



Universidad
de Alcalá

**“EL DELITO DE SECUESTRO Y LA LEY
ORGÁNICA 1/2015 POR LA QUE SE
REFORMA EL CÓDIGO PENAL”**

**“THE KIDNAPPING CRIME AND THE
ORGANIC LAW 1/2015 BY WHICH THE
PENAL CODE IS REFORMED”**

**Máster Universitario en
Acceso a la Profesión de Abogado**

Autor/a: D^a Blanca Costero Morales

Tutor/a: Dr .D. Carlos García Valdés

Co-tutor/a: Dr. D. Esteban Mestre Delgado

Enero 2017

UAH

**EL DELITO DE SECUESTRO Y LA LEY
ORGÁNICA 1/2015 POR LA QUE SE
REFORMA EL CÓDIGO PENAL**

**THE KIDNAPPING CRIME AND THE
ORGANIC LAW 1/2015 BY WHICH
THE PENAL CODE IS REFORMED**

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Autor/a: D^a Blanca Costero Morales

Tutor/a: Dr. D. Carlos García Valdés

Co-tutor/a: Dr. D. Esteban Mestre Delgado

Enero 2017

RESUMEN

El presente Trabajo de Fin de Máster, realizado por Blanca Costero Morales, alumna del Máster de Acceso a la Profesión de Abogado, por la Universidad de Alcalá, y estando, a su vez, dirigido por el Profesor Dr. D. Carlos García Valdés y co-dirigido por el Profesor Dr. D. Esteban Mestre Delgado, centra su atención en el análisis del delito de secuestro, como delito protector de la libertad ambulatoria, considerándose al mismo como novedad introducida por el Código Penal de 1995. Para ello, se ha hecho uso de una amplia aportación tanto doctrinal como jurisprudencial, así como se han expuesto las diversas reformas del Código Penal, introducidas por la nueva Ley Orgánica 1/2015.

PALABRAS CLAVE

Código Penal de 1995, delitos contra la libertad, secuestro, secuestrador, rehén, condición, rescate, Código Penal de 1995, tipos privilegiados, tipos cualificados, Ley Orgánica 1/2015.

ABSTRACT

This Final Decree Project is made by Blanca Costero Morales, a student of Master of access to the profession of lawyer in the University of Alcalá de Henares and, at the same time, directed by the Professor Dr. D. Carlos García Valdés and codirected by the Professor Dr. D. Esteban Mestre Delgado, is focused in the analysis of the kidnapping crime, considering it as a new introduced by the Penal Code of 1995. Therefore, it has been done use of a wide contribution as doctrinal as jurisprudential, as well as different the various reforms of the Penal Code, introduced by the new Organic Law 1/2015.

KEYWORDS

Criminal code of 1995, crimes against the freedom, kidnapping, kidnapper, hostage, , condition, rescue, privileged types, qualified types, Organic Law 1/2015.

ÍNDICE

Introducción.....	6
Capítulo I: Referencia histórica del delito de secuestro.....	9
- Código Penal de 1822.....	10
- Código Penal de 1848-50.....	16
- Código Penal de 1870.....	19
- Código Penal de 1928.....	20
- Código Penal de 1932.....	23
- Código Penal de 1944.....	25
- Código Penal de 1963.....	27
- Código Penal de 1973.....	29
- Código Penal de 1995.....	33
Capítulo II: Concepto y naturaleza jurídica.....	36
Capítulo III: Bien jurídico protegido.....	43
Capítulo IV: Tipo básico del delito de secuestro.....	48
1. Estructura típica y elementos objetivos.....	49
1.1 Conducta típica.....	49
1.2 Sujetos activo y pasivo.....	55
2. Aspectos subjetivos del tipo.....	57
2.1 Dolo e Imprudencia.....	57
2.2 Error de tipo.....	58
3. Causas de atipicidad y causas de justificación.....	59
4. Autoría y participación.....	63
5. Grados de ejecución del delito.....	65
6. Penalidad y concursos.....	69

Capítulo V: Tipos privilegiados y tipos cualificados del delito de secuestro.....	74
1. Tipos privilegiados o atenuados.....	75
2. Tipos cualificados o agravados.....	77
Conclusiones.....	86
Bibliografía.....	95
Anexo jurisprudencial.....	97

INTRODUCCIÓN

Entendida la libertad, en su dimensión jurídica, como un derecho fundamental consustancial a la naturaleza humana, y consagrada como valor superior del ordenamiento jurídico español, tal y como estipula la Constitución Española, la misma inspira múltiples facetas de comportamiento que precisan verse protegidas y limitadas por el propio sistema social.

De ese modo, en el ámbito del Derecho Penal, la libertad se convierte en objeto de tutela de todos los tipos penales, configurándose, así, numerosos preceptos que incriminan acciones u omisiones atentatorias de su libre ejercicio y desarrollo.

Es aquí, en el campo de las distintas manifestaciones de la libertad, donde nuestra atención se ha centrado en realizar, a través de este Trabajo de Fin de Máster, un análisis de una de las figuras introducidas en el Código Penal de 1995, protectora de la libertad ambulatoria o de movimientos.

Es en el Capítulo I del Título VI del Libro II, donde el actual Código Penal, bajo la rúbrica «*De las detenciones ilegales y secuestros*», prevé dos figuras delictivas, protectoras de dicha libertad de movimientos que se acaba de mencionar. En dicha rúbrica se prevé dos tipos de comportamiento que, aun presentando caracteres comunes, como es la protección al mismo bien jurídico, a su vez, cada uno reviste unos distintivos propios.

Siendo esta la principal razón por la que el presente Trabajo de Fin de Máster centre su atención en estudiar el delito de secuestro calificado por parte de la doctrina como un tipo de detención ilegal condicional, así mismo motiva la elección de este tema en cuestión el gran interés que suscita dicho tipo delictivo.

Aun tratándose de un delito que no se ha perpetrado con relativa frecuencia en nuestro país, lo cierto es que ante casos de sonada trascendencia ocurridos en la historia reciente de España, como el secuestro de José Antonio Ortega Lara, o de Anabel Segura, entre otros, los mismos han logrado conmocionar a toda la sociedad española. Ello se debe a que, en una sociedad dirigida por un Estado de Derecho, como puede ser la española, la consumación de un delito de estas características produce un daño mayor por defender un bien jurídico por excelencia como es la libertad de las personas.

Destacada la trascendencia que ofrece este tipo delictivo en nuestra sociedad, y ante el grueso de material doctrinal que centra su atención en el estudio de las detenciones ilegales en general, he considerado enfocar el desarrollo del presente estudio en una comparativa del delito de secuestro con otros tipos legales, recabando y ofreciendo información tanto doctrinal, como jurisprudencial, a fin de formalizar un análisis completo del mismo.

A la vista de lo expuesto, para comenzar con el análisis del delito de secuestro, el primer capítulo de este Trabajo de Fin de Máster se dedicará a exponer una referencia histórica haciendo alusión a las sucesivas codificaciones penales que han ido previendo esta figura, destacando los distintos cambios que ha ido sufriendo este tipo delictivo hasta finalmente consagrarse en lo que entendemos actualmente por secuestro.

Una vez analizada la referencia histórica del delito de secuestro, resulta indispensable dedicar el Capítulo II a la delimitación del concepto y naturaleza jurídica que tanto desde el punto de vista doctrinal, como jurisprudencial se otorga a esta figura.

Tras ello, el capítulo tercero se dedicará al bien jurídico tutelado o protegido por este delito.

Entrando más en detalle en lo que se refiere al estudio del delito de secuestro, en el Capítulo IV se procederá al estudio del tipo básico del delito de secuestro previsto en el artículo 164 del Código Penal actual.

En dicho capítulo se analizarán todos los aspectos del tipo básico, comenzando por la delimitación de los elementos objetivos, incluyendo en los mismos el estudio de la conducta típica, y los sujetos que participan en la realización misma. A continuación, se procederá a la exposición de los aspectos subjetivos del tipo, siguiendo con la concurrencia de autoría y participación y las posibles causas de justificación o atipicidad.

