan varias acciones que dan lugar a la existencia de varios delitos.

Así su estructura se basa en la pluralidad de conductas que producen una pluralidad de delitos y se regula en el artículo 73 y ss. del CP, que se castiga con un sistema de acumulación de penas por las infracciones penales cometidas, con diversas limitaciones legales para que la pena finalmente aplicable no sea excesiva.

Pudiéndose presentar, entre los otros, los siguientes supuestos de concurso real de secuestro.

2. Cuando antes o después del secuestro se comete otro delito.

Verbigracia: Pablo le roba a Pedro su cartera descubriendo que tiene varias tarjetas de crédito por lo que supone que tiene solvencia económica por lo que opta por secuestrarlo. Después, cuando se paga el rescate y se libera el rehén, el secuestrador por temor a ser reconocido busca, encuentra y mata al secuestrado.

En este caso, existe concurso real entre robo, secuestro y homicidio.⁴⁵³

⁴⁵³ Vid. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 189.

La jurisprudencia española se ha pronunciado sobre casos de concurso real literalmente indicando:

“(...) El tribunal de instancia no distinguió suficientemente o confundió, la inmovilización o paralización instantánea del sujeto pasivo mientras se está cometiendo el robo, pero única y estrictamente en el tiempo preciso de realización de los actos apoderativos y la privación de libertad como episodio independiente realizado fuera del acto depredatorio, aunque tal privación tenga por causa y esté enderezada a conseguir un futuro apoderamiento lucrativo. En el primer caso la privación de las posibilidades deambulatorias quedaría embebida y consumida en el robo. En el segundo, por el contrario, nos hallaríamos ante un concurso medial de delitos, previsto en el art. 77 del CP (privación de libertad como medio necesario para robar) (...). Las razones expuestas determinan la estimación del recurso, lo que hace debamos plantearnos si el delito de detención ilegal se halla en relación de medio a fin (concurso media) con el delito de robo o en concurso real. Es evidente que la privación de libertad sólo tenía sentido en razón de los propósitos lucrativos de los acusados, pues es incontestable que, faltando éstos, la comisión de un delito tan grave, como es el de detención ilegal, no se hubiera cometido. Era efectivamente necesario para ejecutar el otro delito (el de robo) conseguir previamente el número secreto de la tarjeta magnética del cajero automático; como

necesario era el traslado a las oficinas bancarias, primero para extraer dinero mediante la tarjeta, después para interesar del propia perjudicado personalmente el reembolso del numerario que poseía en la oficina bancaria. Hasta aquí los delitos pudieron entenderse cometidos en concurso medial, en tanto en cuanto entre las dos acciones existe una conexión interna o relación teleológica, de forma tal que si excluyéramos hipotéticamente uno de los delitos, el otro no se hubiera producido. La pena a aplicar (art. 77.2 CP), la señalada a la infracción más grave en su mitad superior tendría una incidencia mínima sobre las ya impuestas. Sin embargo, en nuestro caso, después de perfeccionarse el delito de robo, los acusados siguieron privando de libertad al ofendido, llevándole en un taxi hasta el lugar que creyeron oportuno, y tal retención ya no podemos considerarla como medio comisivo del robo que se acababa de consumir. Los hechos, por tanto, integran un concurso real de delitos (...).⁴⁵⁴

“(...) La violencia consistente en la privación de libertad ambulatoria durante el episodio central del hecho del robo queda integrada en la violencia constitutiva de este otro delito ahora definido en el art. 242 CP. (STS de 28 de mayo de 2001; en el mismo sentido, SSTS de 4 de julio de 1986, 3 de mayo de 1990, 21 de octubre de 1991, 26 de junio

⁴⁵⁴ STS de enero de 2002.

de 1992, 18 de mayo de 1993, 7 de abril de 1994, 10 de julio de 1995, 8 de octubre de 1998, y 8 de julio, 11 de septiembre y 22 de noviembre de 2000) (...).⁴⁵⁵

“(...) La jurisprudencia de esta sala ha dicho con reiteración que no integran el delito de detención ilegal aquellas inmovilizaciones del sujeto pasivo del robo de transitoria duración e inherentes a la actividad expoliatoria desplegada por el agente, que quedan absorbidas por el comportamiento depredatorio (STS de 27 de marzo de 2001; en el mismo sentido, SSTS de 16 de enero de 1997, 17 de diciembre de 1997 y 13 de febrero de 1998) (...).⁴⁵⁶

“(...) La doctrina de esta sala acerca de la relación de los delitos de robo con intimidación y detención ilegal (...), aplica el concurso de normas o de leyes, únicamente en aquellos supuestos de mínima duración temporal, en los que la detención, encierro o paralización del sujeto pasivo tiene lugar durante el episodio central del apoderamiento, es decir mientras tiene lugar la actividad de aprehensión de la cosa mueble que se va a sustraer, y queda limitada al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo conforme al modus operandi

⁴⁵⁵ SSTS de 28 de mayo del 2001, 8 de octubre de 1998, 8 de julio, 11 de septiembre y 22 de noviembre de 2000.

⁴⁵⁶ SSTS de 27 de marzo de 2001, 16 de enero de 1997, 17 de diciembre de 1997 y 13 de febrero de 1998.

utilizado, por entender que en estos supuestos, y únicamente en ellos, la detención ilegal queda absorbida por el robo, atendiendo a que todo robo con violencia o intimidación afecta, aun cuando sea de modo instantáneo, a la libertad deambulatoria de la víctima (...).⁴⁵⁷

“(...) Esta sala tiene declarado, como son exponentes las sentencias de 11 de septiembre de 1998, 6 de julio de 1998 y 27 de diciembre de 1999, entre otras, que el delito de robo entraña y absorbe la pérdida momentánea de la libertad cuando se realiza durante el episodio central del hecho y que no se cumplen los elementos tendenciales de la figura de detención ilegal al estar comprendida dentro de la normal dinámica comisiva del robo con violencia o intimidación, siempre que quede limitada al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo según el modus operandi de que se trate (sentencia de 23 de mayo de 1996). Por el contrario, el delito de detención ilegal no queda desplazado y absorbido por el delito de robo, cuando la privación de libertad supera y excede de la que sería normal y característica en la dinámica comisiva de la infracción contra el patrimonio ajeno (STS de 17 de abril de 2000; en el mismo sentido, STS de 13 de marzo de 2000.⁴⁵⁸

⁴⁵⁷ STS de 23 de junio de 2000.

⁴⁵⁸ SSTS de 17 de abril de 2000 y 13 de marzo de 2000.

3. Cuando con ocasión de un secuestro se comete otro delito

Ejemplo: Unos secuestradores ya con el rehén en la cajuela huyen a toda velocidad en un coche. Más atropellan a una transeúnte matándola, no habiendo sido su intención sino que el resultado surgió por una trasgresión a un deber legalmente exigible: Conducir siempre con precaución.

Luego, en dicho supuesto se presenta un concurso real de secuestro con homicidio imprudencial.

4. Caso del concurso real de secuestro con delitos contra la vida o la integridad corporal

A fin de abarcar un mayor número de hipótesis posibles se dividen los siguientes casos:

A. Si con el fin de privar de la libertad o mantenerla se cometen delitos contra la integridad corporal: Se presenta un concurso aparente de leyes.

B. Si al exigir el cumplimiento de la libertad del secuestrado se causan lesiones, por ejemplo se mutila la oreja del secuestrado y es le entrega a los extorsionados: Hay concurso ideal.

C. Si se cometen delitos contra la integridad corporal después del secuestro: Hay concurso real.

Un caso que merece especial atención es aquel en que:

Roberto, secuestrador solitario, es detenido por la policía después de cometer un secuestro pero aun cuando no libera al rehén, siendo el único que sabe dónde está. Entonces, asesorado por su abogado, hace uso de su derecho constitucional permaneciendo callado al momento de rendir su declaración, por lo que no se localiza al rehén y este muere.

En esta hipótesis, Roberto debe responder penalmente por el secuestro como por el delito de homicidio en omisión impropia, ya que al secuestrar a una persona a la que enclaustra se convierte en garante de su seguridad personal.⁴⁵⁹

Pero además, el abogado si conocía que el activo sabía donde estaba el rehén y recomendó a su cliente que permaneciera callado, debe responder como instigador de homicidio. En el entendido que el derecho de defensa nunca puede estar por encima del derecho a la vida, ni es argumento valido para pasar por encima de otros bienes jurídicos valiosos.

D. Caso de secuestro con extorsión en el que no hay concurso

Cuando en el secuestro se extorsiona a un tercero no existe concurso pues la extorsión es parte misma del secuestro. Pero el caso de una privación de libertad donde se extorsiona al mismo rehén para que haga algo. ¿Hay concurso?

⁴⁵⁹ “(...) Quien detiene a una persona, privándola ilegalmente de su libertad, en su inicio o en su desarrollo, (...) adquiere por esta sola circunstancia, la calidad de garante cualificado (...)” Blanco Lozano, C.: La detención ilegal con desaparición del sujeto pasivo en el nuevo código penal. La ley – actualidad. Tomo 5. D-322. La Coruña España. 1996, p. 1600. En similar sentido Serrano Gómez, A.: Derecho Penal. Parte especial..., p. 165.

En ejemplo: Pedro, narcotraficante, con el fin de que Pablo le firme unas escrituras sobre un terreno donde siembra droga, el cual no le quiso vender voluntariamente, lo priva de su libertad y lo lleva a una bodega para que firme a su favor una compraventa.

En este supuesto no hay concurso solo existe un secuestro impropio antes clasificado cuando se analizo el tipo legal y la extorsión queda calada dentro del tipo antes señalado.

E. Caso de secuestro con extorsión en el que hay concurso.

Para este supuesto hay que analizar un caso en el que con el secuestro se afecta la libertad ambulatoria del rehén y luego aprovechando esa situación se exige el pago del rescate a una persona que no tiene relación con el rehén, pero quien accede a cubrir el importe por miedo a ser una futura victima o por solidaridad social.

Ejemplo: Juan le exige a Luis que pague un millón de euros por la liberación de Lupita a quien no conoce. Mas Luis interpreta el hecho como una amenaza de lo que le puede pasar y paga el rescate.

En este ejemplo sobresale que el secuestro tuvo un efecto intimidatorio y que la sucesiva extorsión es ajena al primer delito mencionado, por lo que se presenta un concurso real.

Ahora bien, si la condición que se exige es de entrega dinero se presenta el concurso de secuestro con robo calificado por intimidación. Y si la condición que se exige no es en numerario se presenta un secuestro más una extorsión.⁴⁶⁰

⁴⁶⁰ Vid. Queralt Jiménez, J. J.: Derecho penal español...., p. 104.

IV. CONCURSO APARENTE DE NORMAS

1. Concepto

No se entra al estéril debate sobre cual es el mejor nombre que identifiquen el tema si “concurso de leyes” o “normas incompatibles entre sí” o “inexistencia de concurso” etc., etc. y se asume la denominación de “concurso aparente” a razón de que su solo nombre es revelador de la institución que se aborda.

Hablamos de concurso aparente de normas cuando con la conducta del sujeto, en principio, parece infringir varias normas penales que dan lugar a la comisión de varios delitos. Pero, sólo es una apariencia, pues, tras una adecuada interpretación y valoración del hecho se llega a la conclusión de que hay una norma que agota el total contenido de injusto del hecho, desplazando o excluyendo la aplicación de las demás. Por lo que finalmente termina habiendo unidad de acción y de delito.

Así el concurso aparente de normas es la irreal existencia de plurales figuras penales que se deriva porqué su aplicación conjunta implica una violación al principio de *ne bis in idem*.

Tiene, por tanto, un presupuesto similar al concurso ideal de delitos, en el sentido de que hay un solo comportamiento que parece infringir varias disposiciones penales, pero con la particularidad de que finalmente solo resulta aplicable una de las normas en conflicto que da lugar a un solo delito y que agota lo injusto del hecho.

Por el contrario, en el concurso ideal de delitos la aplicación de una norma no excluye la aplicación de las demás, pues para valorar el total contenido de injusto del hecho se hace necesario la aplicación conjunta de varias normas que dan lugar a la comisión de varios delitos.

El concurso aparente de normas aparece regulado en el artículo 8 CP, donde se establece el orden de preferencia de las normas aplicables en

función de que exista una relación de especialidad, subsidiariedad, consunción o alternatividad.

2. Algunas consecuencias del tema de concurso aparente de normas que se presentan en el delito de secuestro

A. Por ser un tipo mixto alternativo

Una consecuencia de que el secuestro es un tipo mixto alternativo, por enunciarse con dos verbos encerrar o detener, es que si se presentan ambos simultáneamente, no hay concurso, pues no hay pluralidad delictiva sino solo dos formas de referir como se puede privar de la libertad.⁴⁶¹

B. Por ser un tipo compuesto

El secuestro es una figura compuesta de dos delitos que se unen formando otro distinto, lo que trae como consecuencia que guarda una relación de especialidad con las conductas que lo componen: detenciones cometidas por particulares, extorsión y amenazas.

Así que las figuras conformantes del secuestro, las detenciones, la extorsión y las amenazas, no pueden coexistir jurídicamente de forma independiente y su existencia esta condicionada subsidiariamente a que no exista secuestro.⁴⁶²

⁴⁶¹ Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 259.

⁴⁶² De tal suerte que "la privación de libertad puede concurrir con otros delitos, pero adquiere autonomía en su funcionamiento y punición cuando no es el medio para cometer otro más grave o bien no constituye elemento integral de otra figura. De darse tales fenómenos dicha privación de libertad podía quedar subsumida en el delito mas grave por ser incompatible su aplicación simultanea." Pavón Vasconcelos, F.: Secuestro. En diccionario de..., p. 821.

C. Cuando los verbos típicos se presentan distanciados en el tiempo

El secuestro, como se ha reiterado, se integra con dos actos, pudiéndose presentar dichos actos distanciados en el tiempo. Es decir que primero se da la detención de una persona y mucho tiempo después, por decir algo un año, se exige el cumplimiento de una condición.

El inconveniente antes indicado se soluciona atendiendo a que si bien hay dos o más acciones, por los efectos permanentes del delito de secuestro, no hay concurso si no solamente un delito, el multireferido secuestro.⁴⁶³

D. Caso del secuestro calificado con la agravante de fingimiento de autoridad

En este caso hay un concurso aparente de normas, como se sostuvo al analizar la calificativa de merito. Empero existen autores⁴⁶⁴ que precisan la posibilidad de concurso con la explicación de que una cosa es el ejercicio de actos propios de una autoridad o funcionario público y otra cosa es la simulación de esas funciones.

Pues bien, el artículo 402 del código penal español, en lo conducente dice: “El que ilegítimamente ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial (...)”.

De la redacción del anterior precepto se tiene que dentro de los actos ilegítimos propios de una autoridad está la simulación. Ergo el ilegítimo ejercicio de autoridad y el de simular, no son cosas distintas sino que los segundos están comprendidos en actos de los primeros, en una relación de medio a fin, por lo que se actualiza un concurso aparente de normas.⁴⁶⁵

⁴⁶³ Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de..., p. 258.

⁴⁶⁴ Vid. Ferrero Hidalgo, F. y otra.: Delitos contra la libertad..., p. 269.

⁴⁶⁵ Vid. Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones..., p. 261.

E. Caso del secuestro calificado con la agravante que requiere que el ofendido sea funcionario público

Se discute si concursa el delito de atentado, con la figura penal de secuestro calificado por la modalidad de que la víctima del delito sea un servidor público.

Pues bien, se presenta un concurso aparente de normas pues, atender al concurso, implicaría valorar doblemente el hecho de que el paciente del delito sea funcionario público, con ello transgrediendo el principio *non bis in idem*.

V. DELITO CONTINUADO

1. Concepto legal

El delito continuado, previsto en el artículo 74 CP, se actualiza en el caso de plurales conductas que materialmente son plurales delitos, por ficción jurídica se consideran uno solo.

Para que se actualice un secuestro en delito continuado debe presentarse una pluralidad de privaciones de libertad como exigencias de condiciones, fincadas a cambio de la liberación del rehén por lo que se requiere: a) Repetición de secuestros, b) con el mismo propósito, c) identidad de rehén, d) no se requiere identidad del extorsionado.

Por ejemplo: Se secuestra en más de una ocasión a la misma persona por venganza y con el propósito de arruinar financieramente a su familia.

Entonces la pluralidad de conductas que inicialmente se presentan separadas en el mundo real, sin embargo, jurídica – virtualmente se consideran una sola y por contrario, cuando se afectan a varias personas habrá tantos secuestros como tantos rehenes haya.⁴⁶⁶

2. Necesidad de identidad de rehén para que se actualice el delito continuado

Como se sostuvo previamente uno de los requisitos para la existencia de un delito continuado es que el rehén sea el mismo, pues en otro caso existirán tantos delitos como víctimas haya.⁴⁶⁷

⁴⁶⁶ Vid. SSTS 15 de octubre de 1997 y 22 de octubre de 1999. En el plano de la doctrina Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 189. Orts Berenguer y otro: Compendio de derecho..., p. 439.