Así mismo, en el mismo capítulo se analizará el momento de la consumación o de la perfección del delito, y por último se aludirá a su penalidad y si es posible la concurrencia concurso con otras figuras delictivas.

Analizado el tipo básico en profundidad, el Capítulo V centrará su análisis en los tipos privilegiados y cualificados que presenta el delito de secuestro y que se encuentran

previstos en el artículo 163, apartados segundo y tercero y el artículo 165 y siguientes del Código Penal, siendo estos últimos comunes con el delito de detenciones ilegales.

Para finalizar con el presente Trabajo de Fin de Máster, y sobre todo para completar el propósito que se ha querido perseguir con la realización del mismo, se va a dedicar el último epígrafe del estudio a la recopilación de las ideas fundamentales y a las conclusiones que se han llegado en el desarrollo del mismo.

CAPÍTULO I: REFERENCIA HISTÓRICA
DEL DELITO DE SECUESTRO

CAPÍTULO I: REFERENCIA HISTORICA DEL DELITO DE SECUESTRO

Como comienzo del presente Trabajo de Fin de Máster, hemos considerado necesario dedicar el primer capítulo a exponer la evolución histórica de los delitos de raptos y de detenciones ilegales, entendidos como referentes históricos del delito de secuestro que venimos a analizar a lo largo del presente trabajo.

A modo introductorio hemos de destacar que el primero de los Códigos Penales españoles, promulgado en el año 1822, castiga dentro del Capítulo IV del Título I de la Parte I, bajo el epígrafe «*de los delitos contra la libertad individual de los españoles*», las distintas modalidades de detención efectuadas por funcionarios públicos y particulares. Así mismo, más adelante, el Capítulo IV, Título I, Parte II, bajo el epígrafe «*De los raptos, fuerzas y violencias contra las personas; y de la violación de los enterramientos*», se incriminan los actos de fuerza relacionados con la detención de los particulares.

Los Códigos Penales posteriores, a partir del promulgado en el año 1848, adoptan una estructura muy similar a la actual castigando, de una parte, los actos atentatorios a la libertad efectuados por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos, y de otra, los actos realizados por los particulares. Como se verá a continuación, a partir del año 1848, se incorporan algunas de las figuras francesas de atenuación y agravación.

- **Código Penal de 1822**

Como se acaba de mencionar, el Código Penal de 1822, castiga conjuntamente dentro del Título I de la Parte I, bajo el epígrafe del Capítulo IV «*de los delitos contra la libertad individual de los españoles*», incluido en el título destinado a los «*delitos contra la Constitución y orden político de la Monarquía*», los actos atentatorios a la libertad realizada tanto por los funcionarios públicos como por los particulares.

Dicho Código Penal de 1822 muestra una clara semejanza con la regulación del Código Penal francés de 1810, en tanto que suprime la figura del plagio, e incrimina la conducta de proporcionar lugar para la ejecución del delito.¹

Concretamente en los artículos 243 a 246, el Código Penal de 1822 prevé las distintas modalidades de detención efectuadas por funcionarios públicos, entendiéndose que es reo de atentado contra la libertad individual aquel funcionario público que, sin ser competente para ello o sin cumplir las garantías legales, impusiere determinadas penas, o realizare determinadas funciones que privaran de libertad al particular.² Así, el artículo 244 sanciona al individuo que no siendo juez, arrestara a una persona sin ser delito infraganti, o sin que exista mandamiento del juez para que se proceda a la detención.³

El artículo 245 castiga con la pena de dos a seis años de reclusión al que arreste a alguna persona para oprimirla o detenerla en custodia privada, si la detención no excediere de los ocho días. Si excede de dicho término, siempre que no sobrepase los

¹ Vid., CÓRDOBA RODA, J., *El delito de detenciones ilegales en el Código Penal Español*. Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1965. Página 386

² Art 243 CP de 1822: «Son reos de atentado contra la libertad individual: Primero: el funcionario público que sin ejercer autoridad judicial competente impusiere a un español alguna pena fuera de los casos en que la ley le autorice expresamente para ello. Segundo: el funcionario público de cualquiera clase, que hiciere sufrir a un español alguna pena sin que haya sido oído y juzgado según derecho por el tribunal competente determinado con anterioridad por la ley fuera de los casos en que esta le autorice expresamente para ello. Tercero: el juez o magistrado, que, aunque con autoridad competente para juzgar impusiere o hiciere sufrir a un español alguna pena que no esté señalada al delito respectivo por una ley promulgada antes de su perpetración. Cuarto: el juez o funcionario público de cualquiera clase que allanare la casa de un español, no siendo en la forma y en los casos prescritos por el código de procedimientos o por alguna otra ley. Quinto: el Secretario del Despacho que firme, y el juez o cualquiera otra autoridad pública que ejecute alguna orden del Rey que prive a un individuo de su libertad, o le imponga por sí alguna pena, fuera del caso en que por la restricción undécima del artículo 172 de la Constitución puede S. M. decretar el arresto de una persona. Sexto: el magistrado o juez que prenda o manda prender a un español sin hallarle delinquiendo en fraganti, o sin observar lo prevenido en el artículo 287 de la Constitución. Séptimo: el Secretario del Despacho que firme, y el juez o cualquiera otra autoridad pública que ejecute alguna orden del Rey para tomar la propiedad de algún particular o corporación, o para turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella, no siendo con arreglo a lo prescrito en la restricción décima de dicho artículo 172 de la Constitución. El que incurriere en alguno de los casos de este artículo perderá su empleo, y quedará inhabilitado. perpetuamente para obtener oficio o cargo alguno. Si cometiere prevaricación será castigado con la pena señalada a este delito.»

³ Art 244 CP de 1822: «También es reo de atentado contra la libertad individual el que no siendo juez arresta a una persona sin ser en fraganti, o sin que preceda mandamiento del juez por escrito, que se notifique al tratado como reo. Cualquiera que incurra en alguno de estos dos casos sufrirá un arresto de diez a veinte días; y si hubiere procedido como funcionario público, perderá además su empleo. Este artículo no comprende a los ministros de justicia, ni a las partidas de persecución de malhechores cuando detengan alguna persona sospechosa para el solo efecto de presentarla a los jueces. Tampoco comprende a los Jefes políticos de las provincias, cuando ejerzan en ella la facultad concedida al Rey por dicha restricción undécima del artículo 172 de la Constitución, en solo el caso que allí se previene, entregando la persona arrestada á disposición del juez competente en el preciso término de veinte y cuatro horas.»

treinta días, la pena será de seis a doce años de obras públicas, o sufrirá la pena de deportación.⁴

Es de destacar que el citado artículo, además, prevé la sanción con la misma pena a aquel que participe en el delito, en cuanto proporcione el lugar para realizar la detención, sin perjuicio de que incurra en cualquier otra responsabilidad.

Por último, el artículo 246 hace referencia a la detención arbitraria, entendiendo por tal, entre otros, cuando el juez, no recibe la declaración del individuo dentro de las veinticuatro horas a su detención y cuando en el mismo término de tiempo no manifiesta al reo la causa de su detención ni el nombre del acusador. O incluso, cuando se le impusiere permanecer en prisión, sin existencia de auto motivado.⁵

En otro orden de cosas, el Código Penal en su Capítulo IV, Título I, Parte II, bajo el epígrafe «*De los raptos, fuerzas y violencias contra las personas; y de la violación de los enterramientos*», incrimina los actos de fuerza relacionados con la detención de los particulares.

⁴ Art 245 CP de 1822: «Sin embargo de lo que queda prevenido, el que de propia autoridad y sin ejercer alguna pública, arrestare o prendiere a alguna persona, no para presentarla a un juez competente, o para ponerla a disposición de este en cárcel u otro sitio público, sino para oprimirla, mortificarla o detenerla en custodia privada, sufrirá la pena de dos a seis años de reclusión, si la prisión o detención de la persona no pasare de ocho días. Excediendo de este término, y no pasando de treinta días, será la pena de seis a doce años de obras públicas; y siendo más larga, la de deportación. El que a sabiendas proporcione el lugar para la detención o prisión privada, sufrirá respectivamente las mismas penas; todo sin perjuicio de cualquiera otra en que incurra por las demás circunstancias que medien. Si en la detención ò prisión privada se maltratase a la persona injustamente detenida por alguno de los medios expresados en el capítulo cuarto, título primero de la segunda parte, se impondrán además al reo las penas que allí se prescriben.»

⁵ Art 264 del CP de 1822: «Cométase el delito de detención arbitraria: Primero: cuando el juez, arrestado un individuo, no le recibe su declaración dentro de las veinte y cuatro horas, y cuando dentro del mismo término no manifiesta al tratado como reo la causa de su prisión y el nombre de su acusador, si le hubiere. Segundo: cuando le manda poner o permanecer en la cárcel en calidad de preso sin proveer sobre ello auto motivado, de que se entregue copia al alcaide. Tercero: cuando el alcaide' sin recibir esta copia, e insertarla en el libro de presos, admire alguno en calidad de tal. Cuarto: cuando el juez manda poner en la cárcel á una persona que dé fiador en los casos en que la ley no prohíba expresamente que se admita la fianza. Quinto: cuando no pone al preso en libertad bajo fianza, luego que en cualquier estado de la causa aparezca que no puede imponérsele pena corporal. Sexto: cuando no hace las visitas de cárcel prescritas por las leyes, o no visita todos los presos; ò cuando, sabiéndolo, tolera que el alcaide los tenga privados de comunicación sin orden judicial, o en calabozos subterráneos o malsanos. Sétimo: cuando el alcaide incurre en estos dos últimos casos, u oculta algún preso en las visitas de cárcel para que no se presente en ellas. El magistrado o juez que incurra en alguno de los casos de este artículo por ignorancia o descuido, será suspenso de empleo y sueldo por uno a dos años. Si procediere a sabiendas, será privado de sus empleos, sueldos y honores, e inhabilitado perpetuamente para obtener oficio ni cargo alguno. El delito alcaide u otro funcionario público que por su parte incurra en este delito de detención arbitraria, perderá también su empleo, y será encerrado en la cárcel por otro tanto tiempo y con iguales prisiones que las que sufrió el injustamente detenido.»

Como antecedente al delito de secuestro, nos interesa destacar la importancia del delito de raptó, previsto en el artículo 664, y redactado de la forma siguiente:

«Es raptor el que, para abusar de otra persona, o para hacerle algún daño, la lleva forzada contra su voluntad de una parte a otra, bien con violencia material, bien amenazándola o intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia, bien tomando el nombre o el carácter de autoridad legítima o suponiendo una orden de esta. El que cometa este delito sufrirá la pena de 5 a 9 años de obras públicas; sin perjuicio de otra mayor que merezca si usare del engaño referido, o causare heridas u otro mal tratamiento de obra en la violencia. Entiéndase incurre en la pena de este artículo como raptor con violencia el que roba niño o niña que no hubiese llegado a la edad de la pubertad, aunque su ánimo sea abusar de ellos o causarles algún daño.»

En primer lugar, merece hacer mención que el Código Penal de 1822 a diferencia de las posteriores codificaciones, entiende como sujeto pasivo del delito de raptó a «otra persona», pudiendo ser cualquier individuo, ya sea hombre o mujer, niño o niña.⁶ Sin embargo, se ha de destacar que el citado artículo incrementa la pena de dos años más de obras públicas y el destierro si la persona raptada fuera una mujer casada, teniendo el destierro una duración indeterminada mientras viva el marido.⁷

Por el contrario, si el sujeto pasivo del delito fuera mujer pública, estaríamos ante una circunstancia atenuante, reduciéndose la pena a la mitad.⁸

Incurre en la pena del artículo 664 el raptó que roba a un niño o niña que no hubiese llegado a la pubertad.

⁶ Vid., QUESADA MORILLAS, YOLANDA., *El Delito de raptó en el primer proyecto de Código Penal al amparo de la Constitución de 1812*, Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche., Volumen I, N° Especial., Julio 2009, página 137.

⁷ Art 669 del CP de 1822: «Si fuere casada la mujer contra quien se comete la fuerza en cualquier caso de los artículos 664, 666 y 668, o el engaño de que trata el 665, sufrirá el reo dos años más de obras públicas, y el destierro en su caso durará también mientras viva el marido.»

⁸ Con mujer pública el legislador se refiere a la mujer que se dedica a la prostitución. Debido a que en aquella época la prostitución creaba cierta repulsa social, se entendió que todo delito que tuviera como sujeto pasivo a una mujer pública habría de reducirse la pena.

Art 670 del CP de 1822: «En todos los casos de dichos cuatro artículos si se cometiere el delito contra mujer pública, conocida como tal, se reducirá la pena a la mitad.»

Cuando el Código Penal hace referencia a que el ánimo del delito no sea abusar de ellos (niño o niña) o causarles algún daño, no queda encuadrado únicamente en el delito de raptó, sino que el mismo se circunscribe a cualquier otra sustracción realizada para causar un daño que no ha de ser necesariamente sexual.⁹

En el delito de raptó previsto en el Artículo 664 se castigan diversas modalidades de raptó; de un lado, los raptos violentos en los que la conducta se desarrolla contra la voluntad de la víctima mediando violencia, amenazas o intimidación y cuyo fin sean las miras deshonestas. Por otro lado, en el artículo 665 del mismo cuerpo legal tenemos los raptos consensuales en lo que media el engaño sin uso de violencia o amenaza por parte del raptor.¹⁰

Dicha distinción tiene notable importancia pues de acuerdo a la modalidad de raptó tendremos diversa penalidad. En primer lugar, los raptos violentos tienen una penalidad más severa, siendo castigados con una pena de cinco a nueve años de obras públicas. Por el contrario, los raptos consensuales basados en el engaño, están penados con una sanción de dos a cinco años de obras públicas, sin perjuicio de que se le pudieran imponer otras penas por el daño cometido o causare heridas u otro mal tratamiento de obra en la violencia.

En cualquier caso, para los supuestos previstos en el artículo transcrito, se prevé que el fin con el que se ha cometido el raptó o robo llegue a consumarse, esto es, se prevé el supuesto de que se haya llegado a abusar deshonestamente de la persona raptada, agravándose la pena en ocho años de obras públicas y destierro perpetuo y veinte leguas en contorno sin perjuicio de otra pena en que pudiera incurrir en casa de haber maltratado a la víctima o que hubiera cometido otro delito.¹¹

⁹ Vid., QUESADA MORILLAS, Y., *op.cit.*, página 138

¹⁰ Art 665 del CP de 1822: «El que con cualquiera otro engaño que el expresado en el artículo anterior, pero sin violencia ni amenazas, robe fraudulentamente a una persona que se deje llevar de buena fe sin conocer el engaño, sufrirá dos a seis años de obras públicas; sin perjuicio de otra pena a que se haga acreedor por el engaño que cometa.»

¹¹ Art 666 del CP de 1822: «Si el reo abusare deshonestamente de la persona roba da en cualquiera de los casos de los dos artículos precedentes contra la voluntad de ella, sufrirá ocho años más de obras públicas y destierro perpetuo del pueblo en que habite dicha persona y veinte leguas en contorno. Si además de robarla la maltratare de obra, o cometiere contra ella otro delito, sufrirá también la pena respectiva al que cometa.»

Continúa el Código Penal de 1822, en el artículo 667 castigando con una pena de trabajos perpetuos al reo que, no habiendo aparecido la persona raptada, no dé razón de su paradero.¹²

Refiriéndonos al rapto consensual, en el que, como antes hemos mencionado, no media en la sustracción ni violencia, ni amenaza, ni intimidación, tenemos dos supuestos: cuando la mujer sustraída con su consentimiento está casada, o cuando es soltera o viuda, que ha pasado la pubertad, pero no ha cumplido la edad de veinte años.

En el primer caso, se pena con reclusión de dos a seis años, sin perjuicio de que, a ambos, tanto al raptor como a la mujer sustraída y casada, se le imponga la pena de adulterio.¹³ En el segundo supuesto, la pena de reclusión será la misma, sin embargo, se le añadirán cuatro años más de destierro, y veinte leguas en contorno y una multa de veinte a sesenta duros.