⁴⁶⁷ Vid. Landrove Díaz, G.: Detenciones ilegales y..., p. 84. Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español..., p. 100. Escobar Jiménez, R.: Delitos contra la libertad. En código penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia. Serrano Butrageño, Ignacio

Concordante con lo anterior la jurisprudencia española señala:

“(...) La jurisprudencia ha conceptualizado el delito de detención ilegal como una infracción afectante a bienes eminentemente personales, como es la libertad del individuo, y estima “no uno, sino diez, los delitos de tal clase, por ser diez precisamente los sujetos afectados en sus derechos personalísimos a los que se impide la libertad ambulatoria”, derechos intransferibles e inseparables de la persona. Y tal criterio tradicional se mantiene en posteriormente resoluciones, que rechazan abiertamente la continuidad delictiva cuando la información afecte a bienes eminentemente personales, como el de la libertad en sus variadas manifestaciones (STS 6 julio 1983, 6 marzo y 4 octubre 1984, 17 abril 1991 y 26 octubre 1992). El delito por el que aparecen, en el caso, castigados los acusados – secuestro de los artículos 164 y 165 CP 1995- constituye una infracción dolosa que ataca bienes jurídicos eminentemente personalísimo; así, y aunque exista una unidad de acción – más bien una coexistencia y concurrencia de acciones simultáneas contra los sujetos pasivos-, los bienes jurídicamente atacados impiden la unidad delictiva y continuación del mismo bien jurídico. Se trata de tipicidad de consumación instantánea, aunque luego mantenga la situación la

situación antijurídica por su carácter permanente (...).”⁴⁶⁸

⁴⁶⁸ STS de 15 de octubre de 1997. Ponente Sr. José Manuel Martínez – Pereda Rodríguez.

VI. EN RESUMEN: CONCURSOS EN MATERIA DE SECUESTRO

Los “concurso” ideal, real y aparente, como el caso del delito continuado acontecibles en el delito de secuestro aunque tienen un tildes singular por ser un delito compuesto y de efectos permanentes, observan las reglas comunes que impregnan a todos los delitos, por lo que a manera de resumen se exponen los siguientes casos:

Tipo de concurso	Hipótesis
Ideal	<p>Si el secuestrador al privar de la libertad conjuntamente realiza otros delitos.</p> <p>Ejemplo de concurso ideal de secuestro más lesiones: Juan al estar privando de la libertad a Luis, ante su resistencia, le pega con una pistola en la cabeza.</p>
	<p>Si el secuestrador al condicionar la liberación del prisionero comete otro delito.</p> <p>Ejemplo de concurso ideal entre secuestro y homicidio: El secuestrador, conociendo su salud, llama telefónicamente a la madre del rehén para exigirle el pago de un rescate pero la mamá del prisionero fallece de un infarto por la impresión.</p>
	<p>Cuando con el secuestro conjuntamente se actualizan otros delitos.</p> <p>Ejemplo de concurso ideal de secuestro con la</p>

	<p>figura penal de cooperación con banda armada: si la comisión del secuestro se realizó con una banda organizada.</p>
	<p>Cuando con el secuestro se cometen otros secuestros.</p> <p>Ejemplo de concurso ideal de secuestro con otro secuestro: Juan, con la pretensión de secuestrar a Luis lo cita en una casa donde lo encierra, mas Luis no iba solo sino con Pedro quien también queda encerrado y quien es liberado cuando se paga el rescate.</p>
Concurso real	<p>Cuando antes o después del secuestro se comete otro delito.</p> <p>Ejemplo de concurso real de robo con secuestro y homicidio: Pablo le roba a Pedro su cartera descubriendo que tiene varias tarjetas de crédito por lo que supone que tiene solvencia económica por lo que lo secuestra. Después, cuando se paga el rescate y se libera el rehén, el secuestrador por temor a ser reconocido busca, encuentra y mata al secuestrado.</p>
	<p>Cuando con ocasión de un secuestro se comete otro delito.</p> <p>Ejemplo de concurso real de secuestro más</p>

	<p>homicidio imprudencial: Unos secuestradores ya con el rehén en la cajuela huyen a toda velocidad en un coche. Más atropellan a una transeúnte matándola, no habiendo sido su intención sino que el resultado surgió por una trasgresión a un deber legalmente exigible: Conducir siempre con precaución.</p>
Concurso aparente de normas	Si el secuestro se comete encerrando y deteniendo, solo existirá un solo secuestro.
	Si existe secuestro no pueden actualizarse las figuras penales de detenciones cometidas por particulares, extorsión ni amenazas.
	Si el secuestro se comete primero privando de la libertad y no consecutivamente sino tiempo después condiciona su liberación, existe solo secuestro no detenciones ni extorsión.
	Si se comete secuestro en el que el activo finge ser una autoridad, solo existe secuestro no usurpación de funciones.
	Si se comete secuestro de un funcionario público, solo existe secuestro y no un delito de atentado.
Delito continuado	Se secuestre en más de una ocasión a la misma persona.

CAPÍTULO NOVENO

TIPOS AGRAVADOS

Genéricamente las calificativas del delito de secuestro atienden a una especial desventaja de la víctima o a la singular manera de afectar el bien jurídico.

Concretamente las agravantes son: 1. Por el tiempo de la reclusión. 2. Por una situación de superioridad del victimario en contraste con la vulnerabilidad de la víctima. 3. Porqué el activo es un funcionario público en ejercicio de sus funciones. 4. Porqué el secuestrador no de razón del paradero del rehén. Como 5. porqué el agente del delito es autoridad o funcionario público y no haya mediado causa por delito.

I. POR EL TIEMPO DE LA RECLUSIÓN

1. Enunciación legal

El artículo 163.3 CP señala: “Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o la detención ha durado mas de quince días”

2. Fundamento de la agravante

La agravante en cita tiene un fundamento objetivo - cronológico pues considera el desvalor del resultado precisamente la duración de la privación de libertad.⁴⁶⁹

⁴⁶⁹ “La ratio de la mencionada agravante de la pena se encuentra en el mayor contenido del injusto y de desvalor del resultado consecuente de una privación de libertad prologada. La psiquiatría criminal, la victimología y, en general psicología forense pueden ser ciencias complementarias en la indagación del plus de antijuricidad que conlleva un ataque a la libertad personal duradera en el tiempo. El shock post – traumático, posterior a la detención ilegal o al secuestro, han sido estudiados por estas ciencias llegando a conclusiones que nos ofrecen la autentica indole del ataque

3. Momento en que debe computarse la calificativa

El momento en que debe iniciar el computo de los quince días es desde que se priva de la libertad al secuestrado⁴⁷⁰ hasta transcurridas veinticuatro horas del décimo quinto día. De tal suerte el secuestro calificado concurriría sólo cuando materialmente la privación de libertad dure dieciséis o más días.

4. Crítica

Se ha refutado esta calificativa, dándole el mote de “notable rusticidad” y criticándola por basarse solo en criterios cronológicos, cuando existe otros argumentos de mayor valía que se deben considerar para agravar el secuestro tal como la calidad de la reclusión del secuestrado.⁴⁷¹

Al igual, se puede argumentar contra la calificativa en estudio el hecho de que la mayoría de los secuestros duran más de quince días y si es un caso “ordinario” no puede ser considerado como unos supuestos agravados ya que la característica de estos es que atienden a situaciones excepcionales.

consistente en la privación de libertad de movimientos, ello unido al impacto psíquico, duradero, consecuencias irreversibles que pueda llegar a generar este tipo de ataques.” Quintanar Díez, M.: Comentarios al código penal..., p. 43. En el mismo sentido Vives Antón, T.S. y otros: Derecho penal. Parte especial..., p. 174. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 190. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 187. Muñoz Conde, F.: Derecho penal. Parte especial., p. 171. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1983. Queralt Jiménez, Joan J.: Derecho penal español..., p. 174. Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p. 183.

⁴⁷⁰ Vid. STS de 16 de mayo de 1996. En el plano doctrinal Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 190. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 187. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 1983.

⁴⁷¹ Cfr. Polaino Navarrete, M.: Detención ilegal y..., p. 606.

No obstante las precedentes críticas son solo parcialmente correctas. La primera diatriba acierta en que existen otras causas no legisladas que convenientemente deberían ser calificativas.

Sin embargo, el hecho de que la actual legislación no considere todas las calificativas que son recomendables no es razón para suprimir la que se estudia que también es recomendable ya que implica una doble afectación.

Una afectación es para el secuestrado porqué cada día que sufre de enclaustramiento es un perjuicio para el prisionero, máxime si esos días llegan a una quincena. Tiempo que se traduce en mayor agresión al bien jurídico tutelado.⁴⁷²

Otra aflicción con el tiempo que dura el secuestro es cuando existen extorsionados y allegados del prisionero, pues durante el tiempo que dura la privación de la libertad, se puede presentar lo que los psicólogos suelen denominar “muerte suspendida” por el sufrimiento prolongado y la probabilidad real de la muerte del pasivo.⁴⁷³

Por dichas razones, la calificativa que atiende a que el secuestro dure más de quince días es correcta e incorrecta la crítica.

En lo que ocupa a la segunda refutación que señala que la ordinariedad invalida la calidad de la calificativa, no es un argumento sostenible en razón de que se desvía del tema pues no considera la razón de la agravante.

A más, es un sofisma sostener que las agravantes son por conductas excepcionales y la figura simple es la regla general, ya que este argumento puede ser consecuencia pero no motivo. Es decir las calificativas pueden llegar a ser consecuencia de asuntos excepcionales porqué excepcionales se presentan los casos mas graves. Pero el motivo para constituir una calificativa es por la esencia del caso grave.

⁴⁷² Vid. Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español..., p. 102.

⁴⁷³ Vid. <http://www.guanajuato.gob.mx/pgjeg/informes/boletinsecuestro.pdf>. Consultado el 24 de octubre del 2006.

II. POR UNA SITUACIÓN DE SUPERIORIDAD DEL VICTIMARIO EN RELACIÓN A LA FRAGILIDAD DE LA VICTIMA

1. Enunciación legal

El precepto 165 CP indica: “Las penas de los artículos anteriores se impondrá en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o el secuestro se han ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz o funcionario público en ejercicio de sus funciones.”

Este artículo prevé, de manera alternativa, tres supuestos agravados de secuestro grosso modo atendiendo a una situación de vulnerabilidad del rehén.

2. Por simulación de autoridad o función pública

A. Fundamento

La calificativa en análisis finca su *ratio* de existencia en la posición de “superioridad aparente”, pero muchas veces efectiva, por el disfraz que utiliza el agente del delito para vencer la resistencia del ofendido.

B. Características

Son dos hipótesis similares en una. Una referida a la persona y otra referida a las atribuciones. La primera implica el disfraz de una persona que no es (autoridad) y otra envuelve el tapujo de una actividad oficial (función pública). Dos variantes de una única “usurpación de funciones públicas” previstas en el ordinal 402 del CP.⁴⁷⁴

⁴⁷⁴ “El abuso de uniforme o identificación oficial facilita la comisión del delito al no levantar sospechas por parte de los ciudadanos que creen que son detenidos por la autoridad, y ofrecerán menor resistencia a ser privados de su libertad.” Mirat Hernández, P.:

No hay unánime aceptación en el sentido de que esta calificativa implique una “usurpación de funciones” ya que hay quienes señalan que una cosa es “usurpar” y otra distinta “simular”.⁴⁷⁵

Pero en realidad se trata de una “usurpación de funciones públicas”, pues “usurpar” y “simular” si bien no son palabras sinónimas en el caso materialmente implican lo mismo ya que usurpa quien finge algo que no es y simula quien aparenta algo que no es⁴⁷⁶ por lo que es ociosa una mayor disertación.

En otro orden de ideas, aparentemente la ley supone que la “simulación” implica un engaño que intenta el activo, pero la ley no establece como imperativo que se haya logrado engañar al ofendido. Piénsese en el caso en que el secuestrador haya simulado ser policía pero la víctima no lo creyó. A pesar de ello, lo inefectivo del engaño es totalmente indiferente para la configuración de la agravante.

Tampoco la ley precisa que tipo de autoridad o función pública es la que puede ser imitada, así que puede ser cualquiera, desde aquella que esté facultada para detener, como un juez, policía etc.,⁴⁷⁷ hasta aquella que no tenga en su haber facultativo la posibilidad de disponer de la captura de una persona.

Mientras que la simulación de “función pública” implica que el secuestrador finja tener atribuciones oficiales de cualquier naturaleza que provenga del estado, comunidad autónoma, provincia o municipio.⁴⁷⁸

Detenciones ilegales..., p. 198. En similar sentido Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 192. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 187. Muñoz Conde, F.: Derecho penal. Parte especial..., p. 173. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 206. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 2005. Escobar Jiménez, R.: Delitos contra la libertad..., p. 1017.

⁴⁷⁵ Vid. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 2005.

⁴⁷⁶ Vid. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 2005.

⁴⁷⁷ Vid. Ferrero Hidalgo, F. y otra: Delitos contra la..., p. 269. En contrario Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 187. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 2005.

⁴⁷⁸ Vid. Escobar Jiménez, R.: Delitos contra la libertad..., p. 1017.

Así las cosas, la eficacia o ineficacia del engaño pretendido con la simulación o el tipo de autoridad o función pública copiadas son intrascendentes para la actualización de la calificativa.

No es admisible otro tipo de conclusión pues la ley no hace distinción y cuyo corolario es que tampoco debe hacer distinción el intérprete, ya que en caso contrario implicaría una “interpretación legislativa”, creativa de particularidades que el legislador no impuso ni tampoco pueden ser obtenidos a través de adecuada interpretación.⁴⁷⁹

C. Fin de la simulación.

La ley no establece literalmente cual debe ser el fin de la simulación de la autoridad o de la función.

Aun así, acorde a la redacción de la calificativa que utiliza la palabra “ejecutando”, se infiere que la simulación se limita a los casos en que la misma es utilizada como un medio comisivo del secuestro y no para otro fin como puede ser burlar a las autoridades.

Ejemplos:

De la actualización de la calificativa: Mario disfrazado de policía y con identificaciones falsas se presenta ante Rafaela asegurándole que se encuentra acusada del delito de robo le ordena que lo acompañe a fin de que se aclare la situación y con dicho engaño consigue que Rafaela lo siga y pueda consumir su privación de libertad.

De la no actualización de la calificativa: Una banda de secuestradores planificaron para poder huir, después de haber privado de la libertad al secuestrado, disfrazarse de policías engañando a

⁴⁷⁹ En este sentido Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 2005.

los verdaderos agentes del orden y pudiéndose escapar llevándose al ofendido.

D. Imposibilidad de la concurrencia de la calificativa de simulación con la prevista en el artículo 22.2 del CP.

La calificativa, prevista específicamente para el caso de secuestro relativa a la simulación de autoridad o de función pública, de acuerdo al principio de especialidad desplaza la aplicación de una agravante genérica prevista en el artículo 22.2 del CP que establece como circunstancias agravantes genéricas a todos los delitos, cuando al: Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.

La agravante que se estudia en este punto es especial para el delito de secuestro y por ello, en caso de su actualización, releva a la general prevista para todos los delitos.

E. Crítica

Hay quienes sostienen la inconveniencia de agravar el delito de secuestro con la calificativa que se estudia amparándose en el argumento de que la conducta de fingimiento de autoridad por si solo no agrava la situación de la víctima.⁴⁸⁰

Contrariamente, consideramos que la conducta que ocupa la agravante si pone de manifiesto una situación de desventaja a la víctima, salvo casos especiales en que el secuestrado no caiga en el engaño; pero aun así, en uno y otro caso debe reprimirse penalmente la usurpación de funciones públicas, lo hace incuestionablemente beneficiosa la calificativa.

⁴⁸⁰ En este sentido Pavón Vasconcelos F.: Secuestro..., p. 934

3. La víctima fuere menor de edad o incapaz

El telos de la agravante se guarece en el criterio objetivo de vulnerabilidad del ofendido resultado de la presunción *iure et iure* de que todo aquel menor de edad o quien sufre una incapacidad sobrellevan una especial fragilidad.⁴⁸¹

A. Por minoría de edad

a) Los que se encuentran en el supuesto

La ley considera, para todos los casos, que los menores de 18 años, son más vulnerables que el resto de las personas y, en atención a ello, merecen un trato diferenciado.⁴⁸²

b) Crítica

Sin embargo, no todo menor de edad por ese hecho es más endeble que un adulto, particularmente cuando se habla de adolescentes que se ubican entre 16 y 18 años quienes pueden tener habilidades físicas, como algunos deportistas de elite.

⁴⁸¹ Vid. STS de 28 de octubre de 1976. En el plano doctrinal Ferrero Hidalgo, F. y otra.: Delitos contra la..., p. 269. En similar sentido Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 192. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 187. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 206. Arroyo Zapatero, L. y otros (varios directores). Comentarios al código..., p. 402. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 2005. Queralt Jiménez, Joan J.: Derecho penal español..., p. 175.

⁴⁸² Vid. Cabanellas, G.: Secuestro de personas. En diccionario enciclopédico de derecho usual. Editorial Heliasta. 21ª edición. Tomo VII de VIII. Madrid, España. 1989; p. 311. Díaz de León, M.A.: Derecho penal mexicano. La reforma de 1996. Porrúa. México, D.F. 1997; p. 90.

Más si son especialmente endeble los menores de doce años; como las mujeres que además de secuestradas pueden ser víctimas de abuso sexual y los adultos mayores porqué con el secuestro corren el potencial riesgo de morir.

B. Por incapacidad del rehén

El concepto de incapaz, al tenor del artículo 25 del CP, es toda persona que padece una enfermedad de carácter persistente que le impide gobernar su persona o sus bienes por si mismo, con independencia de que haya o no sido declarada dicha incapacidad.