Otra curiosidad a destacar es que el CP hace una excepción sobre el rapto en función de la edad de ambos sujetos, esto es, si el raptor es menor de veintiún años, soltero o viudo, y la mujer raptada que consiente tiene menos de dieciséis años y también es soltera o viuda, y ambos no han contraído matrimonio, la pena que recaerá sobre el sujeto activo será la de reclusión de uno a cuatro años con dos más de destierro.¹⁴

Así mismo también prevé un caso de tentativa de rapto, de ese modo aquel que intente el rapto sufrirá una pena de arresto de quince días a tres meses, debiendo dar una

¹² Art 667 del CP de 1822: «Si la persona robada en cualquiera de los casos de los artículos 664 y 665 no hubiese parecido al tiempo de determinarse el juicio, ni diere razón de ella el robador, sufrirá este la pena de trabajos perpetuos: pero si pareciere después el robado, y resultare que el no haber parecido antes no fue por culpa del reo, saldrá este de los trabajos perpetuos, y no sufrirá más que la pena que le corresponda con arreglo a los tres artículos precedentes.»

¹³ Art 674 del CP de 1822: «El que para abusar de una mujer casada la robare a su marido, consintiéndolo ella, sufrirá una reclusión de dos a seis años, sin perjuicio de que ambos sufran además la pena de adulterio si el marido los acusase.»

¹⁴ Art 675 del CP de 1822: «El que robe á algún menor de edad que se halle bajo la patria potestad, o bajo tutela .6 curaduría, ò bajo el cuidado y dirección de otra persona, consintiendo el menor en el robo, sufrirá también una reclusión de dos a seis años, con cuatro más de destierro del pueblo en que habite el robado y veinte leguas en contorno, y pagará además una multa de veinte a sesenta duros. Si el menor robado no hubiere cumplido la edad de diez y seis años, sufrirá el robador la pena de cuatro a ocho años de obras públicas, con la multa y destierro expresados. Exceptuase de estas disposiciones el menor de veinte y un años soltero ò viudo, que robe mujer soltera ò viuda menor de diez y seis, y consintiéndolo ella; en cuyo caso si no hubiere contraído matrimonio legítimo con la robada, sufrirá el robador una reclusión de uno a cuatro años, con dos más de destierro en los términos sobredichos. Si se cometiere el robo de una menor de veinte años cumplidos, ò su extracción de la casa ò establecimiento en que se halle, por alguna de las personas y para el fin que expresa el artículo 5 37, se aplicará la pena que en el mismo se prescribe.»

garantía de una conducta reglada siempre y cuando lo pida la persona encargada de la persona raptada, ya sea padre, marido o cualquier otra, y el juez, además, lo estime conveniente.¹⁵

Si hubiese hecho otra tentativa para consumar el delito, sufrirá reclusión de cuatro a dieciocho meses con la obligación de dar fianza de su conducta o salir desterrado. Quedará libre de toda pena si hubiese desistido de continuar el rapto antes de ser descubierto.

En conclusión, el Código Penal de 1822 sentará precedente, pues castiga expresamente diversas modalidades de rapto, el violento y el consensual, exigiendo miras deshonestas y a partir del momento en que el rapto no de razón del paradero de la persona rapta se va a considerar homicidio de la persona.

Sin embargo, no va a sentar las bases de la legislación posterior, eso lo hará el Código Penal de 1848, que como veremos a continuación, aunque recoge todo lo expresado en este epígrafe va a influir en cuanto al contenido y sistemática de la posterior legislación penal que recoge el delito.

- **Código Penal de 1848-50**

Como se ha mencionado anteriormente, en el código penal de 1848 aparece descrita la conducta del rapto que va a perdurar más tiempo a lo largo de la historia penal española, pues se mantiene hasta el Código Penal de 1928.

Lo primero que se ha de destacar de la regulación del delito de rapto en este Código Penal es, que, a diferencia de la codificación anterior, el sujeto pasivo no puede abarcar cualquier persona indistintamente, pudiendo ser hombre o mujer, niño o niña,

¹⁵ Art 676 del CP de 1822: «El que solicite á mujer casada ò á menor de edad para que se deje robar, ò huya con el solicitador, aunque nada de esto se llegue a verificar , sufrirá un arresto de quince días á tres meses, y se le podrá además obligar a petición del marido , padre ò encargado de la persona cuyo robo ò fuga se hubiere solicitado , y al prudente juicio de los jueces , si se considerase necesario, a que dé fiador de que observará una conducta arreglada , ò á que si no lo diere , salga desterrado por uno a tres años del pueblo respectivo y veinte leguas en contorno. Si además de la sollicitación hiciere su autor alguno, otra tentativa para consumar el delito, sufrirá una reclusión de cuatro a diez y ocho meses, con igual obligación de dar fianza, o salir desterrado. en los propios términos. En ambos casos se eximirá el solicitador de toda pena, si hubiere procedido de voluntario desistimiento suyo el no haberse verificado la fuga o robo antes de ser descubierto.»

sino que el Código Penal de 1848 alude a que la víctima necesariamente ha de ser mujer.

Previsto en los artículos 358 a 360¹⁶, el delito de rapto parte de una distinción: el rapto puede realizarse bien contra la voluntad de la mujer (se presume que el rapto es contra su voluntad cuando tiene menos de 12 años), cualquiera que sea su estado civil, condición o edad; o bien el rapto puede perpetrarse con el consentimiento de la mujer si se trata de una doncella mayor de doce años y menor de veintitrés.¹⁷

En cuanto a la penalidad, el artículo 358 prevé la pena de cadena temporal al que rapte a una mujer contra su voluntad, siempre que medien miras deshonestas, imponiendo la misma pena si la mujer raptada fuera menor de doce años.

En este último punto se puede observar cierta semejanza con el artículo con el artículo 664 del Código Penal anterior, en el cual el reo incurre en la pena del rapto cuando roba a un niño o niña que no hubiese llegado a la pubertad.

En el caso de que el rapto se produjera con una doncella¹⁸, se le impondrá la pena de prisión menor.

Por último, se le impondrá la pena de cadena perpetua para el reo que no dé razón del paradero de la víctima, ni de «*explicación satisfactoria sobre su muerte o desaparición*».¹⁹

Merece hacer mención a que en el Código Penal de 1848 no se hace distinción entre rapto violento y rapto consensual como sucedía en el texto legal de 1822. De hecho, el legislador de 1848 consideró que el único caso en que el rapto no constituirá

¹⁶ Art 358 del CP de 1848: «El rapto de una mujer ejecutado contra su voluntad y con miras deshonestas, será castigado con la pena de cadena temporal. en todo caso se impondrá la misma pena si la robada fuere menor de 12 años.» Art 359: «El rapto de una doncella menor de 23 años y mayor de 12, ejecutado con su anuencia será castigado con la pena de prisión menor.» Art 360: «Los reos de delito de rapto que no dieran razón del paradero de la persona robada o explicación satisfactoria sobre su muerte o desaparición serán castigados con la pena de cadena perpetua.»

¹⁷ Vid., ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Consideraciones críticas sobre la nueva normativa del rapto (Análisis de la ley 46/1978 de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto)*, Anuario de Derecho Penal (1978), Fascículo tercero, Sección Doctrinal, página 600.

¹⁸ Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, Vigésimo tercera edición (en línea). <http://www.rae.es/> (consulta el 13 de septiembre de 2016). Entendiéndose el término doncella, como mujer virgen, según la Real Academia Española.

¹⁹ Art 360 del CP de 1848: «Los reos de rapto que no dieran razón del paradero de la persona robada o explicación satisfactoria sobre su muerte o desaparición, serán castigados con la pena de cadena perpetua.»

un acto punible será cuando se cometa contra una mujer de más de veintitrés años de edad que hubiese dado su consentimiento, de modo que suprime la figura del raptó consensual. Este hecho, constituirá el antecedente a una de las causas de justificación que veremos cuando entremos en profundidad en el estudio del tipo básico del delito de secuestro.

En el Código Penal de 1848 se castiga en el Capítulo VIII del Título VIII, los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos contra los particulares, así el artículo 286 sanciona al *«empleado público que ordenare o ejecutare ilegalmente o con incompetencia manifiesta la detención de una persona»*.

Así mismo, en el Título XIII del Capítulo I referido a los “delitos contra la libertad y seguridad” del Libro II el Código Penal de 1848 prevé la detención ilegal perpetrada por los particulares.

Así en su artículo 395 sanciona *«El que encerrare ò detuviere a otro privándole de su libertad será castigado con la pena de prisión mayor.*

En la misma pena incurrirá el que proporcione lugar para la ejecución del delito.

Si el culpable diere libertad al encerrado ò detenido dentro de los tres días de su detención, sin haber logrado el objeto que se propusiera, ni haberse comenzado el procedimiento, las penas serán de veinte a doscientos duros.»

Como se puede observar, a partir del Código Penal de 1848, se emplean los términos «encerrare o detuviere» para describir el resultado privado de la libertad. Así mismo en el tercer párrafo del artículo ahora transcrito se incorpora alguna de las figuras francesas de atenuación, rebajando la pena cuando el sujeto activo diere libertad al encerrado dentro los tres primeros días de la detención. Por el contrario, el artículo 396 prevé la agravación de la pena cuando el encierro o detención hubiere durado más de veinte días, castigando la conducta con la pena de reclusión temporal. En la misma pena incurrirá si se hubiese ejecutado la acción con simulación de autoridad o si se

hubieses causado lesiones graves a la persona encerrada o se le hubiere amenazado de muerte.²⁰

De la previsión del delito de detención ilegal de 1848 se pueden observar diversas similitudes con la redacción actual del delito. Pues si bien se emplean los verbos encerrar o detener para describir la acción, así mismo, se incorporan figuras de atenuación y de agravación previstas, que como ya veremos, se encuentra previstas en nuestro actual Código Penal.

Otro apunte a destacar es la semejanza entre lo previsto en el artículo 245 del Código Penal de 1822, y el párrafo segundo del artículo 395 antes transcrito, pues ambos prevén la sanción con misma pena del delito principal, ya sea en el delito de raptó o detención ilegal, a aquel que proporcionase el lugar para realizar la detención, sin perjuicio de que incurra en otro tipo de responsabilidad.

Respecto del Código Penal de 1850, hemos considerado introducirlo en este epígrafe del Código Penal de 1848 debido a que el contenido de ambos textos legales no ha cambiado, únicamente se debe destacar que en el Código Penal de 1850 solo ha existido un cambio de orden de los delitos, esto es, en su ubicación sistemática pasando el delito de raptó a numerarse en los artículos 368 a 370, y el delito de detenciones ilegales en los artículos 405 a 407 del texto legal.

- **Código Penal de 1870**

El Código Penal de 1870 tipifica dentro del título «*Delitos contra la Constitución*», en la sección «*de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos individuales sancionados por la Constitución*» aquellos comportamientos por los cuales los funcionarios detengan a cualquier persona sin mediar causa de delito. Tal configuración descansa en el propósito de ofrecer una sanción al derecho consignado en el artículo segundo de la Constitución de 1869 de que «*ningún español ni extranjero podrá ser detenido, ni preso sino por causa de delito*».

²⁰ Vid., CÓRDOBA RODA, J., *op.cit.*, págs. 386 y 387

El artículo 495 del Código Penal de 1870 circunscribe la esfera de los autores del delito de detención ilegal a los particulares que encerraren o detuvieren a otro.²¹ Tal expresa mención al particular fue introducida con el fin de que se evitaran dictar en España resoluciones similares a las sentencias francesas conforme a las cuales tanto a los particulares como a los agentes de autoridad se les comprendía en el mismo precepto, el artículo 341 del Código penal francés.²²

Dicha distinción entre los dos grupos de infracciones, en atención a diferentes sujetos activos, radica en la diversa naturaleza de las mismas y no en la simple cualidad personal de los autores.

Con la primera modalidad se propone la protección de la libertad como derecho reconocido en la Constitución y en las leyes fundamentales, de los abusos que puedan producirse como consecuencia del ejercicio de las facultades limitativas de libertad que lleven a cabo los funcionarios sin tener competencias para ello.

El segundo grupo persigue la protección de la libertad en sí misma, al margen de todo reconocimiento estatal y con independencia del modo en que la lesión se produzca.

Al ser el Código Penal de 1807, en cuanto a la tipificación del delito de rapto se refiere, copia fiel de su predecesor, no encontramos sustanciales modificaciones en la punición de los mismos hasta el Código Penal de 1973.

- **Código Penal de 1928**

Aunque los límites típicos permanecen inalterables, en este Código Penal se altera, únicamente, la posición sistemática de estas figuras delictivas, estando el delito de rapto tipificado en los artículos 611 y 612²³ del Capítulo IV del Título X «de los

²¹ Art 495 del CP de 1870: «El particular que encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión mayor. En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito. Si el culpable diere libertad al encerrado o detenido dentro de los tres días de su detención, sin haber logrado el objeto que se propusiere, ni haberse comenzado el procedimiento, las penas serán de prisión correccional en su grado mínimo y medio y multa de 125 a 1.250 pesetas.»

²² *Vid.*, CÓRDOBA RODA, J., *op.cit.*, págs. 388 y 389

²³ Art 611 del CP de 1928: «Rapto es el apoderamiento de una mujer, con miras deshonestas o de matrimonio, ejecutado en contra su voluntad o la de sus guardadores o con engaño. El delito de rapto de mujer mayor de diez y ocho años se castigará con la pena de tres a seis años de prisión si mediare violencia o si la raptada estuviese privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir. Cuando el

delitos contra la honestidad», y artículo 776 referido al rapto de menores, previsto dentro del Capítulo IV «*delitos contra la honestidad y moralidad de los menores*» del Título XV «*Delitos contra los menores*».

Cabe destacarse que, entre los aciertos del Código Penal de 1928, desapareció la presunción de asesinato, así como en el artículo 611 se introduce la definición de rapto y se reconoció la existencia de rapto por detención.²⁴

El texto punitivo de 1928, define expresamente el rapto como el «*apoderamiento de una mujer con miras deshonestas o de matrimonio ò contra su voluntad o con engaño*». De ese modo, se equipara el rapto sin su voluntad y con anuencia de la mujer, mediando engaño, cuando esta tuviere entre 18 y 23 años y no estuviera emancipada.

Sin embargo, si media violencia en el rapto, la conducta se castigaría de modo agravado.

Así mismo, se equipara el hombre a la mujer en la posibilidad de ser sujeto pasivo del delito de rapto.

Con la previsión del rapto de menores, del artículo 776²⁵, se amplió la protección de los menores no exigiéndose en algunos de los supuestos el requisito de la doncellez y en muchos casos se atenuó, en muchas figuras, la penalidad.

culpable de alguno de los delitos previstos en este artículo, sin haber cometido acto alguno contra el pudor de la víctima, la haya dejado espontáneamente en libertad, devuelto a su domicilio o conducido al de uno de sus parientes o a otro lugar seguro, a disposición de su familia, se le impondrá solamente la pena de multa de 1.000 a 5.000 pesetas.»

Art 612 del CP de 1928: «Sí el rapto se ejecutase sin violencia, pero mediando engaño y con el fin exclusivo de contraer matrimonio, se impondrá la pena de seis meses a un año de prisión y en el caso del último párrafo del artículo anterior, la multa no podrá exceder de 8.000 pesetas.

El rapto de una mujer honesta menor de veintitrés años y mayor de dieciocho, no emancipada, que esté obligada por la ley a vivir con su familia o guardador, ejecutado con su anuencia y sin engaño, será castigado* con la pena de dos meses y un día a seis meses de prisión.»

²⁴ Vid., ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *op.cit.*, página 600.

²⁵ Art 776 del CP de 1870: «El rapto con miras deshonestas de una persona menor de doce años, será castigado con la pena de seis a doce años de prisión. Si la persona raptada con fines impúdicos fuere de vida honesta mayor de doce y menor de dieciocho, y el rapto se hubiere ejecutado con su anuencia, se impondrá la pena de uno a dos años de prisión. En el caso de que el rapto se hubiere ejecutado sin o contra la voluntad de la rapta, se impondrá la pena de dos a seis años de prisión. El rapto de una mujer mayor de doce y menor de dieciocho, con fines de matrimonio ejecutado con su anuencia, será castigado con la pena de uno a dos años de prisión.»