De acuerdo al precepto antes indicado y al fin de la calificativa en estudio, los incapaces a los que se refiere son solo aquellos que efectivamente carecen de capacidad para entender, como querer sobre su facultad traslaticia y el activo conozca dicha situación.

Así se excluyen las personas que tienen problemas físicos,⁴⁸³ como los que tengan parcial carencia de entendimiento pero pueden determinar por si solos decidir donde estar.

En efecto, una persona con deficiencias físicas si bien sufre una natural e inevitable vulnerabilidad no es aquellas a las que se refieren la agravante.

La agravante ocupa la palabra incapaz y dicho vocablo en el pretérito era referido para todos aquellos que sufrían un problema físico o mental.

Sin embargo en la actualidad la palabra incapaz se limita a los casos de aquellos que sufren un problema mental por deficiencias en su comprensión o deficiencias en su capacidad de querer, pero no se ocupa de los casos de deficiencias o capacidades físicas diferentes.

⁴⁸³ Vid. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 187.

Por otro lado, para que se constituya la agravante de merito el paciente del delito debe tener ausencia total de discernimiento y de voluntad en lo que ocupa al ámbito de la libertad ambulatoria.

Si la incapacidad es solo parcial pero el rehén aunque limitado de sus facultades para determinar su situación espacial sin auxilio de nadie, se excluye la agravante. Supóngase el caso de:

Un sujeto que judicialmente es declarado incapaz para administrar sus bienes, pero el libremente decide donde vivir y donde situarse espacialmente hablando.

Entonces, si el paciente del delito es suficientemente capaz para situar por si solo o determinar su derecho ambulatorio no está en una posición objetiva de desventaja que lo diferencie de otros rehenes “normales” y entonces el fin de la agravante consistente en punir mas arduamente a quien afecta a los mas vulnerables, no existe, ergo no se actualiza la calificativa en estudio.⁴⁸⁴

Por otro lado, la incapacidad que exige esta agravante no requiere ser declarada en juicio para que actualice la calificativa, ni habiendo siendo declarada judicialmente necesariamente implica la actualización de la calificativa.

La incapacidad que requisita la calificativa es un “concepto material como real de imposibilidad” para auto-decidir su situación espacial. Lo que necesita ser catalogado por un juez penal atendiendo a la singularidades de cada caso específico.⁴⁸⁵

En realidad, toda “incapacidad” es un elemento normativo el cual debe ser valorado y decretado por el juez penal acorde a la flaqueza de discernir del rehén en la esfera de su potestad ambulatoria.

⁴⁸⁴ En este sentido Mirat Hernández, P.: Detenciones ilegales..., p. 198.

⁴⁸⁵ Vid. Landrove Díaz, G.: Detenciones ilegales y..., p. 160.

Lo anterior puede originar una colisión entre la resolución de un juez civil versus la de un juez penal, ya que una persona puede ser judicialmente declarada incapaz en la vía civil pero no penalmente y viceversa. Divergencia sin importancia pues atienden a diversos fines.

Como contra-argumento podría sostenerse que la ley no hace distinción y basta con que se trate de un incapaz para que el secuestro sea calificado; como todo incapaz por el hecho de serlo merece un trato legal diferenciado para equilibrar, sus diferencias, con el resto de las personas.

Sin embargo, la interpretación que se haga de la ley debe ser siempre, como se ha sostenido a lo largo del presente estudio, de acuerdo a los fines que persigue la norma y no solo como la literalidad de las palabras expresen.

4. Que la víctima sea un funcionario público en ejercicio de sus funciones⁴⁸⁶

A. Los que se encuentran en el supuesto

El rehén que se encuentra en el supuesto de esta calificativa es cualquier funcionario público de cualquier rango jerárquico, titular o suplente; como lo establece el artículo 24 del CP.⁴⁸⁷

⁴⁸⁶ Vid. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 207. Arroyo Zapatero, L. y otros (varios directores). Comentarios al código..., p. 402. Queralt Jiménez, Joan J.: Derecho penal español..., p. 176.

⁴⁸⁷ Vid. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 192. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 188.

B. Razón de la calificativa

La *ratio* de la calificativa es el desvalor de la conducta ya que si el rehén es un servidor público, con el secuestro se afecta además la correcta función pública que le corresponde desempeñar al paciente del delito.⁴⁸⁸

C. Requisitos para su actualización

Los requisitos de la agravante de merito son un criterio objetivo consistente en que la víctima sea una autoridad en funciones y un criterio subjetivo versante en que el activo conozca que el rehén es un funcionario publico.

El elemento objetivo implica que la víctima de la privación de libertad sea una autoridad es decir quien ejerza una función pública y que son: a) Aquellos que por si solo o como individuo de alguna corporación o tribunal tuviera mando o ejerciera jurisdicción propia. b) Los del ministerio fiscal. c) Aquellos que por disposición inmediata de la ley o por elección o nombramiento de autoridad competente.⁴⁸⁹

Dicha autoridad debe estar en funciones, lo que significa que debe estar en activo aunque no implica que en el preciso momento del secuestro este trabajando, pero si que conserve el cargo.

Por lo que, no se presenta la calificativa si la víctima - funcionario público, se encuentra de licencia o de vacaciones o en días de asueto, en los

⁴⁸⁸ Una de las finalidades de la presente agravante es "evitar la corrupción en la esfera pública, brindando un aporte a través del trafico de información que se halle reservada en bancos o registros oficiales de potenciales victimas". Manfredini, Elena, S. (Coordinadora): El secuestro extorsivo..., p. 78. En similar sentido Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 192.

⁴⁸⁹ Cfr. Portilla Contreras, G.: El delito de práctica..., p. 139

que no tiene que desempeñar su cargo y por ende la función no se ve menguado.⁴⁹⁰

A la sazón anterior el secuestro puede haberse iniciado como simple, sin calificativas, si el funcionario público es privado de su libertad cuando goza de un periodo vacacional o en sus días libres pero el secuestro se puede tonar calificado si la privación de la libertad continúa al momento en que el secuestrado tiene que retornar a su cargo.

En lo que ocupa al elemento subjetivo, para la configuración de la agravante, el activo debe saber que la víctima es una autoridad en funciones. En caso contrario, ocupa los casos de error de “elementos accidentales” que excluye la calificativa como se abordó líneas atrás y por lo mismo no se hace mayor apuntamiento.

5. Requisitos generales para que se tengan por acreditadas las calificativas que atienden a especiales debilidades del rehén.

Para que se construya cualquiera de las calificativas prevista en el dispositivo 22.2 de CP deben cumplirse:

Un elemento objetivo consistente en que la víctima sea menor de edad o incapaz o que se trate de un funcionario público en funciones.⁴⁹¹

Como un elemento subjetivo que consiste en que el secuestrador conozca de la desventaja del paciente del delito.⁴⁹²

⁴⁹⁰ Vid. Escobar Jiménez, R.: Delitos contra la..., p. 1020. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 192.

⁴⁹¹ Cfr. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 2005.

⁴⁹² Cfr. Callamand Pinzón, L. y otra: La libertad y el..., p. 169.

III. POR DESAPARICIÓN DEL REHÉN

1. Concepto legal

El ordinal 166 de la ley represiva precisa: “El reo de detención ilegal o secuestro que no de razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este capítulo, salvo que la haya dejado en libertad.”

2. Naturaleza jurídica

Sobre el tema fundamentalmente se debaten dos posturas:⁴⁹³

A. Corriente que sostiene que se trata de un delito de “sospecha o presunción de homicidio”⁴⁹⁴

Este punto de vista establece que el precepto legal antes mencionado veladamente es un delito de “sospecha de homicidio”, ya que si el secuestrador sabe dónde está el rehén pero no dice donde se encuentra, presumiblemente la víctima fue asesinada.

En tales condiciones, si se estima que la agravante citada es una figura de sospecha se invierten las reglas de la carga de la prueba pues al

⁴⁹³ Vid. Landrove Díaz, G.: El tipo básico de..., p.1683.

⁴⁹⁴ Cfr. Serrano Gómez, A.: Derecho Penal. Parte especial..., p. 164. Rodríguez Ramos, L. y otros: Derecho penal. Parte especial I. Delitos contra las personas-Delitos contra la libertad- Delitos contra la libertad sexual. Servicio publicaciones facultad de derecho universidad complutense Madrid. Madrid- España. 1998; p. 127. García Pérez, O.: Delito de sospecha: Principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP. En anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo XLVI fascículo II. Mayo – agosto MCMXCIII. Ministerio de justicia. Madrid España; p. 678. En esta opinión Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 188.

fiscal ya no le corresponde probar que el secuestrado fue asesinado, sino al secuestrador le toca acreditar que no lo mató.

Así, los que afirman que la agravante es un delito de sospecha, aseguran que se violenta el principio presunción de inocencia materializado en el derecho a no declarar contra si mismo; por lo que sostienen que la figura agravada es inconstitucional.⁴⁹⁵

Ahora bien, dentro de los que se adhieren a esta tesis hay subposturas todos asegurando que el secuestrador es responsable de la muerte del rehén, pero no todos le imputan responsabilidad por la misma razón. Ahí la diferencian unos:

a) Porque el secuestrador tiene la posición de garante de la vida del rehén⁴⁹⁶

La tesis en cita expone que el secuestro, además de tutelar la libertad intrínsecamente protege todos los derechos de la personalidad que abarcan desde los mínimos hasta el máximo que es la vida.

En consecuencia, cuando el secuestrador afecta la libertad del rehén es responsable tanto de su libertad como de su vida, en caso de que muera, y por el secuestro como por la muerte es culpable.

b) Por razones de política criminal⁴⁹⁷

Otros puntos de vista aseveran que el secuestrador debe responder por la muerte del rehén a razón de cuestiones de naturaleza de política criminal, ya que con ello se hace frente al secuestro y se inhibe su repetición.

⁴⁹⁵ Vid. Falcón Caro, M. C.: El delito de detención ilegal con desaparición forzada. En cuadernos de política criminal. Instituto universitario de criminología. Universidad complutense de Madrid. No. 67. 1999. Madrid España, p. 133. En el mismo sentido Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español..., p. 107. García Pérez, O.: Delito de sospecha..., p. 629.

⁴⁹⁶ Vid. García Pérez, O.: Delito de sospecha..., p. 654.

⁴⁹⁷ Vid. García Pérez, O.: Delito de sospecha..., p. 654.

B. Corriente que precisa que la calificativa es un “precepto necesario”⁴⁹⁸

Por otro lado con argumentos distintos a los expresados en el sentido de que la agravante es un delito de “sospecha de homicidio”; hay quienes sostienen que el dispositivo en estudio es una “figura necesaria” para salvaguardar la vida del prisionero y acorde a ello esta legitimada su existencia en el CP.

También, dentro de esta postura, existen diversas opiniones de acuerdo al tipo de necesidad que respalda el precepto. Algunas de ellas indican:

a) Por el interés superior de la víctima sobre el derecho de defensa del secuestrador

Esta tesis parte del supuesto de que el desconocimiento del paradero del rehén implica una conducta dolosa del activo ya que se niega a decir dónde se encuentra su víctima. En consecuencia el actuar del secuestrador valida al estado para limitarle sus garantías, ya que es más valiosa la vida del rehén que el derecho de defensa del secuestrador.

Esta postura fue seguida por tribunal supremo español en el caso de Santiago Corella alias “el nani” en donde se estableció:

“(…) 1º . No se contempla un delito de sospecha, que de hacerlo sería inconstitucional, sino de una probada y muy grave modalidad de detención legal ”. 2º . “La causación ha de probar: la detención ilegal de la persona desaparecida, la

⁴⁹⁸ En este sentido STS de 25 de junio de 1990 “caso el Nani”. En el plano doctrinal Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 193 y ss.

ausencia de toda explicación razonable de la desaparición y la omisión de la puesta en libertad ``. 3º . ``La aplicación del citado artículo bajo las coordenadas anteriores no supone afirmar la muerte del detenido, ni presumir que ha muerto, sino tener en cuenta las circunstancias inequívocamente gravísimas, probado el dolo del sujeto activo, que acompañan a la detención``. 4º . ``La desaparición de la persona que se encuentra bajo el dominio de quien la privó de libertad aumenta de relieve cuando se trata de una detención ilegal en su origen o en su desarrollo teniendo en cuenta que respecto de él adquirió una posición especial, que la doctrina lo identifica a la de garante. . ., en el sentido de que a partir de ese momento responde no sólo de la legalidad de la detención, lo que es obvio, sino también del hecho de no devolverle la libertad como debió hacer. La ley penal establece una pena progresiva, más alta en función del tiempo que dura la detención ilegal, y nadie discute legitimidad de tal agravación y fija, por último, una pena superior cuando ni siquiera se conoce cuándo va a durar la privación de libertad, puesto que el hecho probado afirma que no conoce el paradero del detenido. No hay en el precepto sospecha de muerte, ni siquiera de atentado a la integridad, sino constatación de un hecho indiscutible: que al detenido no se le puso en libertad (...) ``.

Por su parte, el T.C. ratificó la doctrina sustentada por el T.S. en el T.S. en el auto 420/1990, de 28 de noviembre, en el que se acuerda la

inadmisión del recurso de amparo contra la mencionada sentencia del T.S. de 25 de junio de 1990. En el mencionado auto se rechaza que la aplicación del artículo 483 haya violado el derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues considera:

“(...) Que se ha probado suficiente la existencia de la detención, la no puesta en libertad y la desaparición, a través de los datos indiciarios consistentes en que el detenido no ha sido vuelto a ver por sus lugares habituales y que se ha puesto en marcha un infructuoso mecanismo de búsqueda. Al haberse probado suficiente los datos que han servido de base a la condena, ni se ha invertido la carga de la prueba ni se ha interpretado el precepto, lo que sería contrario a la constitución, como un delito de sospecha, en el que la ausencia de una explicación razonable de la desaparición integraría el tipo penal y fuera suficiente para la condena (...).”⁴⁹⁹

La precedente resolución buscó armonizar los preceptos constitucionales y legales de acuerdo al principio de conservación de las disposiciones legales⁵⁰⁰ cuya consecuencia es que implícitamente el tribunal justificó la existencia de una excepción al principio de no autoincriminación, en el caso de que esté en riesgo la vida del rehén.

⁴⁹⁹ SAP de Madrid de 3 de septiembre de 1988 y en segunda por STS de 25 de junio de 1990.

⁵⁰⁰ Vid. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 811. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 2009.

b) Por el “principio de conservación de las disposiciones legales”⁵⁰¹

Este punto de vista, de forma igual a la que sustentó el tribunal supremo español antes transcrito, utiliza el “principio de conservación de las disposiciones legales” afirmando que en ningún caso pueden existir contradicciones entre la constitución y las leyes secundarias por lo que siempre busca una interpretación armónica entre ambas.

Luego, aclarado que no existe contradicción entre la constitución y un precepto legal secundario, esta postura indica que el secuestrador tiene una perspectiva análoga a la posición de garante en los delitos de omisión, con el rehén, por lo que tiene que responder por su liberación.⁵⁰²

c) Corriente que precisa que la agravante tiene características *sui generis* que obedecen a razones de política criminal.

Del análisis de la tesis anteriores se asume y expone como la explicación mas convincente aquella que precisa que la calificativa no es una figura de sospecha de homicidio aunque si constituye una efectiva reducción a las garantías del acusado, concretamente al principio de no declarar. Todo ello matiza la agravante con características especiales que la tornan *sui generis*.

No es un delito de “sospecha de homicidio” ya que desconocer el destino del rehén no significa fatalmente que esté muerto. Ya que puede

⁵⁰¹ Vid. García Pérez, O.: Delito de sospecha..., p. 652. Arroyo Zapatero, L. y otros (varios directores). Comentarios al código..., p. 402. Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código..., p. 190.

⁵⁰² Vid. García Pérez, O.: Delito de sospecha..., p. 653.

sucedir, por ejemplo, que el rehén se haya liberado y en la huida se haya caído a un río y se haya ahogado.⁵⁰³

Tampoco el legislador integró al tipo en estudio una sospecha de homicidio porqué su punibilidad es diferente.⁵⁰⁴

Más aun, desde el punto de vista procesal, no es una figura de sospecha ya que no basta con presumir, para la acreditación de la figura sino necesariamente el ministerio público debe probar: Que la detención,⁵⁰⁵ como que el rehén continúa detenido.

Además esta agravante solo puede aplicarse una vez que el activo haya sido sentenciado, por lo que no tiene que ver nada con lo que procesalmente es una “sospecha” o presunción legal de homicidio.⁵⁰⁶

Ante el cuadro planteado, la naturaleza de la agravante estudiada es *sui generis* ya que atiende a razones de política criminal en la que se prioriza la necesidad de recuperar a la víctima.⁵⁰⁷

3. Requisitos para su integración

Para la actualización de la agravante se requiere: un presupuesto objetivo del hecho; como, por parte del secuestrador, una conducta mixta: Una acción y una omisión.⁵⁰⁸

⁵⁰³ Muñoz Conde, F.: Derecho penal. Parte especial..., p. 174.

⁵⁰⁴ Vid. Caso del empresario aragonés Publio Cordón citado por Muñoz Conde, F.: Derecho Penal. Parte Especial..., p. 174 y ss.