De la redacción del delito de detenciones ilegales, previsto dentro del Capítulo I de la «*Detenciones ilegales*», dentro del Título XIII «*Delitos contra la libertad y seguridad individual*», en los artículos 664 y siguientes del Código Penal de 1928, cabe decir que el tipo básico emplea una punibilidad más severa a la prevista por su antecesor. Pues mientras que el Código Penal de 1870 impone la pena de prisión mayor al que encerrare o detuviere a otro privándole de libertad, el Código Penal de 1928 sanciona la misma conducta imponiendo una pena de prisión de tres a diez años de prisión y una multa de 1.000 a 5.000 pesetas.

Así mismo, prevé en el segundo apartado del artículo una pena de prisión de seis meses a dos años y una multa de 1.000 a 1.500 pesetas, si el culpable hubiere dado libertad al detenido o encerrado dentro de los tres primeros días de la detención.

Seguidamente el Artículo 665 impone una agravación de la pena, imponiendo reclusión de ocho a quince años y multa de 1.000 a 10.000 pesetas, si se dan las circunstancias de que la reclusión durase más de veinte días, si se hubiere realizado con simulación de autoridad, y si se hubiesen producido graves lesiones a la persona retenido, añadiendo, además, como novedad, la agravante de exigencia de rescate a cambio de la libertad de la víctima. Este último apunte es la mayor novedad que introduce la codificación de 1928, pues supone como más adelante observaremos, la configuración del delito de secuestro.

Mientras que el artículo 497 del Código Penal de 1870 castiga con una pena de arresto menor y multa de 125 a 1.250 pesetas al que aprehendiere a una persona, fuera de los casos permitidos por la ley para presentarla ante la autoridad, el artículo 666 del Código Penal de 1928 castiga con una pena de dos meses y un día a cuatro meses la misma conducta.

Por último, el artículo 667 del mismo cuerpo legal, prevé una pena de diez a veinte años de reclusión a aquel que no de razón del paradero de la víctima o no acreditara haberla dejado en libertad.

- **Código Penal de 1932**

El Código Penal de 1932 rompe la sistemática de su predecesor y vuelve al modelo establecido en el CP de 1848-50. Sin embargo, las modificaciones establecidas en algunas materias impiden afirmar que los preceptos del Código Penal de 1932, sea una copia exacta de la tipificación del CP de 1870.

El Código Penal de la II República castiga el rapto, en su artículo 441, cuando el mismo tiene lugar contra la voluntad de la mujer y se perpetra con miras deshonestas. De igual modo, se le impondrá la misma pena, cuando el rapto se perpetre con el consentimiento de la mujer, cuando se trate de una menor, mayor de 12 años y menor de 23, siempre que medie engaño grave. Al igual que el Código Penal anterior, se deja de exigir la doncellidad de la mujer.

«Artículo 441: El rapto de una mujer, ejecutado contra su voluntad, y con miras deshonestas, será castigado con la pena de prisión mayor a reclusión menor, a no ser que a la violencia carnal corresponda mayor pena. Si la raptada tuviese menos de doce años, se le impondrá la misma pena, aunque el rapto fuere con su anuencia. »

Sin embargo, lo que merece mayor atención es que se incorpora al artículo una norma de concurso para los supuestos en que el rapto fuera seguido de acceso carnal. Lejos de ser la mayor novedad, dicha norma consensual llevó consigo los más arduos problemas interpretativos por parte de la doctrina.²⁶

El código Penal de 1932 marginó de nuevo el delito de sospecha de asesinato, que vuelve después con el artículo 483 del Código Penal de 1944, aduciendo a que *«El reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acreditarle haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor.»*

Con respecto al delito de detención ilegal, el mismo se encuentra previsto en los artículos 474 y siguientes.

²⁶ Vid., ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *op.cit.*, página 600.

El artículo 474 establece que *«El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad será castigado con la pena de prisión menor en su grado máximo a prisión mayor en su grado mínimo.»*

En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito.

Si el culpable diere libertad al encerrado o detenido dentro de los tres días de su detención sin haber logrado el objeto que se propusiere, ni haberse comenzado el procedimiento, las penas serán de prisión menor en su grado mínimo y medio y multa de 250 a 2.500 pesetas.

Analizando el precepto transcrito se puede observar que una vez más el legislador vuelve a hacer uso de los verbos «encerrar o detener» para describir la conducta típica, así como vuelve a modificar la penalidad del tipo, castigando la conducta con la pena de prisión menor en su grado máximo a prisión mayor en su grado mínimo.

El artículo 475 prevé circunstancias de agravación, estableciendo que *«El delito de que se trata en el artículo anterior será castigado con la misma pena en su grado máximo:*

1º- Si el encierro o detención hubiere durado más de veinte días.

2º- Si se hubiere ejecutado con simulación de autoridad pública.»

Analizando el precepto transcrito se observa que la esencia de la agravación de la pena sigue siendo la misma que en las codificaciones anteriores pues se siguen previendo las mismas circunstancias, esto es, que el encierro o detención hubiere durado más de veinte días y que la ejecución del delito se hubiere llevado a cabo con simulación de autoridad. Sin embargo, nos hacemos eco de que la presente codificación ha suprimido la exigencia de rescato para la liberación de la víctima que introdujo el código penal de 1928 como causa de agravación de la pena tipo.

Por último, el artículo 476 establece que aquella persona que aprehendiere a otra para presentarla ante la autoridad, fuera de los casos permitidos legalmente, será

sancionado con la pena de arresto mayor y multa de 250 a 2.500 pesetas, estableciendo una pena más grave si cabe comparada con la legislación anterior.

- **Código Penal de 1944**

Con la entrada en vigor de la ley de 6 de noviembre de 1942 se agravaría la penalidad de estos delitos, sentando precedente a la codificación penal vigente en la actualidad.

La exposición de motivos de la citada ley afirma que la agravación de la penalidad *«responde no solo al interés que el Estado consagra a la defensa de la moralidad... sino también en el sentido de amparo y protección de la mujer.»*

Este criterio se funda en crear disposiciones encaminadas a salvaguardar la honra de la mujer, y acabar con lo que el legislador considera como *«menguadas disposiciones establecidas para estos delitos en el Código Penal de la II República, que en muchos casos han llegado a las más escandalosas impunidades.»*²⁷

El fenómeno de la agravación de la pena para estos delitos se repite con la entrada en vigor del Código Penal de 23 de diciembre de 1944.

Estando previsto el delito de rapto en los artículos 440 a 442 del Título IX *«delitos contra la honestidad»*, Capítulo IV *«rapto»*, dicho Código Penal mantiene la regulación de su predecesor con unos leves matices; de un lado, castiga el rapto consentido si la mujer tiene entre dieciséis y veintitrés años, de otro lado, castiga el realizado con engaño y, en todo caso, sanciona si el mismo tenía como sujeto pasivo a menores de doce a dieciséis años.²⁸

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ Art 440 CP de 1932: *«El rapto de una mujer ejecutado contra su voluntad y con miras deshonestas, será castigado con la pena de prisión mayor. Si la raptada tuviere menos de 12 años, se impondrá la misma pena, aunque el rapto fuere con su anuencia. Si hubiere acceso carnal se aplicará la penalidad conforme al artículo 71.»*

Art 441 CP de 1932: *«El rapto de una mujer mayor de 16 años y menor de 23, ejecutado con su anuencia, será castigado con la pena de arresto mayor. Si interviniere engaño o la mujer fuere mayor de 12 y menor de 16 se impondrá la pena anterior en su grado máximo y, además, multa de 5.000 a 10.000 pesetas.»*

En otro orden de cosas, el delito de detenciones ilegales se encuentra previsto en los artículos 480 y siguientes del Código Penal de 1944.