⁵⁰⁵ Cfr. Vives Antón, T.S. y otros: Derecho penal. Parte especial. 3ª edición revisada y actualizada. Tirant lo blanch. Valencia – España. 1999; p. 178. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 209.

⁵⁰⁶ Muñoz Conde, F. y García Arán, M.: Derecho penal. Parte general..., p. 175.

⁵⁰⁷ Vid. Vives Antón, T.S. y otro: Derecho penal. Parte especial..., p. 179. Muñoz Conde, F.: Derecho penal. Parte especial..., p. 174. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 194.

⁵⁰⁸ Vid. SSTS de 11 de marzo de 1974 y 25 de junio de 1990. En el plano doctrinal Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 193.

El presupuesto objetivo del hecho consiste en que el rehén se encuentre desaparecido y vivo.

El hecho de que esté desaparecido debe valorarse de forma objetiva sin parámetros subjetivos es decir, no interesa la voluntad del activo. Por lo que si la víctima aparece como consecuencia de que se libera, aún en contra de la voluntad del secuestrador, no se actualiza la agravante.

Como, dado que el tipo legal exige para la actualización de la agravante, que el secuestrador no informe del paradero del secuestrado, implica que la ley presupone que el prisionero se encuentra vivo. De ahí que recurriendo a la interpretación teleológica, la calificativa:

- a) Se excluye si el activo dice donde se encuentra el rehén y éste se encuentra vivo.

- b) Se excluye si el activo dice donde se encuentra el rehén pero éste ya está muerto.

- c) Se actualiza si y solo si el activo no dice donde se encuentra el rehén y este se encuentra vivo.

El problema es como saber que el rehén se encuentra vivo o muerto, ya que no se sabe donde está para comprobarlo. Por lo que a fin de solucionar este problema se establece una presunción lógica versante en que todo rehén desaparecido está vivo salvo que se demuestre lo contrario.

Producto de lo anterior, el inciso c) antes mencionado es la regla general y, cabe escribir que uno de los que podría demostrar lo contrario, es decir, decir que el rehén está muerto, es el propio secuestrador, con las responsabilidades que ello le pudieran implicar.

Por otro lado, la actualización de la agravante requiere que la conducta del activo sea primero de acción, secuestrando como autor o participe y después omitiendo decir donde se encuentra el secuestrado.

El tiempo que el secuestrador tiene para informar el paradero del rehén, al no existir límites legales, puede darse desde que el activo es detenido y está formalmente acusado hasta que es condenado con resolución definitiva⁵⁰⁹ siempre y cuando el rehén está vivo.

En otro contexto, si el secuestro fue cometido por un solo activo, él es responsable de todo lo que le pase al prisionero en el enclaustramiento, dígase de las lesiones o de la muerte o cualquier otra consecuencia nociva.

Por el contrario, si hay varios secuestradores, otros distintos al detenido que puedan responsabilizarse de la seguridad del rehén, el secuestrador detenido por la autoridad no puede responder por otros delitos cometidos después de que fue aprehendido.

En suma, para que se integre la calificativa, se necesita que se haya cometido un secuestro, que la víctima este viva y que el acusado omita decir donde se encuentra el rehén.

4. Efectos procesales de la figura de desaparición forzosa de personas

Una de las consecuencias del precepto en análisis sucede en materia procesal ya que la agravante en cita constituye una excepción al principio de no autoincriminación, por lo que se revierte la carga de la prueba.

La regla general es que el ministerio público tiene la obligación de probar todos los elementos del tipo legal. Mas cuando se revierte la carga de

⁵⁰⁹ Vid. Serrano Gómez, A. Derecho penal. Parte especial..., p. 164. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 209.

la prueba es el acusado quien tiene que probar, en el caso, que liberó al rehén (prueba diabólica), a fin de que no quede actualizada la calificativa.⁵¹⁰

En este tenor la jurisprudencia española establece:

“(…) En un principio podría entenderse más benigno el del art. 166 por cuanto castiga solamente al reo de la detención ilegal y secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida, mientras que en el antiguo art. 483 se contemplaba otra conducta típica, al añadirse a lo anterior la frase “o no acredite haberla dejado en libertad”, lo que parece significar que, con arreglo al código nuevo, no es punible la conducta del que no acredita convenientemente haber dejado en libertad al detenido. Sin embargo, el estudio completo del precepto lleva a la conclusión contraria, ya que el artículo 166 acaba con la frase “salvo que la haya dejado en libertad”, expresión que excluye la aplicación del tipo agravado si el reo de detención ilegal hubiera puesto en libertad al detenido, y de la que cabe deducir, con un criterio de absoluta inferencia lógica, la acreditación de haber dejado en libertad al detenido (…)”.⁵¹¹

No puede sostenerse en contrario que es el ministerio público quien tiene que justificar que el secuestrador no liberó al rehén y por lo tanto el secuestrador durante el proceso puede permanecer callado sin que se

⁵¹⁰ Vid. Serrano Gómez, A.: Derecho penal..., p. 167. Queralt Jiménez, JJ.: Derecho penal español..., p. 177

⁵¹¹ SAN de 24 de noviembre de 1998.

actualice la calificativa;⁵¹² pues los hechos negativos no son objeto de prueba.

Este tipo de enunciación típica es conocido procesalmente como “*exceptio veritatis*” caracterizado porqué “voltean” la carga de la prueba precisamente porqué los hechos negativos no son materia de prueba y lo que en el caso se puede probar es la acción consistente en que se liberó al rehén.

Aun más, si el acusado, hace uso de su garantía constitucional y permanece callado,⁵¹³ el ejercicio de ese derecho actualiza la calificativa ya que implica no dar razón del paradero de la víctima. Lo que estimamos contrario a lo sustentado por el tribunal supremo español ya que si se arremete el principio de no autoincriminación.

5. Propuesta de desaparición de la agravante

El secuestro produce un “drama” en la vida de los extorsionados que se maximiza cuando, a pesar de la captura del secuestrador, sigue desaparecido el rehén desconociendo cual es su situación. De donde se colige la necesidad de una herramienta legal que auxilie a conseguir la liberación del rehén.

Un ejemplo que pone de manifiesto el “drama” de esto que afirmamos es el que sigue:

⁵¹² En este sentido Prats Canut, J.M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 209. Arroyo Zapatero, L. y otros (varios directores). Comentarios al código..., p. 403.

⁵¹³ Sobre cuestiones generales al derecho a no declarar del imputado vid. Martiñón Moreno, G.: Mentir ¿garantía constitucional?. Tesis para obtener el grado de maestro en impartición de justicia penal. Universidad Iberoamericana. León Guanajuato, México. 2004; pp. 16 y ss.

El responsable del secuestro es detenido por elementos de la policía, después de rastrearlo y encontrarlo en una caseta hablando por teléfono con los extorsionados. Ya detenido el acusado en el proceso se niega, por consejo de su defensor, a decir donde se encuentra el rehén en búsqueda de que, por deficiencia de pruebas pueda salir absuelto. Resultando que el rehén muere de inanición ya que el secuestrador era único y el único que sabía el lugar del claustro.

El fenómeno delictivo exige su combate pero no restringiendo garantías ya que además de ineficientes parecen medidas desesperadas y variantes peligrosas de un derecho penal del enemigo.⁵¹⁴

En contrario y buscando prioritariamente lograr la recuperación del rehén, como armonizar el respeto a los derechos del acusado, se propone derogar la agravante, sustituyéndola con la técnica de “derecho premial”, lo que implica transformar la agravante en atenuante.

Si en lugar de considerarse una agravante, con la misma finalidad con la que se creó, se transforma y para los asuntos en que se desconozca el paradero del rehén, se le reduce la sanción si verídicamente informa donde se encuentra el rehén.

En dicho caso, lógicamente puede esperarse que el secuestrador, a fin de mejorar su situación diga donde se encuentra el rehén.

O más aun, es factible que en los casos en que se detenga a un solo activo y no a todos los que cometieron el secuestro, que el detenido “traicione” a sus compañeros por el beneficio que le implica la reducción a su sanción.

⁵¹⁴ Muñoz Conde, F.: Derecho penal del enemigo. Conferencia magistral. Instituto nacional de ciencias penales. México D.F. 2003; p. 25.

Entonces se propone una atenuante que busca lo mismo que el actual agravante y en el que paradójicamente se espera “la bondad de una traición” a fin de poder lograr la liberación del rehén.

Por lo tanto, hay que sustituir lo que algunos incorrectamente han llamado delito de sospecha de homicidio por una correcta atenuante objetiva en el caso de que el secuestrador, conduciéndose con verdad, precise donde se encuentra el rehén.

Tentativamente sería: Al secuestrador que informe veridicamente el paradero del rehén, se le reducirá la punibilidad en ...

IV. POR SER AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO

1. Enunciación legal

El artículo 167 CP indica: “La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, y sin mediar causa por delito, cometiera alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en estos en su mitad superior y, además, con la inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años”.

2. La naturaleza jurídica

La *ratio* de la agravante obedece a la estatura ética que debe observar un servidor público de quien se espera su permanente cumplimiento a la ley, más que cualquier gobernado.⁵¹⁵

La característica anterior sumada a que solo se puede presentar “fuera de los casos permitidos por la ley” ponen de manifiesto que la naturaleza de la agravante es la de ser un delito especial impropio.⁵¹⁶

⁵¹⁵ Vid. Climent Durán, C.: Detenciones ilegales cometidas..., p. 19.

⁵¹⁶ Vid. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 195. Muñoz Conde, F.: Derecho Penal. Parte especial..., p. 175 y ss. Arroyo Zapatero, L. y otros autores: Comentarios al código..., p. 404. Serrano Gómez, A. y otro: Derecho penal..., p. 168.

3. Requisitos para su actualización

Son cuatro las exigencias para la actualización de la agravante citada:

A. Que se trate de una autoridad

El concepto de autoridad ya fue analizado cuando se trató la agravante que ocupa los “casos en que el rehén sea autoridad” por lo que no se hace mayor abundamiento, pues lo dicho haya es completamente aplicable aquí.

En fin, solo alguien investido formalmente como autoridad puede actualizar la agravante y en ningún caso un particular la puede integrar, ni siquiera cuando en otros supuestos legales se les pueda equiparar a una autoridad.

Un supuesto de lo último anterior se presenta en el ordinal 490 de la ley de enjuiciamiento criminal cuando faculta a los particulares para detener en caso de flagrante delito.⁵¹⁷

Empero no se comparte esta interpretación. Si bien, por la singular situación de emergencia y necesidad, los particulares comparten las mismas actividades que las autoridades, son equiparables en cuanto a lo que materialmente hacen, pero no en cuanto a lo que jurídicamente se les puede exigir.⁵¹⁸

En efecto, a los gobernados por una especial facultad y solo por una actividad no se le puede equiparar con quienes ejercen esa función permanentemente y por un sueldo.

Entonces, solo las autoridades formalmente investidas integran la calificativa y, en ningún caso los particulares.

⁵¹⁷ Cfr. Portilla Contreras, G.: El delito de práctica ..., pp. 155 y ss. Climent Durán, C.: Detenciones ilegales cometidas..., pp. 21 y ss.

⁵¹⁸ Vid. STS de 11 de julio del 2001.

B. Actúe fuera del ámbito de su específica competencia

Ninguna autoridad tiene facultades para secuestrar, así que forzosamente la conducta será fuera del ámbito de competencia de cualquier autoridad. Es decir se trata de un funcionario público que, al secuestrar, no está en ejercicio de sus funciones.⁵¹⁹

Aquí se puede presentar un debate, en el sentido de si solo constituyen la agravante aquellas autoridades que inicialmente tienen la “obligación de detener” o si puede ser cualquier tipo de autoridad.

Pues bien, la calificativa en análisis se refiere a que la autoridad actuó fuera del ámbito de su competencia. Pero resulta que ninguna autoridad tiene facultades para secuestrar ya que la ley no reconoce ese derecho como “actividad oficial”. De tal suerte que toda autoridad que comete un secuestro actúa fuera de su competencia.

C. Se prevalece de su cargo

Este elemento constriñe a que la autoridad, que tenga o no facultades para privar de la libertad, sobrepasa las funciones de su cargo posibilitándole para cometer el secuestro.⁵²⁰

D. No medie causa por delito

El postrero requisito para que se integre la calificativa consiste en que la detención no sea actuando por causa de delito.

Una guía para identificar cuando hay o no causa por el delito se encuentra en los artículos 17 de la CE y 490 y 492 de la LECrim., los que precisan que los funcionarios pueden validamente proceder a una detención,

⁵¹⁹ Vid. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 196. Queralt Jiménez, Joan J.: Derecho penal español..., p. 175.

⁵²⁰ Vid. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 192.

es decir cuando hay causa por delito. Luego, a contrario sensu, si la detención no fue por una de las causas previstas en el citado dispositivo legal, generalmente no habrá mediado causa por delito.⁵²¹

Abundan lo señalado las jurisprudencias españolas que a la letra dicen:

“(...) La sentencia de 24 de febrero de 1997 matiza cuanto al delito contenido en el artículo 184 del viejo código, hoy art. 167, se refiere, incluso diferenciando lo que la privación de libertad supone (...), en su relación con la simple retención o, incluso, con el simple cacheo. Las sentencias, entre muchas, de 25 y 1 de abril de 1996, 3 de noviembre y 11 de junio de 1992, matizaron cuanto se refiere al delito de detención por funcionario público del citado art. 184. Podrá discutirse la legitimidad del cacheo como sometimiento no ilegítimo a las normas policiales de vigilancia e investigación en defensa de la legalidad, del orden y de la seguridad ciudadana. Acto en el que la arbitrariedad y la proporcionalidad se constituirán en definidores de la cuestión sin sometimiento a las reglas del art. 17 constitucional si de simples actos de retención se trata, lo que no obstante ha de analizarse con suma prudencia y ponderación. Pero, desde la perspectiva contraria, lo que no puede defenderse es la conducta de quien, al amparo de las prerrogativas que como agente del orden le corresponden, convierte la simple y rutinaria retención en una privación auténtica de la

⁵²¹ Vid. Paz Rubio, J.M. y otro.: *Delitos contra la...*, p. 2012. Serrano Gómez, A. y otro.: *Derecho penal...*, p. 170. Rebollo Vargas, R. y otros autores: *Comentarios al Código...*, p. 194.

libertad deambulatoria. En el delito del art. 184 late la idea de una actuación abusiva, con una consciente extralimitación de poder. El dolo específico supone la conciencia plena, absoluta y segura que tiene el sujeto activo de que la detención que realiza es ilegal. Conciencia pues de que el acto es antijurídico en su inicio, en su realización, en su ejecución, en su proyección global y, finalmente, en su conclusión. El funcionario priva de aquella libertad deambulatoria ilegalmente, no obstante actuar en principio dentro de su competencia. Se quiere decir que la acción nuclear del tipo viene conformada por el verbo detener en su más amplio significado, lo cual implica muy distintas maneras de proyección delictiva aunque la infracción quede perfeccionada desde el instante en que se constriñe la voluntad de la persona para libremente deambular. Queda ahora fuera de lugar cuanto se refiere al factor tiempo como determinante esencial de la infracción (ver por todas la sentencia citada de 3 de noviembre de 1992). Ya la sentencia del tribunal europeo de derechos humanos de 6 de noviembre de 1980 no admitió ni siquiera la distinción entre privación y restricción (o vigilancia especial de una persona), al estimar que entre una y otra no hay más que una diferencia de grado o de intensidad, no de naturaleza o de esencia. Si no hay razones jurídicas que amparen el derecho y la obligación del policía para privar de libertad a una persona, art. 490 y 492 de la ley de enjuiciamiento criminal y 445.1 de la ley orgánica del poder judicial,

la actuación realizada conforme a los postulados antes descritos supone la conculcación del código. Incluso la simple retención obligada, si es perceptible, se puede a veces identificar con la detención. Aunque dentro de lo que ha de ser un justo equilibrio, habrá situaciones mínimas de retención que quedarán al margen del tipo penal. Porqué mal puede darse cumplimiento al art. 104.1 de la constitución española protegiendo el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizando la seguridad ciudadana, si no se pudieran realizar determinadas actividades de prevención. De ahí que las sentencias del tribunal constitucional hayan marcado los límites de lo permisible. La sentencia de 10 de julio de 1986 subrayó que no es constitucionalmente tolerante que situaciones efectivas de libertad (cuando se obstaculiza la autodeterminación, por propia voluntad, de una conducta lícita) queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la constitución. Más las de 18 de febrero de 1986 y 7 de octubre de 1985, señalaban que la puesta en práctica de normas de policía sobre identidad y estado de los conductores, no requieren someterse a las exigencias constitucionales del art. 17.3 de la constitución, lo que en alguna medida es trasladable al caso de ahora por lo que a la doctrina reseñada se refiere. Es, se insiste, un problema de límites, dado que en este país, a diferencia de lo que por ejemplo acontece en Francia, no está regulada la figura concreta de la retención. El funcionario ha de

extremar el uso de las facultades importantes que la ley le confiere. Su exceso, su abuso o la tosca utilización de las mismas con fines repudiables, llevan a la consumación del delito. Tal conducta merece el reproche del legislador.⁵²²

“(…) Si el sujeto activo, el funcionario público, es quine tiene obligación de guardar el orden constitucional preciso para el desenvolvimiento de un estado democrático de derecho, mucho mayor eco, mucho mayor daño produce ver que es el propio funcionario el que infringe la norma (cfr. las sentencias de 11 de junio de 1992 y la de 17 de octubre de 1991)”.⁵²³

“(…) Es innecesario ponderar la grave trascendencia del delito de detención ilegal en una sociedad sometida al imperio del derecho, y esta importancia sube de punto cuando se trata de agentes o miembros de los cuerpos de seguridad a los que se impone absoluto respeto a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico, y el deber de actuar con dignidad e impedir cualquier practica abusiva o arbitraria (artículo 5 de la ley orgánica 2/1986)”.⁵²⁴

⁵²² STS de 18 de enero de 1999.

⁵²³ STS de 25 de septiembre de 1993.

⁵²⁴ STS de 30 de marzo de 1993.

Un ejemplo relevante en el que se actualizó la agravante en estudio ocurrió en el ya comentado caso del “Segundo Marey”,⁵²⁵ donde se estimó que unos funcionarios públicos cometieron un secuestro y actuaron sin que haya mediado delito.⁵²⁶

En este mismo tema sobresalen, entre otros, tres problemas: a) los casos en que no haya mediado causa por delito pero si por faltas, b) los casos en que inicialmente el funcionario actuó dentro del ámbito de su competencia pero después se salió del mismo y c) los casos de error de tipo.

⁵²⁵ STS de 18 de junio de 1998.

⁵²⁶ La consideración, no compartida por nosotros, en el sentido de que no medio delito fue debatida y así se externo con los votos particulares de los magistrados Jiménez Villarejo y García Ancos en la sentencia de 29 de julio de 1998 y que se reproducen en lo conducente de la afirmación de que en dicho caso si medio causa por delito y fue una extralimitación:

“a) la detención – realizada en territorio español una vez puesto el detenido a disposición de policías españoles- por que su finalidad era la de obtener información, lo que en manera alguna puede justificar una detención de acuerdo con los artículos 490 y 492 Crim.

b) Una vez comprobada la identidad del detenido carecía por completo de causa o motivo legal su detención.

c) La forma en que se planteó previamente la operación, perfilaba desde el primer momento una detención totalmente al margen de las garantías constitucionales y exigencias legales.

d) No se estaba practicando ninguna diligencia de averiguación para esclarecer los hechos que se le imputasen; no fue puesto a disposición de la autoridad judicial, no fue informado de su detención ni de ninguno de sus derechos, ni fue asistido por abogado puesto que no se instruyó diligencia alguna.

e) Mientras su detención se le mantuvo en una cabaña aislada y en condiciones harto precarias y privado de visión.

f) Los comunicados que los procesados hicieron públicos revelaron claramente que la detención estuvo motivada por el deseo de crear alarman entre los ciudadanos del país Vasco en el sur de Francia y llamar la atención de las Autoridades francesas sobre la necesidad de colaborar con las españolas en la lucha contra el terrorismo, finalidades ambas que, aun no siendo exactamente particulares, tampoco formaban parte de las diversas funciones públicas que estaban encomendadas a los procesados que llevaron a cabo la detención.” Citado por Prats Canut, J.M.: Comentarios a la parte especial..., p. 212. Sobre cuestiones generales del caso “Marey” vid. Quintanar Díez, M.: El delito de secuestro..., pp. 763 y ss.

El primer caso se resuelve, según estimamos, a través del principio de taxatividad y una interpretación estricta de la ley por lo que si dice que no medie causa por delito, solo se refiere a delito y nunca a faltas.⁵²⁷

El segundo problema que trata de los casos en los que un funcionario público detiene a una persona mediando causa por delito pero después se sale del cause legal, se extralimita reteniendo a la víctima y después exigiendo el cumplimiento de una obligación a cambio de la liberación del retenido. Resultando que esa retención es ajena a la detención que inicialmente fue válida porque medió delito; de ahí que en el supuesto planteado se actualice la calificativa.⁵²⁸

El tercer problema, el relativo al error de tipo, ya fue abordado líneas pasadas por lo que, aunque posibles, son muy discutibles los casos en los que realmente se pueda presentar, máxime por que al tratarse de un funcionario público presumiblemente conoce la ley y aunque no fuera así se les puede exigir que si conozcan la normatividad.⁵²⁹ En fin en uno u otro caso comentado se excluye el error de tipo.

⁵²⁷ En este mismo sentido Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 197. Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la..., p. 2013. Serrano Gómez, A. y otro: Derecho penal..., p. 169.

⁵²⁸ Vid. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 211. Arroyo Zapatero, L. y otros autores: Comentarios al código..., p. 405.

⁵²⁹ Sobre el tema vid. SSTS 11 de junio de 1994, 22 de septiembre de 1994, 11 de marzo de 1995, 2 de febrero de 1995, 12 de diciembre de 1996, 14 de mayo de 1997, 24 de octubre de 1997 y 20 de diciembre de 1997.

V. CONCURRENCIA DE DIVERSAS AGRAVANTES

La ley penal expresamente no establece ninguna limitación para la concurrencia de todas las agravantes del delito de secuestro, por lo que, inicialmente a falta de distinción normativa todas pueden ser aplicadas simultáneamente, por supuesto si se dan los supuestos por ellas establecidos.

A mas, no se ha establecido ningún régimen punitivo especial, por lo que la pena sería la misma concurra una o varias de las circunstancias específicas previstas en estos delitos. De tal suerte, las circunstancias agravantes del artículo 165 CP, es la de tomar en consideración una de ellas para aplicar la pena correspondiente en su mitad superior y, dentro de ese nuevo marco de pena agravado, el resto valorarlas como factores reales de medición de la pena que ponen de manifiesto una mayor gravedad del hecho, de acuerdo con el art. 66,6 CP.

Incluso pueden coexistir cualquiera de las agravantes específicas del art. 165 CP con el tipo atenuado del art. 163.2 CP, referido a la puesta en libertad del detenido dentro de los tres primeros días de la detención. En tal caso, primero se aplicaría el tipo atenuado y después la agravación.

Pese a lo expuesto, lógicamente no puede concurrir la agravante versante en que el reo no informe el paradero del rehén con la que precisa el aumento de sanción en el caso de que la detención se prolongue por más de quince días.

La razón es que si el activo nunca informa el paradero del rehén necesariamente trascurrirían mas de quince días. Ergo al aplicar simultáneamente las calificativas preindicadas se estarían sancionando dos veces la misma conducta.⁵³⁰

A guisa de lo expresado las agravantes pueden coexistir salvo, debido a una exclusión lógica, la relativa a la desaparición forzada de

⁵³⁰ Vid. Prats Canut, J.M. : Comentarios a la Parte Especial..., p. 210.

personas con la que precisa que el tiempo del enclaustramiento por un tiempo mayor a una quincena, siendo un caso de concurso aparente de normas.

VI. PROPUESTAS

Analizadas las agravantes del CP con y por las razones antes apuntadas queda en evidencia la necesidad de derogar uno, modificar otro y agregar más calificativas como una atenuante.

1. Precepto a derogarse

El dispositivo que debe eliminarse es el artículo 166 del C.P.E. relativo a la desaparición del rehén secuestrado.

2. Precepto a modificarse

El artículo 165 CP en la parte que precisa como agravante el hecho de que el rehén sea menor de edad, el que debe ser sustituido para el caso de que el rehén sea menor de doce años.

3. Calificativas que deben agregarse atendiendo a la vulnerabilidad de la víctima

A. Si el escenario de los hechos de la detención es la casa u oficina del rehén

B. Si se mutila al rehén

En este caso no es conveniente discurrir las reglas de concurso de secuestro mas lesiones pues solo se estaría considerando como víctima al lesionado, pero muchas veces no es la única víctima.

La mutilación en el secuestro generalmente tiene un fin: Convencer a los extorsionados y motivarlos a pagar el monto del rescate. Luego, si el fin

es amedrentar a los extorsionados ellos también son víctimas y deben estar amparados por el derecho penal.

Así las cosas, la ley penal debe modificarse a fin de que en el secuestro propio (aquel en el que existe una relación tripartita secuestrador – rehén - extorsionado) debe constituirse como calificativa cuando se mutila al rehén y con ello se amedrenta a los extorsionados.

C. Si la víctima es mujer

El motivo de la agravación que se propone es que la víctima puede ser violentada sexualmente, por cuyo riesgo se amerita una agravante.

No puede sostenerse en contrario que toda mujer que es víctima de secuestro necesariamente va a ser violada, pero con todo si existe un riesgo y es dicho riesgo el que legitima que se proponga la agravante.

D. Los adultos mayores

E. Los minusválidos

4. Atenuante que debe ser incluida

Al secuestrador que informe veridicamente el paradero del rehén, se le reducirá la punibilidad en ...

V. EN RESUMEN: LAS AGRAVANTES DEL SECUESTRO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El delito de secuestro se vuelve calificado en cinco supuestos: 1. Por el tiempo de la reclusión, 2. Por una situación de superioridad del victimario en contraste con la vulnerabilidad de la víctima. 3. Porqué el activo es un funcionario público en ejercicio de sus funciones. 4. Porqué el secuestrador no de razón del paradero del rehén. Y 5. Porqué el agente del delito es autoridad o funcionario público y no haya mediado causa por delito.

Por el tiempo de la reclusión, la calificativa atiende al desvalor del resultado en base a un criterio objetivo – cronológico que se computa desde la carencia de libertad hasta transcurridas veinticuatro horas del décimo quinto día.

La segunda agravante, atiende a una situación de superioridad del victimario en relación a la fragilidad de la víctima la que se subdivide en tres subsupuestos: Por simulación de autoridad o función pública, por minoría de edad o incapacidad del rehén.

Por simulación de autoridad se refiere al uso, como medio comisivo, de la “usurpación de funciones públicas” ya sea por el disfraz de autoridad o por el tapujo de una actividad oficial. Misma que desplaza la aplicación de una agravante genérica prevista en el artículo 22.2 del CP.

En tanto las calificativas que consideran que la víctima fuere menor de edad (inferior a 18 años) o incapaz (sin posibilidad de entender y de querer para decidir sobre su esfera ambulatoria), atienden a una suposición legal de que ellos son siempre vulnerables.

En lo que ocupa la tercera calificativa consistente en que la víctima sea un funcionario público en ejercicio de sus funciones considera que además del secuestro se afecta la correcta función pública que le toca desempeñar al paciente del delito.

La cuarta agravante atiene de los casos en que el secuestrador detenido por la autoridad no de razón del paradero del secuestrado obedece a razones de política criminal en la que se prioriza la necesidad de recuperar a la víctima. Por lo que se requiere, para su actualización, un presupuesto objetivo del hecho consistente en que el rehén se encuentre desaparecido y vivo; como, por parte del secuestrador que haya intervenido en el secuestro pero no diga donde está el rehén.

La quinta y última calificativa se ocupa de un delito especial impropio tratante de que el activo sea una autoridad o funcionario público que actué “fuera de los casos permitidos por la ley” pero prevaleciéndose de su cargo sin que medie causa por delito.

Todas las anteriores calificativas pueden concurrir al mismo tiempo a excepción de la agravante versante en que el reo no informe el paradero del rehén con la que precisa el aumento de sanción en el caso de que la detención se prolongue por más de quince días; en razón de que su aplicación conjunta implicaría sancionar dos veces la misma conducta.

Del estudio de las agravantes se desprende la necesidad de derogar la relativa a la desaparición del rehén secuestrado, como de modificarse la que requiere que el secuestrado sea menor de edad sustituyéndola por una que precise el rehén sea menor de doce años.

Además deben agregarse mas agravantes atendiendo a la vulnerabilidad de la víctima: Si el escenario de los hechos de la detención es la casa u oficina del rehén. Como en el caso de secuestro propio, si se mutila al rehén. O si la rehén es mujer. O si se trata los adultos mayores o minusválidos.

Finalmente debe incluirse en el código una atenuante que precise: “Al secuestrador que informe veridicamente el paradero del rehén, se le reducirá la punibilidad en ...”

CAPÍTULO DÉCIMO

SECUESTRO ATENUADO

I. ENUNCIACIÓN LEGAL

El artículo 164 del CP español indica en lo conducente: “(...) Se impondrá la pena (...) inferior en grado si se dieran las condiciones del artículo 163.2 (si el culpable diera libertad al encerrado dentro de los 3 primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto).

Esta es la figura de “secuestro atenuado” también llamada “figura del arrepentido”⁵³¹ que por obvia consecuencia mengua la sanción al secuestrador.

⁵³¹ Vid. Manfredini, Elena, S. (Coordinadora): El secuestro extorsivo..., p. 77.

II. NATURALEZA JURÍDICA

Explicando la naturaleza jurídica de la figura de secuestro atenuado polemizan fundamentalmente dos tesis:

1. El “cuasipiente de plata”

Esta postura indica que la figura atenuada de secuestro puede ser explicada con la teoría del puente de plata propia de la tentativa desistida impune.⁵³²

Opinión que fue compartida por tribunal supremo español en una resolución que en lo conducente señaló:

“(...) Como ha dicho esta sala, es el autor quien debe dar libertad a la víctima en forma voluntaria en una especie de desistimiento del delito, cuya consumación ya se produjo aplicando el legislador la teoría del llamado puente de plata en un delito en el que la duración temporal de la acción aumente la lesión del bien jurídico (...)”.⁵³³

⁵³² Cfr. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 197. Quintano R.: Tratado de la parte especial del derecho penal. Editorial Revista de Derecho Privado. IV Tomos. IV de IV. Madrid, España. 1967; p. 802. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 185. Muñoz Conde, F.: Derecho penal. Parte especial..., p. 170.

⁵³³ STS de enero de 1993.

2. La tesis que se fundamenta en cuestiones de política criminal.⁵³⁴

Con diversa opinión a la tesis del “cuasipiente de plata” se afirma que el tratamiento punitivo preferente que concede la atenuante de secuestro tiene un basamento propio, distinto y diferenciado del de la tentativa.

Además esta tesis crítica a su homologa del “cuasipiente de plata”, indicando que no se trata de una dispensa por arrepentimiento sino de una atenuación a la sanción obediente al propósito de obtener una pronta liberación de la víctima.

Del enfrentamiento entre las dos sustentaciones se alza victoriosa la segunda.

En un análisis preliminar, la atenuante se parece a los casos de la tentativa desistida donde campea la “tesis del puente de plata” que excluye el castigo a quien se arrepiente de cometer el delito.

Pero un poco de reflexión descubre que los argumentos que explican la tentativa desistida y la figura atenuada de secuestro solo son parecidas, están emparentados como primas del mismo linaje, pero no son iguales ya que la “tesis del puente de plata” descarta el castigo mientras la atenuante solo disminuye la punibilidad.

Por lo que considerando que la *ratio* de la atenuante es reducir el castigo a cambio de que se libere pronto al rehén, constituye un indicio inequívoco de que su naturaleza jurídica es de política criminal.⁵³⁵

⁵³⁴ En este sentido Serrano Gómez, A.: Derecho penal. Parte especial..., p. 161. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 189. Queralt Jiménez, Joan J.: Derecho penal español..., p. 174.

⁵³⁵ Vid. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 156; Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español..., p. 101. Cardona Arizmendi, E. y otro: Código penal comentado del estado de Guanajuato. Orlando Cárdenas editor y distribuidor, S.A. de C.V. Tercera edición. Irapuato, Guanajuato, México. 1996; p. 623.

III. REQUISITOS PARA SU INTEGRACIÓN

La atenuante del secuestro necesita dos elementos para su actualización: Uno objetivo, la liberación del rehén; y otro subjetivo conformado en la voluntad libre como espontánea del secuestrador para liberar al secuestrado.

1. Elemento objetivo. La liberación

Este elemento gravita en la liberación del rehén por parte del secuestrador que cometió el delito con cualquier grado de participación, salvo que haya sido encubridor.

A. Si hay solo un secuestrador

En los casos en que haya cometido el delito una sola persona y éste libere al secuestrado; con ese hecho satisface el primer requisito de la atenuante.

B. Si hay más de un secuestrador

En los supuestos en que el secuestrador sea más de uno, el requisito que se aborda solo podrá actualizarse quien libera al rehén y solo a él le beneficia el trato punitivo preferente.⁵³⁶

Exista uno o más secuestradores no opera la atenuante cuando el paciente del delito escapa del claustro como lo explica el siguiente criterio jurisprudencial:

“(…) De otro lado, entrando en el fondo del problema, sin necesidad de conocer los detalles de lo que las facultades discrecionales, no arbitrarias,

⁵³⁶ Vid. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 197.

suponen en los jueces cuando ejercitan su función jurisdiccional (por todas, S 14 mayo 1999) es evidente que, según el factum recurrido, faltan los requisitos precisos para aplicar el susodicho artículo 163.2. Es así que, como dice el Fiscal, el culpable no dio la libertad a la detenida, sino que fue ésta la que, a pesar de las amenazas y de la violencia física contra ella ejercida, supo de manera ingeniosa “escapar” a la acción criminal. No se olvide que el delito quedó ya consumado cuando la víctima estuvo quince minutos atada, con la cinta aislante, de pies y manos. El hecho de que después fuera desatada por el acusado no puede influir en el tipo penal, puesto que esa supuesta libertad no era tal, si se tiene en cuenta que, condicionalmente, la víctima siempre estuvo vigilada por el recurrente que pretendía lograr que aquélla retirare la denuncia por amenazas contra éste, interpuesta tiempo atrás, siendo la “vigilada” la que, como se ha dicho, se las ingenió para lograr definitivamente la libertad que el acusado, de una y otra manera la había arrebatado (...).⁵³⁷

Cabe aquí hacer un apartado para destacar una singular cuestión: ¿Qué sucede si uno de los activos desea liberar al rehén pero los otros no se lo permiten e impiden la liberación?