Al igual que ocurre con el delito de rapto, el delito de detenciones ilegales del Código Penal de 1944 mantiene la regulación y el contenido de la codificación anterior. Sin embargo, se hace notar el fenómeno de la agravación de la pena que acabamos de mencionar en el comienzo del epígrafe. De ese modo, exponemos a modo de ejemplo, que el Artículo 480 que prevé el tipo básico del delito de detenciones ilegales, pasa de castigar la conducta con la pena de prisión menor en su grado máximo a prisión mayor en su grado mínimo, como exponía el Código Penal de 1932, a ser sancionado con la pena de prisión mayor.²⁹

Otro apunte a destacar es, que si el Código Penal de 1932 suprimía, en su artículo 475, la exigencia de rescate como circunstancia de agravante de la pena tipo, el Artículo 481 del Código Penal de 1944 vuelve a introducir dicha circunstancia, previendo una pena de prisión mayor y multa de 1.000 a 25.000 pesetas si concurriera la misma, sin perjuicio de que incurriera en otras responsabilidades.³⁰

Art 442 CP de 1932: «Los reos de delito de rapto que no dieran razón del paradero de la persona raptada, o explicación satisfactoria sobre su muerte o desaparición serán castigadas con la pena de reclusión mayor.»

²⁹Art 480 CP de 1944: «El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión mayor.

En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito.

Si el culpable diere libertad al encerrado, o detenido, dentro de los tres días de su detención, sin haber logrado el objeto que se propusiere ni haberse comenzado el procedimiento, las penas serán de prisión menor y multa de 1.000 a 2.500 pesetas.»

³⁰ Art 481 CP de 1944: «El delito previsto en el artículo anterior será castigado con la misma pena y multa de 1.000 a 25.000 pesetas, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que incurriera el culpable:

- 1.º Si el encierro o detención hubieren durado más de veinte días.
- 2.º Si se hubiere ejecutado con simulación de autoridad pública.
- 3.º Si se hubieren causado lesiones graves a la persona encerrada o detenida, o si la hubiere amenazado de muerte.
- 4.º Si se hubiere exigido rescate para ponerla en libertad.»

Volviendo al fenómeno del endurecimiento de las penas, el artículo 482 del Código Penal de 1944 , en comparación con el Artículo 476 de la codificación anterior , prevé una pena de arresto mayor y multa de 5.000 a 10.000 pesetas a aquel que aprehendiere a otra persona para presentarla a la autoridad.³¹

Por último, en el supuesto de que el reo no de razón del paradero de la víctima , y además no acredite su puesta en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor.³²

- **Código Penal de 1963**

Previsto en los artículos 440 y siguientes del Código Penal de 1963, únicamente cabe decir que la tipificación del delito de raptó presenta el mismo contenido y la misma ubicación sistemática que la previsión del mismo delito hace su predecesor el Código Penal de 1944.

La única diferencia que cabe mencionar es que el artículo 441 del Código Penal de 1963, al sancionar el raptó producido mediante engaño o cuando se perpetrare contra mujer mayor de 12 y menor de 16 años, impone la pena de prisión en su grado máximo, y además , una multa de 5.000 a 50.000 pesetas, siendo esta última pena más severa respecto a la prevista en el mismo precepto de la codificación anterior, pues el Código Penal de 1944 prevé como límite máximo a la multa , la cuantía de 10.000 pesetas.³³

De la previsión del delito de detenciones ilegales cabe decir que presenta el mismo contenido y la misma ubicación sistemática que en el Código Penal anterior, incluso en el Código Penal de 1963 se prevé la exigencia de rescate como circunstancia agravante del delito de detención ilegal.

³¹ Art 482 del CP de 1944: «El particular que, fuera de los casos permitidos por la Ley, aprehendiere a una persona para presentarla a la autoridad, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 10.000 pesetas.»

³² Art 483 del CP de 1944: «El reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acreditare haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor.»

³³ Art 441 del CP de 1963: «El raptó de una mujer mayor de 16 años y menor de 23 , ejecutado con su anuencia, será castigado con la pena de arresto mayor. Si interviniere engaño o la mujer fuere mayor de 12 y menor de 16 se impondrá la pena anterior en su grado máximo y, además, multa de 5.000 a 50.000 pesetas.»

Así mismo, tanto el Código Penal de 1944 como el de 1963 , imponen las mismas penas para los delitos previstos en sus artículos 480 y siguientes, sin embargo, la única diferencia que cabe destacar son los límites de la multa a imponer en cada uno de ellos.

Como hemos podido observar a lo largo del desarrollo de este primer capítulo, a lo largo de las sucesivas reformas del Código Penal se van endureciendo las penas, y sobre todo se van imponiendo unos límites de multa mayores con respecto a la codificación anterior.

Mientras que el Código Penal de 1944 prevé , en su artículo 480, la pena de prisión menor y multa 1.000 a 2.500 pesetas en el supuesto de que el culpable pusiere en libertad al encerrado o detenido dentro de los tres días de su detención, el Código Penal de 1963, en ese mismo artículo y para la misma situación, prevé la pena de prisión menor, pero , en este caso, una multa que abarca desde 5.000 a 10.000 pesetas.³⁴

Lo mismo ocurre con el artículo 481, que prevé la pena de prisión menor y multa de 5.000 a 100.000 pesetas si concurriere las siguientes circunstancias: que la detención durase más de veinte días, que la misma se hubiere ejecutado con simulación de autoridad, que del encierro o detención se hubieren causado lesiones a la persona encerrada o detenida, o que se hubiere exigido rescate para ponerla en libertad.³⁵

³⁴ Art 480 CP de 1963: «El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión mayor.

En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito.

Si el culpable diere libertad al encerrado, o detenido, dentro de los tres días de su detención, sin haber logrado el objeto que se propusiere ni haberse comenzado el procedimiento, las penas serán de prisión menor y multa de 5.000 a 10.000 pesetas.»

³⁵ Art 481 CP de 1963: «El delito previsto en el artículo anterior será castigado con la misma pena y multa de 5.000 a 100.000 pesetas, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que incurriere el culpable:

1.º Si el encierro o detención hubieren durado más de veinte días.

2.º Si se hubiere ejecutado con simulación de autoridad pública.

3.º Si se hubieren causado lesiones graves a la persona encerrada o detenida, o se la hubiere amenazado de muerte.

Para los mismos supuestos el Código Penal anterior prevé una pena de prisión menor y multa de 1.000 a 25.000 pesetas.

Sin embargo, llama la atención, que dicha agravación de la pena de multa respecto de una codificación a otra no se produce en el supuesto del Artículo 482. Así, tanto el Código Penal de 1944 y el de 1963, prevén la misma pena, esto es, la pena de arresto mayor y multa de 10.000 pesetas a aquel que aprehendiere a otro para presentarla ante la autoridad.³⁶

Lo mismo ocurre con el artículo 483, pues ambos Códigos Penales, sancionan al reo de detención ilegal que no dé razón del paradero de la víctima con la pena de reclusión mayor.³⁷

- **Código Penal de 1973**

El Decreto 3096/1973, de 14 de Septiembre por el que se publica el Código Penal de 1973, regula en sus artículos 440 y siguientes el delito de rapto siguiendo las directrices, en cuanto a contenido y a ubicación sistemática, del Código Penal anterior.³⁸

Sin embargo, ello no quiere decir que el Código Penal de 1973 no presente ninguna novedad con respecto a las anteriores codificaciones, pues el Artículo 440, en

4.º Si se hubiere exigido rescate para ponerla en libertad.»

³⁶ Art 482 CP de 1963: «El particular que, fuera de los casos permitidos por la Ley, aprehendiere a una persona para presentarla a la autoridad, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 10.000 pesetas.»

³⁷ Art 483 CP de 1963: «El reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acreditare haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor.»

³⁸ Art 440 CP de 1973: «El rapto de una mujer ejecutado contra su voluntad, y con miras deshonestas, será castigado con la pena de prisión mayor. Si la raptada tuviere menos de doce años se impondrá la misma pena, aunque el rapto fuere con su anuencia. Si hubiere acceso carnal se aplicará la penalidad conforme al artículo 71».