⁵³⁷ STS 12 mayo 1999. En similar sentido SSTS 5 de febrero de 1997, 29 de enero de 1992, 20 de octubre de 1997, 12 de mayo de 1999, 24 de mayo de 2001 y 7 de octubre del 2002. En el plano de la doctrina Conde-Pumpido Ferreiro, C. (Director): Código penal..., p. 330. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 189.

La respuesta en principio es sencilla pues si no hay liberación no hay tratamiento punitivo preferente. Más: ¿Si un activo hace todo lo posible para la liberación pero no se logra?

La respuesta sigue siendo la misma pues la atenuante no se actualiza ya que objetivamente no existe la liberación del rehén y es insuficiente para que se actualice la “buena voluntad del secuestrador”.

2. Elemento subjetivo. Que la liberación sea espontánea y libre

La liberación debe ser consecuencia de un arrepentimiento *post factum*⁵³⁸ del secuestrador, pero dicha constricción no debe ser espuria, ni que le implique directa o indirectamente un beneficio al secuestrador.

En congruencia con ello, el arrepentimiento debe observar las siguientes características:

A. Debe ser del culpable del secuestro

La figura atenuada exige un acto personalísimo de “remordimiento” por parte del culpable, no de otra persona.⁵³⁹

B. Voluntaria y libre

a) Concepto

La palabra “voluntario” se refiere a un acto que nace de la voluntad y voluntad genéricamente significa la facultad de ordenar la propia conducta.⁵⁴⁰

⁵³⁸ Vid. Leguizamo Ferrer, M. E.: Secuestro. En diccionario..., p. 2879. Quintanar Díez, M.: Comentarios al Código Penal..., p. 42. Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 185. Serrano Gómez, A. y otro: Derecho penal..., p. 163.

⁵³⁹ Vid. Prats Canut, J.M.: Comentarios a la Parte Especial..., p. 157. Escobar Jiménez, R.: Delitos contra la..., p. 1013.

⁵⁴⁰ Vid. Real academia de la lengua. Conceptos: Voluntad y voluntario. En diccionario de la lengua española. Vigésima primera edición. Madrid, España. 1992, pp. 2344 y 2345.

Mientras por libre se refiere a libertad entendida como la facultad de obrar o no obrar.⁵⁴¹

De donde se desprende que la ley al referirse del arrepentimiento voluntario y libre implica que el secuestrador de iniciativa propia y sin presión libere al rehén porqué solo así rebela un menor contenido del injusto y hay un decremento en la afectación al bien jurídico protegido.⁵⁴²

Por lo que la figura paliativo no es aplicable cuando la liberación de la víctima obedece a diversas causas ajenas a la decisión del secuestrador como puede ser la autoliberación del rehén o la intervención de la policía.⁵⁴³

⁵⁴¹ Vid. Real academia de la lengua. Concepto: Libre. En diccionario de..., p. 1374.

⁵⁴² Vid. Cardona Arizmendi, E. y otro: Código penal comentado..., p. 623.

⁵⁴³ Vid. SSTs 17 de abril del 2002 y 30 de abril del 2003.

Sobre el mismo tema existen criterios de jurisprudencia mexicana señalan: "Secuestro. Caso en que es inaplicable la atenuante prevista en el artículo 304 del código de defensa social del estado de puebla. El citado precepto prevé una sanción atenuada al plagiario que pusiere espontáneamente en libertad a la persona secuestrada dentro de los tres días siguientes, y no le hubiera causado ninguna lesión; sin embargo, resulta inaplicable dicha hipótesis cuando de las constancias que integran la causa penal, se advierte que lo que motivó dicha conducta fue la presencia de elementos de la policía; demostrándose entonces que no existió una liberación voluntaria proveniente de la influencia interna del sujeto activo, sino que fue motivada por una influencia externa; por lo cual, el actuar del inculpado no se adecua al precepto legal antes citado." No. Registro: 187,687. Tesis aislada. Materia(s): Penal. Novena época. Instancia: Tribunales colegiados de circuito. Fuente: Semanario judicial de la federación y su gaceta. Tomo: XV, Febrero de 2002. Tesis: VI.1o.P.161. Página: 929. Primer tribunal colegiado en materia penal del sexto circuito. Amparo directo 331/2001. 23 de agosto de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Rafael Remes Ojeda. Secretario: Gerardo Domínguez Romo. En disco compacto ius 2007. Junio 1917 – diciembre 2007. Jurisprudencias y tesis aisladas. Suprema corte de justicia de la nación. Poder judicial de la federación.

"Secuestro, requisitos para que la conducta del activo encuadre en el tipo privilegiado que prevé el artículo 229 del código penal para el estado de Michoacán.- Siendo exigencia del tipo privilegiado de la figura del secuestro que prevé el artículo 229 del Código Penal para el Estado de Michoacán, el que el secuestrador ponga en libertad a la persona secuestrada en forma espontánea, dentro de tres días y sin causarle perjuicio, debe concluirse que esa espontaneidad de la conducta del activo debe ser motivada por su voluntad de desistir en la producción del resultado antijurídico o fin criminal propuesto, que se traduce en la no insistencia de la obtención del rescate y la cesación de las amenazas para el secuestrado y su familia." No. Registro: 910,648. Tesis aislada. Materia(s): Penal. Octava época. Instancia: Tribunales colegiados de circuito. Fuente: Apéndice 2000. Tomo: Tomo II, Penal, P.R. TCC. Tesis: 5707. Página: 2977. Genealogía: Semanario judicial de la federación, octava época. Tomo IX, junio de 1992, página 422, Tribunales colegiados de circuito, tesis XI.2o.87. Segundo tribunal colegiado del décimo primer circuito. Amparo en revisión 52/92.-Manuel Martínez Morfín.-5 de marzo de 1992.-Unanimidad de votos.- Ponente: Raúl Murillo Delgado.-Secretaria: Libertad Rodríguez Verduzco. Semanario

b) Criterio que precisa la no necesidad de voluntad para que se actualice la atenuante

Existe la opinión en el sentido de que en el secuestro atenuado, no interesa la voluntad del secuestrador, sino que basta el hecho objetivo de la liberación del rehén en un plazo de 3 (tres) días.⁵⁴⁴

Sin embargo, a pesar de la trascendencia de la liberación del rehén debe atenderse a la taxatividad del precepto legal que contiene el secuestro atenuado y que exige la liberación libre como espontánea.⁵⁴⁵

c) Forma de probar la voluntad libre y espontánea en la liberación del rehén

La manera de justificar la intención del activo, como en el caso de todo elemento subjetivo, es por las pruebas objetivas que reflejen el aspecto interno del activo.

Concretamente, en el caso de la atenuante de merito una forma de probarlo es con la liberación material del rehén en el plazo de tres días después de su privación de libertad sumado a la falta de demostración que la liberación obedeció a una causa ajena al activo.

Es decir, dado lo subjetivo de la demostración de la intención del activo, lo objetivo y materialmente constatable es una causa de la liberación del rehén que excluya la actualización de la agravante.

De tal suerte, con la liberación del rehén en el inter de tres después de que fue privado de su libertad hace presumible la actualización de la

Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo IX, junio de 1992, página 422, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis XI.2o.87. En disco compacto ius 2007. Junio 1917 – diciembre 2007. Jurisprudencias y tesis aisladas. Suprema corte de justicia de la nación. Poder judicial de la federación.

⁵⁴⁴ Cfr. Rodríguez Ramos, L. y otros.: Derecho penal. Parte especial I..., p. 122. Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal..., p. 189.

⁵⁴⁵ Vid. SSTS de 20 de octubre de 1997, 12 de octubre de 1999, 21 de marzo de 2000 y 2 de junio de 2000.

calificativa y será carga de la fiscalía demostrar que la intención del agente del delito fue ajena a la liberación.

3. Elemento temporal o limitación cronológica. Dentro de un plazo de tres días

La atenuante solo se actualiza si la liberación del rehén se da en un plazo de tres días que se contabilizan de momento a momento; es decir comienza con la privación de libertad y termina en el momento de la liberación.⁵⁴⁶

Sobre el tema la jurisprudencia ha determinado:

“(...) Exige, no sólo una duración menor a tres días en la privación de libertad sino también que se dé fin a tal privación sin que los autores del delito hubieran logrado su propósito (...).”⁵⁴⁷

Existe una excepción a la regla señalada aplicable en el caso de que el rehén otorgue el perdón al secuestrador, que éste consienta estar privado de la libertad y exista la posibilidad fáctica de liberarse. Supuesto que fue analizado previamente cuando se estudió el consentimiento en el capítulo relativos a las causas de atipicidad.

En dicho supuesto, a pesar de que la privación de libertad dure más de tres días es posible la actualización de la agravante si se prueba plenamente que la víctima asintió la privación de libertad y que a pesar de que pudo no abandono el lugar del claustro.

Ahora bien, dado que la ley se refiere a días, al computarse por veinticuatro horas, el tiempo exacto de los tres días dependerá en cada caso

⁵⁴⁶ Vid. Serrano Gómez, A. y otro: Derecho penal..., p. 165. Queralt Jiménez, Joan J.: Derecho penal español..., p. 169.

⁵⁴⁷ STS de 21 de marzo de 2000. En el mismo sentido Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 186.

concreto. Por lo que lo más adecuado sería que el legislador modifique el precepto sustituyendo los tres días por 72 horas.⁵⁴⁸

No se pasa por alto que al comentar su interpretación de la atenuante hay quienes señalan que la ley exige 72 horas,⁵⁴⁹ pero la ley no establece horas sino días, que no es lo mismo. Substancialmente por la forma de computarse los tiempos ya que los días se cuentan como completos, es decir 24 horas; mientras las horas se cuentan de momento a momento.

Como se debe aseverar la no actualización de la atenuante si detiene al secuestrador y se libera al rehén antes del plazo de tres días; sosteniendo que el acusado pudo haberse arrepentido antes de ese tiempo, pero no es posible probarlo dado que fue aprehendido. Y esa incertidumbre obliga a aplicar el principio in dubio pro reo que se traduce en tener por demostrada la atenuante.

La imposibilidad de la integración de la calificativa en el supuesto indicado en el párrafo precedente es que la voluntariedad de la liberación del rehén debe estar plenamente probada y nunca incertidumbre ni es dable suponerlo, ni deducirlo en base al principio in dubio pro reo, sino que es menester comprobarlo.

Sobre el tema la jurisprudencia española se ha manifestado indicando que:

“(...) La jurisprudencia de esta sala viene manteniendo con reiteración que el tipo privilegiado solo se puede aplicar cuando la liberación del detenido provenga de un acto voluntario, espontáneo y libre del autor de la detención y no a consecuencia de acciones realizadas por la propia víctima o por intervenciones ajenas y contrarias a

⁵⁴⁸ Cfr. Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español..., p.101.

⁵⁴⁹ En este sentido Del Rosal Blasco, B.: Delitos contra la..., p. 185.

los deseos del imputado (cfr. Sentencia de esta sala de 24 de junio de 1988, 20 de octubre de 1989, 15 de octubre de 1991, 23 de enero de 1993, 4 cuatro de abril y 23 de noviembre de 1994, 16 de mayo y 15 de noviembre de 1996 y 25 de enero de 1997 entre otras). Recuerda la sentencia de esta sala de 4 de abril de 1994 que estamos en presencia de una norma excepcional que interpretada de forma lógica es equiparable a los supuestos de desistimiento espontáneo activo, o en los casos de arrepentimiento voluntario e incluso, a la figura jurídica de la tentativa y cuando la liberación del detenido solo y únicamente tiene como causa directa, bien la astucia, bien la habilidad del retenido, no cabe minimizar la pena de quien privó de la libertad deambulatoria. Añade dicha sentencia que el supuesto privilegiado, por tanto, de una acción voluntaria y personalísima (la puesta en libertad), y el auto de 5 de febrero de 1997 que cuando la liberación de la víctima procede de un acto de esta, no puede aplicarse dicho tipo privilegiado (...).”⁵⁵⁰

“(...) Se requiere un acto voluntario y libre del autor de dar la libertad al detenido en una especie de desistimiento del delito (...).”⁵⁵¹

“(...) Es evidente que, según el factum recurrido, faltan los requisitos precisos para aplicar

⁵⁵⁰ STS de 2 de junio de 2000.

⁵⁵¹ STS de 31 de marzo de 2000.

el susodicho art. 163.2. Es así que (el culpable no dio la libertad a la detenida, sino que fue ésta la que, a pesar de las amenazas y de la violencia física contra ella ejercida, supo de manera ingeniosa “escapar” a la acción criminal. No se olvide que el delito quedó ya consumado cuando la víctima estuvo quince minutos atada, con la cinta aislante, de pies y manos. El hecho de que después fuera desatada por el acusado no puede influir en el tipo penal, puesto que esa supuesta libertad no era tal, si se tiene en cuenta que, condicionalmente, la víctima siempre estuvo vigilada por el recurrente que pretendía lograr que aquélla retirare la denuncia por amenazas contra éste, interpuesta tiempo atrás, siendo la “vigilada” la que, como se ha dicho, se las ingenió para lograr definitivamente la libertad que el acusado, de una u otra manera, le había arrebatado (...).”⁵⁵²

4. El resultado del secuestro. Que los secuestradores no hayan conseguido su propósito⁵⁵³

El secuestro de acuerdo a la intención de los secuestradores, como quedó previamente asentado, puede ser: Financiero, político o por venganza.

De tal suerte, previo a comprobar cual era la intención de los secuestradores, si su original plan delictivo no lo obtienen se aplica la atenuante en estudio.

Este “elemento negativo de la atenuante” debe analizarse en cada caso concreto. Véase el siguiente ejemplo:

⁵⁵² STS de 12 de mayo de 1999.

⁵⁵³ Muñoz Conde, F.: Derecho Penal. Parte Especial..., p. 173.

Juan secuestra a Eva a fin de que no le proporcione informes financieros de la casa de bolsa a Pedro. Resultando que por cuestiones de la misma bolsa, en menos de tres días, la información que Eva podría darle a Pedro se vuelve intracedente. Por lo que Juan decide soltar a Eva. Posteriormente Juan es detenido y en el enjuiciamiento argumenta que no consiguió su propósito para lo que cometió el delito.

En este caso no se actualiza la atenuante ya que el propósito del activo fue conseguido, que un momento determinado Eva no informara a Pedro de “cuestiones financieras”.

Este ejemplo sirva para poner de manifiesto la necesidad de analizar cada caso concreto a fin de poder afirmar, en el caso de la presente atenuante, que el activo no obtuvo su propósito.

IV. CRÍTICA

La atenuante del secuestro no esta desprovista de criticas, ya que se la ha tachado de involutiva, vetusta o de ser un burdo “criterio de cronometro”.⁵⁵⁴

Empero, a pesar de lo “antigüedad” de la atenuante su verdadera razón reside en cuestiones de política criminal y conviene en sana lógica, la reducción de la sanción en los casos en que con prontitud se libere al rehén.

⁵⁵⁴ Cfr. Polaino Navarrete, M.: Detención ilegal y..., p. 606.

V. EXCLUSIÓN DE OTRAS ATENUANTES

Al actualizarse la atenuante disciplinada en el artículo 163.3 del CP, hace inaplicable la del art. 21.5 del CP que obliga a reducir la sanción cuando disminuyen los efectos del delito; pues es claro que al liberar al rehén objetivamente decrecen los efectos del delito.

Empero, las dos atenuantes no pueden coexistir, al tenor al principio de especialidad. De modo que el artículo 163.3 del CP excluye la aplicación del dispositivo 21.5 de la ley represiva. Más no impide, a nuestro juicio, que se puedan aplicar el resto de circunstancias atenuantes previstas en el art. 21 CP.

VI. EL ERROR SOBRE EL TIPO ATENUADO

Tal como sucedía en el Código Penal de 1973, en la actualidad el Código español sigue sin regular el error sobre las circunstancias atenuantes; pues, el art. 14.2 CP se refiere sólo al error sobre las circunstancias agravantes genéricas o específicas.

Esta lamentable e injustificable carencia del nuevo Código habrá que seguir colmándola mediante una aplicación subsidiaria del art. 65 CP, como tradicionalmente venía exigiendo la doctrina.⁵⁵⁵

Como es sabido, en este precepto se regula el tema de la comunicabilidad de las circunstancias del delito a los partícipes, estableciendo la distinción entre aquellas que tienen carácter material o están referidas al hecho de aquellas otras que tienen carácter personal o están referidas al autor.

En el caso que nos ocupa, el tipo atenuado del art. 163.2 CP encuentra su fundamento en una disminución del contenido de injusto del hecho, por ser la privación de libertad de menor duración; por lo que este motivo de atenuación es de carácter material y tiene que ver con la forma de cometer el hecho. De este modo, de acuerdo con el art. 65.2 CP, es necesario su conocimiento para poder aplicarlo tanto al partícipe como al autor.

De esta exigencia de conocimiento, que es derivación del principio de responsabilidad subjetiva, cabe inferir que el error (directo) sobre los elementos concurrentes que configuran una circunstancia atenuante, sea genérica o específica, impide la apreciación de dicho motivo de atenuación, debiendo aplicarse, por tanto, la pena del delito básico sin atenuar.

Por ejemplo: Si un sujeto pone en libertad a la víctima antes del tercer día de su detención, pero

⁵⁵⁵ Vid. al respecto, Pérez Alonso, E.J.: Teoría general de las circunstancias..., pp. 124 y ss., 167 y ss.

creyendo que ya han pasado cuatro días, no se hace acreedor de la atenuación de la pena, porque desconoce la situación que fundamenta la atenuación.

Además del error de tipo directo sobre una atenuante, es posible que se dé un error de tipo inverso o al revés sobre una atenuante, que tampoco ha sido objeto de regulación legal. Esta modalidad de error consiste en la creencia de realizar un hecho delictivo que en la realidad objetiva no se da. En el caso de las circunstancias consiste en la suposición errónea de un tipo atenuado (o agravado) que, en verdad, no existe más que en la mente del autor.⁵⁵⁶

Por ejemplo: En el caso de que el secuestrador se confunde, pensando que libera a la víctima tres días después de su detención ilegal, mas no es así, sino que lo hace al cuarto día.

En este caso el error es irrelevante y debe considerarse el secuestro atenuado del art. 163.2 CP, como defiende un sector doctrinal. No obstante, otros autores entienden que debe establecerse aquí la distinción anterior entre atenuantes personales o referidas al autor, donde hay que dar plena relevancia a la representación errónea del autor, como se defiende mayoritariamente, de aquellas otras atenuantes de carácter material o referidas al hecho, como la que nos ocupa.

⁵⁵⁶ Vid. al respecto, Pérez Alonso, E.J.: Teoría general de las circunstancias..., pp. 172 y ss., 176 y ss.

Para el supuesto en estudio no debe prevalecer la representación del autor, pues la disminución del injusto objetivo sólo ha tenido lugar en la mente del autor no en la realidad. Por ello, debería castigarse por el tipo base sin atenuar, cuyo tipo objetivo y subjetivo ha sido realmente realizado por el autor.⁵⁵⁷

⁵⁵⁷ Así, vid. Pérez Alonso, E.J.: Teoría general de las circunstancias..., pp. 177 y 178.

VII. EN RESUMEN: LA FIGURA ATENUADA DE SECUESTRO

La naturaleza jurídica de la “figura de secuestro atenuado” o “figura del arrepentido” es una figura sui generis que atiende a razones de política criminal que reduce el castigo al secuestrador como contraprestación por que libero con prontitud al rehén.

Para su integración necesita la liberación libre y espontánea del rehén dentro de los tres días posteriores a la privación de libertad sin que el secuestrador haya conseguido su propósito.

Atenuante que permite aplicar cualquier otra que se establezca en la parte general del CP, salvo la de disminuir los efectos del delito del art. 21.5 CP, con la que coincide claramente.

BIBLIOGRAFÍA

- Abad Castelos, M.: La toma de rehenes como manifestación de terrorismo y derecho penal internacional. Ministerio del interior español. Madrid. Sine date.
- Adame Goddard, J.: Libertad. En diccionario jurídico mexicano. Tomo. I-O. Porrúa – UNAM. México D.F. 1994.
- Antón Oneca y otros autores. Derecho penal. Parte especial. Tomo II. Madrid España. 1949.
- Arroyo Zapatero, L. y otros (varios directores). Comentarios al código penal. Nieto Martín, A. y Pérez Cepeda A.I. (coordinadores). Iustel. Madrid España. 2007.
- Azuela, A.: El matemático (novela). Seminario de cultura mexicana. Sexta edición. 1995.
- Baratta, A.: Integración – Prevención: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. En apuntes de los VII Cursos de postgrado en derecho. Problemas clave de la parte general del derecho penal. Universidad de Salamanca. 10-27 Enero del 2000.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. y otros.: Lecciones de derecho penal. Parte general. Segunda edición. Editorial praxis. Barcelona España. 1999.
- Berdugo Gómez de la Torre, I.: Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico. En ensayos penales. Revista de derecho penal. Universidad autónoma de Sinaloa.

- Blanco Lozano, C.: La detención ilegal con desaparición del sujeto pasivo en el nuevo código penal. La ley – actualidad. Tomo 5. D-322. La Coruña España. 1996.
- Bunster, Á.: Escritos de derecho penal y política criminal. Universidad Autónoma de Sinaloa. Sinaloa, México. 1994.
- Bustos Ramírez, J.: Manual de derecho penal español. Parte especial. Editorial Ariel. Barcelona, España. 1986.
- Cabanellas, G.: Secuestro de personas. En diccionario enciclopédico de derecho usual. Editorial Heliasta. 21ª edición. Tomo VII de VIII. Madrid, España. 1989.
- Carranca y Trujillo, R. y otro.: Código penal anotado. Porrúa. México D.F. 1995.
- Carrión Tizcareño, M.: El secuestro en México. Editorial Porrúa. México D.F. 2006.
- Calderón Cerezo, Á.: Delitos contra la libertad, tortura y contra la integridad moral. En derecho penal. Parte especial. Tomo II de II. Bosch. Barcelona España.
- Calderón Cerezo, A. y otro.: Derecho penal. Tomo II de II. Parte especial. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal. Bosch. Barcelona, España. 1999.
- Callamand Pinzón, L. y otra.: La libertad y el delito de secuestro. Pontificia Universidad Javeriana. Ciencias Jurídicas y socioeconómicas. Bogotá, Colombia. 1988.

- Carbonell, M.: Delitos contra la libertad y la seguridad. Cuestiones generales. Detenciones ilegales. Sustracción de menores. En derecho Penal parte especial. Tirant lo Blanch. Valencia, España. 1993.
- Carbonell Mateu, J.C. Cussac González, J.L. y otros autores: Derecho penal. Parte especial. Tirant lo blanch. Valencia España. 2004
- Cardona Arizmendi, E. y otro.: Código penal comentado del estado de Guanajuato. Orlando Cárdenas editor y distribuidor, S.A. de C.V. Tercera edición. Irapuato, Guanajuato, México. 1996.
- Carranca y Trujillo, R.: Código penal anotado. Antigua Librería Robredo. México, D.F. 1962.
- Carranca y Trujillo, R. y otro.: Código penal anotado. Vigésimocuarta edición. Porrúa. México, D.F. 2001.
- Carrara, F.: Programa de derecho criminal parte especial). Vol. IV. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1996.
- Programa de derecho criminal. Tomo II. Cardenas editor y distribuidor. Mexico Distrito Federal. México 1991.
- Castro Villalobos, J. y otra.: Asilo. En diccionarios jurídicos temáticos. Derecho internacional público. Segunda serie. Volumen 7. Oxford. México D.F. 2002.
- Asilo diplomático. En diccionarios jurídicos temáticos. Derecho internacional público. Segunda serie. Volumen 7. Oxford. México D.F. 2002.

Corte internacional de justicia. En diccionarios jurídicos temáticos. Derecho internacional público. Segunda serie. Volumen 7. Oxford. México D.F. 2002.

Crimen internacional. En diccionarios jurídicos temáticos. Derecho internacional público. Segunda serie. Volumen 7. Oxford. México D.F. 2002.

Piratería. En diccionarios jurídicos temáticos. Derecho internacional público. Segunda serie. Volumen 7. Oxford. México D.F. 2002.

Climent Durán, C.: Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público. Tirant lo blanch "colección de delitos". No. 18. Valencia, España. 1999.

Cobo del Rosal, M. (Coordinador): Derecho Penal Español. Parte Especial. 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas. Dykinson, S.L. Madrid España. 2005.

Cobo del Rosal, M. y otros.: Derecho Penal. Parte General. 4ª. Edición. Adecuada al código penal de 1995 por María Isabel Valldecabres Ortiz. Tirant lo blanch. Valencia España. 1996.

Conde – Pumpido Ferreiro, C. (Director): Código penal. Doctrina y jurisprudencia. Actualización 1999. Trivium. Madrid España. 2000.

Consultores exprofeso. El secuestro (análisis dogmático y criminológico). Porrúa. México, D.F. 1998.

Corcoy Bidasolo, M. (directora): Manual práctico de derecho penal. Parte especial. Tomo I. Valencia, España. 2002.

- Córdoba Roda, J.: El delito de detenciones ilegales en el código penal español (continuación). En anuario de derecho penal y ciencias penales. Madrid España. 1965.
- Clutterbuck, R.: Secuestro y rescate. Fondo de Cultura Económica. México, D.F. 1979.
- Cuello Contreras, J.: El derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito. Tercera edición. Editorial dykinson. Madrid – España. 2002.
- Cuervo Rufino, J.: Rescate. En diccionario de construcción y régimen de la lengua española. Tomo VIII. Santa Fe de Bogotá. 1994.
- C.T. Onions (ED). The oxford of english ethimology. Quinta edición. Gran Bretaña. 1979.
- De la Grange, B.: La multinacional FARC. En letras libres. Revista mensual. Año X. Número 115. México D.F. Julio 2008.
- De J. Lozano, A.: Secuestro. En Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia mexicana. Segunda Edición. Editorial Lhito impresiones Macabsa, S.A. de C. V. México DF. 1992.
- Dehesa Dávila, G.: Introducción a la retórica y a la argumentación. Elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional. Tercera edición. Suprema corte de justicia de la nación. México D.F. 2006.
- Delgadillo, E.: Introducción al derecho positivo mexicano. México 1997.

Díaz de León, M.A.: Derecho penal mexicano. La reforma de 1996. Porrúa. México, D.F. 1997.

Diccionario de derecho procesal penal. Tomo II de II Porrúa. México, D.F. 1989.

Díaz Cisneros, C.: Derecho internacional público. 2ª. Edición. Tipográfica editora Argentina. Buenos Aires. 1966.

Díez Ripolles, J.L.: Detenciones ilegales y secuestros. En VV.AA.: Díez Ripolles/Gracia Martín (Coordinadores): Comentarios al código penal. Parte especial. Valencia España. 1997.

Esbec Rodríguez, E.: Daño psíquico y su reparación en víctimas de delitos violentos: Una línea general de investigación. Los centros de ayuda. En psiquiatría legal y forense. Tomo 1 de 2. Editorial Colex. Gobierno de Canarias. España. 1994.

Escobar Jiménez, R.: Delitos contra la libertad. En Código penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia. Serrano Butrageño, Ignacio (coordinador editorial). Comares editorial. Granada España. 1998.

Falcón Caro, M.C.: El delito de detención ilegal con desaparición forzada. Cuadernos de política criminal. Instituto universitario de criminología. Universidad Complutense de Madrid. No. 67. 1999. Madrid España.

Ferrero Hidalgo, F. y otra.: Delitos contra la libertad y seguridad individual. Bosch. Barcelona España. 1998.

Figuroa, L.M.: Derecho internacional. Editorial jus. México, D.F. 1991.

Franco Sodi, C.: Nociones de derecho penal. Ediciones Botas-México. México, D.F. 1950.

Fundación Tomas Moro. Detenciones ilegales y secuestros. En diccionario espasa siglo XXI. Madrid, España. 2001.

Apoderamiento ilícito de aeronaves. En diccionario jurídico espasa. Editorial espasa calpe. Madrid España. 2001.

Extradición. En diccionario jurídico espasa. Editorial espasa calpe. Madrid España. 2001.

García Márquez, G.: El secuestro, historia de una acción revolucionaria por la libertad de un pueblo. (Novela). Editorial Oveja Negra. Colombia. 1984. Pp. 69. Consultado en Internet hipervínculo http://www.mil-libros_.com.mx./gabo.htm el 08 de octubre de 1999.

García Moreno, C.V.: Crímenes internacionales. En diccionario de derecho internacional público. Porrúa – UNAM. México D.F. 2001.

Terrorismo internacional. En Diccionario jurídico mexicano. UNAM. Tomo P-Z. Porrúa. México. 1994.

García Moreno, V. y otro.: Piratería. En diccionario jurídico mexicano. Porrúa – UNAM. Tomo P – Z. Séptima edición. México, D.F. 1994.

Piratería. En diccionario de derecho internacional público. Porrúa – UNAM. México, D.F. 2001.

- García Morillo, J.: El derecho a la libertad personal. (Detención, privación y restricción de libertad). Tirant lo blanch. Valencia, España. 1995.
- García Ramírez, S.: Delincuencia organizada en temas y problemas de justicia penal. Seminario de Cultura Mexicana. México, D.F.
- García Pérez, O.: Delito de sospecha: Principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP. En anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo XLVI fascículo II. Mayo – agosto MCMXCIII. Ministerio de justicia. Madrid España.
- Gimbernát Ordeig, E. y otros.: Código penal. Con concordancias y jurisprudencias. Tecnos. Madrid España. 2003.
- Genis González Méndez, A.: La libertad en el derecho procesal penal federal mexicano. Porrúa. México, D.F. 1999.
- Góngora Pimentel, G.D.: Evolución del secuestro en México y las decisiones del poder judicial de la federación en la materia. Porrúa. México D.F. 2005.
- González Medina, G.: Secuestro, cuando no se integra dado que la privación de la libertad, solo constituye el medio comisivo del robo. Primera sala penal. Toca numero 146/996. (Criterio). En revista del poder judicial. Tomo 1. Abril de 1997. Guanajuato, Gto. México.
- González – Salas Campos, R.: La teoría del bien jurídico en el derecho penal. Pereznieto editores. México DF. 1995.
- González, S.A.: Bien jurídico. En Diccionario jurídico mexicano. Tomo A-CH. Porrúa – UNAM. México D.F. 1994.

- González Quintanilla, J.A.: Derecho penal mexicano. Parte general y parte especial. Porrúa. Cuarta edición. México D.F. 1997.
- Gómez Benítez J.M.: La teoría del bien jurídico. Aproximación al ilícito penal. En estudios penales. Editorial Colex. Madrid España. 2001.
- Guerrero Agripino, L.F.: La delincuencia organizada. Algunos aspectos penales, criminológicos y político criminales. Universidad de Guanajuato. Guanajuato México. Octubre del 2001.
- Gutiérrez Baylón, J.D.: Corte internacional de justicia. En diccionario de derecho internacional público. Porrúa – UNAM. México, D.F. 2001.
- Howard C. W. (Compilador): Diccionario de psicología. Fondo de Cultura Económico. México, D.F. 1991.
- Human right watch. Temas legales que surgen a raíz de la guerra de Afganistán y de actividades antiterroristas relacionadas. En www.hrwright.com. Consultada el 5 de septiembre del 2002.
- Jaramillo García, A.: Novísimo código penal, comentado y cotejado con el de 1870. Vol. II. Salamanca España. 1929.
- Jakobs, G.: Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras José Luis Serrano González de Murillo. 2ª. Edición. Marcial Pons. Ediciones jurídicas S. A. Madrid, España. 1997.

Estudios de derecho penal. Traducción: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. UAM ediciones y editorial civitas. Madrid, España. 1997.

Jiménez Huerta, M.: Derecho penal mexicano (Parte especial). Tomo III. La tutela penal y de libertad.- Antigua librería Robledo. México, D.F. 1968.

Jiménez Órnelas, R. y otra.: El secuestro. Problemas sociales y jurídicos. UNAM. México D.F. 2002.

Jurisprudencia – México. Apéndice al semanario judicial de la federación. Jurisprudencia. Materia penal. 1917 –2000. Tomo II. Suprema corte de justicia de la nación. México D.F. 2000.

Apéndice al semanario judicial de la federación. Precedentes relevantes. Materia penal. 1917 –2000. Tomo II. 4 Volúmenes. Suprema corte de justicia de la nación. México D.F. 2000.

Disco compacto ius 2007. Junio 1917 – diciembre 2007. Jurisprudencias y tesis aisladas. Suprema corte de justicia de la nación. Poder judicial de la federación.

Landecho Velasco, C.M. y otra.: Derecho penal español. Parte especial. Redactado conforme al nuevo código penal del 23 de noviembre de 1995. Tecnos. Madrid- España. 1996.

Landrove Díaz, G.: Detenciones ilegales y secuestros. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 1999.

El tipo básico de detención ilegal. En ley – actualidad. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Tomo 3 de jurisprudencia. D-165. 1998.

Legislación – Alemana. Código penal Alemán STGB. Código procesal Alemán STPO. Eiranova Encinas, Emilio (coordinador). Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales. S.A. Madrid y Barcelona. España. 2000.

Legislación – España. Código Penal y leyes penales especiales. Editorial Aranzadi. 1998.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE 24 Noviembre 1995. Ley Orgánica 10/1995, 23 noviembre, rectificada por Corrección de errores («B.O.E.» 2 marzo 1996).

Ley 209/1964 de 24 de diciembre, penal y procesal de la navegación aérea. En código penal y leyes penales especiales. Aranzadi. Pamplona España. 1998.

Legislación – Guanajuato. Código penal para el estado de Guanajuato. En periódico oficial del gobierno del estado de Guanajuato. Año LXXXVIII tomo CXXXIX numero 88. Guanajuato, Gto, México. 2 de noviembre del 2001.

Legislación – México. Código penal. Interpretación por el poder judicial de la federación 2004. Versión en disco compacto. Suprema corte de justicia de la nación.

Leguizamo Ferrer, M.E.: Secuestro. En diccionario jurídico mexicano. Tomo P-Z. UNAM. Porrúa. México, D.F. 1994.

Luzón Peña, D.M.: Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales (A propósito de la jurisprudencia posterior a 1983 y de la STS 4 de febrero de 1987). En estudios penales. Barcelona España. 1991.

López Betancourt, E.: Delitos en particular. Tomo I de II. Porrúa. México 1995.

López Peregrin, M.C.: La complicidad en el delito. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997.

Lozano Moreno, A.: Derecho penal mexicano. Porrúa, México D.F. 1968.

Maggiore, G.: Derecho penal. Volumen II. Editorial Temis. Bogota Colombia. 1982.

Maldonado Aguirre. El delito y el arte. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1994.

Manfredini, Elena, S. (Coordinadora). El secuestro extorsivo. Ediciones la rocca. Buenos Aires, Argentina. 2005.

Martínez Carbajal, M.E. Terrorismo. En Diccionario jurídico mexicano. Porrúa. UNAM. México, D.F. 1994.

Martínez Iglesias, R.: Manual antisequestro. Organización Topilli. [http://www.topilli __www.topilli_](http://www.topilli__www.topilli_). 10 de abril del 2008.

Martiñón Cano, G.: El bien jurídico del delito de secuestro. Tesis para obtener el grado de maestro en ciencias jurídico penales. Universidad de Guanajuato, México. 2007.

Sistema decimal de individualización de la punición. En memoria del Congreso de estudiantes de derecho penal. Universidad Guanajuato facultad de derecho. Guanajuato, México. 1998

Martiñón Moreno, G.: Mentir ¿garantía constitucional?. Tesis para obtener el grado de maestro en impartición de justicia penal. Universidad Iberoamericana. León Guanajuato, México. 2004.

Márquez Piñero, R.: Derecho penal. Parte general. Trillas. México D.F. . 1999.

Aspectos jurídicos internacionales del secuestro. En ars iuris. Revista del instituto de documentación e investigación jurídica de la facultad de derecho de la universidad panamericana. Numero 11. México D.F. 1994.

Maqueda Abreu, M.L.: Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas. Notas para un estudio doctrinal y jurisprudencial. Servicio de publicaciones de la universidad de Granada. Campus universitario de cartuja. Granada, España. 1998.

Maurach, R.: Tratado de derecho penal. Tomo I. Traductor Juan Córdoba Rhoda. Ediciones Ariel. Barcelona, España. 1962.

Middendorff, W.: Rapto, toma de rehenes, secuestro de personas. Estudios de psicología criminal. Volumen XIII. Espasa – Calpe. S.A.. Madrid España. 1976.

Mir Puig, S.: Bien jurídico y bien jurídico penal como límite al ius puniendi. Estudios penales y criminológicos. XIV Universidad de Santiago de Compostela. 1991.

Derecho penal. Parte general. 4ª. edición corregida y puesta al día con arreglo al código penal de 1995. Barcelona. 1996

Mirat Hernández, P.: Detenciones ilegales. (Artículo 163 del código penal). Edersa. Publicaciones del instituto de criminología de la universidad complutense de Madrid. Madrid, España. 2001.

Mongue Fernández, A.: Derecho a la libertad y a la seguridad. Comentario a la sentencia del tribunal europeo de derechos humanos del 14 de octubre de 1999. Caso Riera Blume y otros contra España. En actualidad penal. La Ley. Número 25 semanario 18 al 24 de junio del 2001. App (asociación de prensa profesional) Madrid- España.

Mora Soto, S.M.: Secuestro con fines terroristas. En nuevo foro penal. Revista trimestral. Editorial Temis. Bogota Colombia. Año X. Octubre – noviembre – diciembre. Numero 50. 1999.

Morillas Cueva, L.: Metodología y ciencia penal. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada. Granada. 1990.

Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal. Dykinson. Madrid. 2004

Muñoz Conde, F. y García Arán, M.: Derecho Penal. Parte General. Décimo sexta edición, revisada y puesta al día. Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2004.

Muñoz Conde, F.: Derecho Penal. Parte Especial. Décimo sexta edición, revisada y puesta al día. Tirant lo blanch. Valencia España. 2007.

Teoría general del delito. Segunda edición. Temis. Santa fe de Bogota, Colombia. 1999. P. 181.

El bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes. En criminalia. Año LXV. No. 3. Septiembre – diciembre. México D.F. 1999.

Derecho penal del enemigo. Conferencia magistral. Instituto nacional de ciencias penales. México D.F. 2003

Muñoz Ledo, M.: La responsabilidad criminal ante la comunidad internacional. En investigaciones jurídicas. Boletín números 39 –40 julio – septiembre octubre – diciembre de 1990. Facultad de derecho de la universidad de Guanajuato, Gto. México.

Muñoz Sánchez, J.: El delito de detenciones. Editorial Trotta. Madrid, España. 1992.

Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el código penal de 1995. Cuadernos de derecho judicial. Madrid, España. 1996.

Müssing, B.: Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien

jurídico crítica hacia el sistema. En revista de derecho penal y criminología. 2ª. Época. Enero 2002. No. 9. Universidad nacional de educación a distancia. Madrid – España. 2002.

Nocetti Fasolino, A.: Secuestro de personas. En enciclopedia jurídica omeba. Tomo XXV. Retr-Tasa Editorial Driskill S. A. 1986.

Pena. En enciclopedia jurídica omeba. Tomo XV (impo-insa).

Ojeda Velázquez J.: Derecho punitivo. Teoría de las sanciones jurídicas del delito. Editorial trillas. México. 1993.

Olmedo Cardenete, M.: La inducción como forma de participación accesoria. Edersa. Madrid. 1998

Organización de las naciones unidas. Las naciones unidas y las medidas para eliminar el terrorismo internacional (1963-2001). En <http://www.unit.org.ar/sigloXXI-terrorismo.htm>. Consultado el 2 de septiembre del 2002.

Orts Berenguer y otro: Compendio de derecho penal. (Parte general y parte especial). Tirant lo blanch. Valencia España. 2004

Ortiz Ahlf, Loretta. Derecho internacional público. Segunda edición. Harla. México D.F. 1993.

Ortiz Dorantes, A.: El secuestro exprés. INACIPE. México D.F. 2005.

Palacios, M.: Las FARC y la paz en Colombia. En letras libres. Revista mensual. Año X. Número 115. México D.F. Julio 2008.

Palomar de Miguel, J.: Secuestro. En diccionario para juristas. Porrúa. México, D.F. 2000.

Pavón Vasconcelos, F.: Bien jurídico, en diccionario de derecho penal. Analítico sistemático. Porrúa. México D.F. 1997.

Secuestro, en diccionario de derecho penal. Analítico sistemático. Porrúa. México D.F. 1997.

Privación de la libertad, en diccionario de derecho penal. Analítico sistemático. Porrúa. México D.F. 1997

Paz Rubio, J.M. y otro.: Delitos contra la libertad. En código penal. Doctrina y jurisprudencia. Conde-Pumpido Tourón, C. (director). Tomo II. Artículos 138 a 385. Trivium editorial. Madrid España. 1997.

Peñaranda Ramos, E.: La participación en el delito y el principio de accesoriidad. Madrid. 1990.

Plascencia Villanueva, R.: Teoría del delito. UNAM. México, D.F. 1998.

El cuerpo del delito y los elementos del tipo penal. Conferencia. Poder Judicial del estado de Tabasco. Tabasco, México. 1994.

Pérez Alonso, E.J.: Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes "indeterminadas" en los delitos contra la propiedad y el patrimonio. Edersa. Madrid. 1995.

La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal. Comares. Granada. 1998.

“Täterschaft und Teilnahme im Spanischen Strafgesetzbuch von 1995 und in der neuesten Strafrechtsreform”. ZStW. N° 117. 2005.

Pérez Duarte, A.E.: Condición en diccionario jurídico mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Séptima edición. Tomo A-CH. Porrúa. México, D.F. 1994.

Portilla Contreras, G.: El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público. Edersa. Madrid España. 1990

El derecho penal como sistema de control social. En derecho penal parte general. Tirant lo blanch. Valencia, España. 2004.

Polaino Navarrete, M.: Derecho penal. Parte general. Tomo II. Teoría jurídica del delito. Volumen I. Bosch. Barcelona - España. 2000.

Detención ilegal y secuestro. En enciclopedia penal básica. Luzón Peña, Diego – Manuel (director). Comares editorial. Granada España. 2002.

Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal. Porrúa. México D.F. 2001.

Manual de derecho penal. Parte especial. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1993.

Secuestro, en Enciclopedia Jurídica Básica. Tomo II. Corn- Ind. De 4. Editorial Civitas. Madrid, España. 1995.

Prats Canut, J.M y otros autores: Delitos contra la libertad. En, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Denal. Gonzalo Quintero Olivares

(Dir.). Fermín Morales Prats. (Coor.). Thomson Aranzadi Editorial. Sexta edición (revisada, ampliada y puesta al día). Barcelona España. 2007

Queralt Jiménez, J.J.: Derecho penal español. Parte especial. Quinta edición revisada y actualizada. Atelier libros jurídicos. Barcelona España 2008.

Quintanar Díez, M.: Delitos contra la libertad. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Artículos 163 a 194. En comentarios al código penal. Dirigido por Cobo del Rosal, Manuel. Tomo VI. Edersa. Madrid España. 2002.

El delito de secuestro: Tipo de injusto, dolo y autoría. En estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal. Con el patrocinio de las universidades: Complutense de Madrid, Granada y Valencia. Madrid España. 2005.

Quintero Olivares, G.: La justicia penal en España. Editorial Aranzadi. Pamplona, España. 1998.

Los confines de la inducción: de la responsabilidad penal a la responsabilidad moral. La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Madrid. 2002

Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Gonzalo Quintero Olivares (Dir.). Fermín Morales Prats. (Coor.). Thomson Aranzadi Editorial. Sexta edición (revisada, ampliada y puesta al día). Barcelona España. 2007

Parte General del Derecho Penal. Con la colaboración de Fermín Morales Prats. 2ª ed. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2007

Quintano Ripollés: Curso de derecho penal. Madrid España, 1963.

Tratado de la parte especial del derecho penal. Editorial Revista de Derecho Privado. IV Tomos. IV de IV. Madrid, España. 1967.

Ragués I. Valles, Ramón. La delimitación entre detenciones ilegales y coacciones ¿una tarea condenada al fracaso? En actualidad penal. La ley. Número 11 semana del 10 al 16 de marzo del 2003. Madrid-España. 2003.

Real academia de la lengua. Conceptos: Conspirar, particular, plagio, penalidad, secuestro, voluntario y voluntad. En diccionario de la lengua española. Vigésima primera edición. Madrid, España. 1992.

Rebollo Vargas, R. y otros autores: Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo I. Juan Córdoba Roda y Mercedes García Arán (Dir.) Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2004.

Reynoso Dávila, Roberto. Delitos patrimoniales. Porrúa. México, D.F. 1999.

Rodríguez Devesa, J. y otro: Derecho penal español. Parte especial. Decimoctava edición. Dykinson. Madrid, España. 1995.

Rodríguez y Rodríguez, J.: Extradición. En diccionario de derecho internación público. Porrúa – UNAM. México D.F. 2001.

Rodríguez Ramos L. y otros.: Derecho penal. Parte especial I. Delitos contra las personas-Delitos contra la libertad- Delitos contra la libertad

sexual. Servicio publicaciones facultad de derecho universidad complutense Madrid. Madrid- España. 1998.

Roxin, C.: Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña. Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas. Madrid, España. 1997.

Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Marcial Pons. Madrid – Barcelona. 2000.

Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal. www.derechopenal.com.ar. Consultada el 30 de julio del 2008.

Rueda Martín, M.Á.: La adecuación social y el delito de detenciones ilegales. (Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1997. Ponente: Excmo. Bacigalupo Zapater. En revista de derecho penal y criminología. 2ª. época. Enero 2001. No. 7. Universidad nacional de educación a distancia. Madrid España. 2001.

Salgado, E.: La industria del secuestro. En <http://www.monografias.com/trabajos7/inse/inse2.shtml>. Consultado el 5 de diciembre del 2007.

Sanz Delgado, E.: Detención ilegal: ¿delito de consumación instantánea?. En la ley penal. Revista de derecho penal procesal y penitenciario. Año III. Julio-Agosto. La ley grupo Wolkers Kluwer. Madrid España. 2006.

Sáenz Mulas, N.: Sistema de penas en la actualidad. La situación mexicana. En criminalía. Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año LXIII. Número 2. Mayo- Agosto. Porrúa. México. D.F. 1997.

Serrano Gómez, A. y otro: Derecho penal. Parte especial. 12ª edición. Dykinson. Madrid España. 2007.

Sherri L. B.: De Noriega a Pinochet. ¿Hay un derecho internacional, moral o jurídico, al secuestro de individuos acusados de graves violaciones de los derechos humanos?. En revista de la facultad de derecho de la universidad de Granada. El derecho y las minorías. Granada, España. 2002.

Sepúlveda, C.: Derecho internacional. Decimoquinta edición. Porrúa. México, D.F.

Silva Sánchez, J.M.: Sobre la evolución de la dogmática del derecho penal en Alemania (1991) en instituciones de derecho penal. Ángel editor. México, D.F. 2001.

Soler, S.: Derecho Penal argentino. Tomo IV de V. Tipográfica Editorial Argentina. Buenos Aires, Argentina. 1976.

Sorensen, M.: Manual de derecho internacional público. 1ª. Edición en español. Porrúa. México, D.F.

Soto Nieto, F.: Atentados a la libertad ambulatoria. En revista jurídica española. La ley. Volumen I 2000. 1 – 1500.

Stratenwerth, G.: Derecho penal. Parte general. El hecho punible. 4ª. Edición totalmente relaborada. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Snacinetti. Editorial hammurabi. Buenos Aires, Argentina. 2000.

- Székely, A. (Compilador): Instrumentos fundamentales del derecho internacional público. Tomo III de V. UNAM. México, D.F. 1989.
- Tabolari Oliveros, R.: Variaciones sobre la prueba en el proceso. En XVI Congreso Mexicano de derecho procesal con participación internacional. Tomo III de III. 1999. Instituto mexicano de derecho procesal. supremo tribunal de justicia del estado de Guanajuato. Guanajuato, México.
- Terradillos Basoco, J.M.: El derecho penal de la globalización: Luces y sombras. En transformaciones del derecho en la mundialización. Estudios de derecho judicial. Revista de la escuela judicial No. 16.. Consejo general del poder judicial. Madrid, España. 1999.
- Valdivia, B.: Veleidades de Numa Fernández al caer la tarde. (Novela). Ediciones la rana. Guanajuato, Guanajuato. México. 1999.
- Valle Salido, C.: La detención policial. J.M. Bosch editor. Barcelona, España. 1997.
- Vela Treviño, S.: La prescripción en materia penal. Editorial Trillas. México, D.F. 1983.
- Villegas Villalobos, A.: Secuestro de aviones. En diccionario jurídico mexicano. Tomo P-Z. Porrúa – UNAM. México D.F. 1994.
- Secuestro de aviones. En diccionario de derecho internacional. Porrúa – UNAM. México, D.F. 2001.
- Vives Antón, T.S. y otros.: Derecho penal. Parte especial. 3ª edición revisada y actualizada. Tirant lo blanch. Valencia – España. 1999.

Web-bibliografía. Secuestro express.

http://es.wikipedia.org/wiki/Secuestro_express.

Consultado el 18 de abril del 2006.

Delito de secuestro.

<http://www.guanajuato.gob.mx/pgjeg/informes/boletinsecuestro.pdf>.

Consultado el 24 de octubre del 2006.

Síndrome de Estocolmo.

http://es.wikipedia.org/wiki/S%C3%ADndrome_de_Estocolmo.

Consultado el 18 de abril del 2006.

Secuestro express.

http://es.wikipedia.org/wiki/Secuestro_express.

Consultado el 18 de abril del 2006

Weinstein, F.M.: El delito de secuestro extorsivo. Un estudio pormenorizado del artículo 170 del código penal y su interpretación en la jurisprudencia. Omar Favele ediciones jurídicas. Buenos Aires Argentina. 2005.

Zaffaroni, E.R. y otros.: Derecho penal. Parte general. Porrúa. México D.F. 2001.

Zamora Jiménez, A.: Manual de derecho penal. Parte especial. Análisis de los delitos en México. 2a. Edición. Ángel editor. México D.F. 2001.

Zugaldía Espinar, J.M.: Fundamentos de derecho penal. Parte general. Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico-práctica a sus problemas básico). 3ª edición. Tirant lo blanch libros. Valencia España. 1993.

Derecho Penal. Parte General. Segunda edición. J.M. Zugaldía Espinar (dir.). E.J. Pérez Alonso (Coor.). Tirant Lo Blanch. Valencia España. 2004.

El título V (Delitos contra la libertad) del libro II (delitos y sus penas) de la propuesta de anteproyecto del nuevo código penal. En documentación jurídica. Monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del nuevo código penal. Vol. I. Enero-diciembre de 1983. 37/40. Gabinete de documentación y publicaciones. Secretaria general técnica. Ministerio de justicia. Madrid España.

Zúñiga Rodríguez, L.: Libertad y seguridad ciudadana. Estudio del injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público. PPU (promociones y publicaciones universitarias). Barcelona, España. 1993.