Art 441 CP de 1973: «El rapto de una mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitrés ejecutado con su anuencia, será castigado con la pena de arresto mayor. Si intervinere engaño o la mujer fuere mayor de doce años y menor de dieciséis se impondrá la pena anterior en su grado máximo y, además, multa de 5.000 a 50.000 pesetas.»

Art 442 CP de 1973: «Los reos del delito de rapto que no dieran razón del paradero de la persona raptada, o explicación satisfactoria sobre su muerte o desaparición, serán castigados con la pena de reclusión mayor.»

su apartado segundo, vuelve a introducir la norma concursal que ya introdujo sin mucho éxito el Código Penal de 1932, aplicando la penalidad conforme al artículo 71 del Código , si en el rapto hubiere acceso carnal.

De ese modo, y en aplicación del Artículo 71, el Código Penal de 1973 castiga con *«la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse»*, cuando además del rapto de la persona, la acción esté constituida , también , por el acceso carnal.³⁹

Respecto del delito de detenciones ilegales, previsto en los artículo 480 y siguientes, cabe decir lo mismo. Esto es, se mantiene ya no solo la ubicación sistemática del delito, sino también el tenor literal seguido en el Código Penal de 1963, manteniendo incluso los límites mínimos y máximos de multa exigido en cada supuesto y sobre todo, en lo que nos interesa, el Artículo 481 mantiene la exigencia de rescate para la puesta en libertad del detenido, como supuesto de agravación de la pena tipo.

Nos encontramos por primera vez que una reforma del Código Penal mantiene inalterados todos los elementos del delito con respecto a la previsión del Código Penal anterior.⁴⁰

³⁹ Art 71 CP de 1973: «Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro. En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos. Cuando la pena, así computada exceda de este límite, se sancionarán los delitos por separado.»

⁴⁰ Art 480 CP de 1973: «El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión mayor. En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito. Si el culpable diere libertad al encerrado, o detenido, dentro de los tres días de su detención, sin haber logrado el objeto que se propusiere ni haberse comenzado el procedimiento, las penas serán de prisión menor y multa de 5.000 a 10.000 pesetas.»

Art 481 CP de 1973: «El delito previsto en el artículo anterior será castigado con la misma pena y multa de 5.000 a 100.000 pesetas, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que incurriere el culpable:

- 1.º Si el encierro o detención hubieren durado más de veinte días.
- 2.º Si se hubiere ejecutado con simulación de autoridad pública.
- 3.º Si se hubieren causado lesiones graves a la persona encerrada o detenida, o si la hubiere amenazado de muerte.
- 4.º Si se hubiere exigido rescate para ponerla en libertad.»

Art 482 CP de 1973: «El particular que, fuera de los casos permitidos por la Ley, aprehendiere a una persona para presentarla a la autoridad, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 10.000 pesetas.»

Durante la vigencia del Código Penal de 1973, entra en vigor la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo, llamada la «ley antiterrorista». Entre las novedades que introduce en su articulado, nos atañe destacar que, en su artículo octavo, modifica el artículo 481 del Código Penal quedando el mismo redactado de la siguiente forma:

«El delito previsto en el artículo anterior será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo, a reclusión menor en su grado medio, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que incurriese el culpable:

Primero. - Si se hubiese exigido rescate o impuesto cualquier otra condición o fuese consecutivo a un delito contra la propiedad.

Segundo. - Si el encierro o detención hubiere durado más de 15 días.

Tercero. - Si se hubiere ejecutado con simulación de funciones públicas.»

Llama la atención que una ley redactada con el fin de prever una mayor penalidad en supuestos de terrorismo, suprima la exigencia de rescate para la liberación de la víctima como circunstancia agravante del delito de rapto.

Sin embargo, lejos de ser considerada la reforma como un total desacierto, la misma tiene una sencilla explicación, y es que, aun siendo suprimida la exigencia de rescate, el legislador ha previsto en su artículo 501 una nueva figura delictiva que tiene mucho que ver con la historia del delito de secuestro.

Esta nueva figura delictiva a la que hacemos referencia, no es otra que el delito de robo con toma de rehenes, previsto en el apartado cuarto del Artículo 501 de la siguiente forma:

«El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado:

Art 483 CP de 1973: «El reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acreditare haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor.»

1.º Con la pena de reclusión mayor, cuando con motivo o con ocasión del robo se causare dolosamente la muerte de otro.

2.º La misma pena se impondrá cuando el robo fuere acompañado de violación o de alguna de las lesiones previstas en el artículo 418.

3.º Con la pena de reclusión menor, cuando el robo fuere acompañado de alguna de las lesiones previstas en los artículos 419 ó 421, 2.º, si bien en estos últimos supuestos la pena no excederá del grado medio.

*4.º Con la pena de prisión mayor, cuando con motivo u ocasión de robo se causare homicidio culposo, se infieran torturas, se **tomaren rehenes** para facilitar la ejecución del delito o la fuga del culpable o cuando el robo fuere acompañado de las lesiones a que se refiere el artículo 420.»*

Con esta reforma lo que el legislador pretende es eliminar la doble punición contenida en el Artículo 481, apartado 1, precedente , en parte del actual delito de secuestro. Así, se evitaba que cuando se producía un delito de robo con detención, se condenase, por un lado, por un delito de robo con toma de rehenes, del artículo 501.4 CP de 1973 y, por otro lado, por un delito de detención ilegal, previsto en el Artículo 481.1 del Código Penal de 1973.⁴¹

⁴¹ La Sentencia del Tribunal Supremo 154/1990, de 15 de octubre, (BOE núm. 268 de 8 de noviembre de 1990) fue dictada por un supuesto en el que una persona penetró armada, en un establecimiento para robar, y tras varios incidentes sangrientos, obligó a dos personas a que les acompañaran en su fuga, dejándoles libres unas horas después. La Audiencia Provincial de Lugo condenó al recurrente por un delito con violencia en las personas del art. 501.4 del Código Penal, por causar lesiones y tomar dos rehenes para la fuga y por delitos de detención ilegal del art. 480 en relación con el 481, ambos del Código Penal, por haber privado de libertad a esas dos personas. El órgano enjuiciador consideró la retención de dos personas constitutiva de dos tipos distintos de delito y, en función de ello, de tipos distintos de condena. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que, por unos mismos hechos tipificados como un único delito, robo con tomo de rehenes, se ha impuesto una sanción duplicada, como si de varios delitos se tratara. Ello supone una infracción del principio non bis in ídem previsto en el artículo 25.1 de la Constitución, así como del principio de proporcionalidad.

- **Código Penal de 1995**

Con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se produce la despenalización del delito de raptó, por considerarse, a la luz de la realidad social de nuestra época, como un comportamiento que, al basarse en la libertad de las personas, no son más que manifestaciones de la autodeterminación en materia sexual no punibles. Sin embargo acoge otra conducta similar, como es la sustracción de menores, la cual tiene otras connotaciones, pues se ubica dentro de los delitos familiares y no en los relativos a la libertad sexual.

Asimismo, este nuevo Código Penal decidió excluir del robo los tipos complejos, entre ellos el delito de robo con toma de rehenes, y ubicar en las detenciones ilegales y secuestros, los ataques a la libertad orientados a exigir el pago de un rescate, dando primacía al valor de la libertad.

Aun teniendo su origen en la ya mencionada ley «antiterrorista» 82/1978, de 28 de Diciembre, no es hasta el Código Penal de 1995 cuando se prevé el delito de secuestro , como delito autónomo en el artículo 164.

Art. 164 CP: «El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años.»

Entre las novedades del Artículo 164 del Código Penal de 1995, es que se sustituye la mención de «rescate», por la referencia a exigir «alguna condición» para la puesta en libertad de la víctima. De ese modo, como ya veremos, el legislador abre un abanico de posibilidades para que la condición sea de cualquier naturaleza, no siendo necesaria únicamente la de naturaleza económica.

El Código Penal de 1995 dotará a este delito de un *nomen iuris* propio, y será considerado por gran parte de la doctrina como un tipo agravado de detención ilegal, en el que la puesta en libertad de la víctima se verá supedita a la realización de un hecho que los autores del delito exigen.⁴²

⁴² Vid., VIVES ANTÓN, T., Derecho Penal. Parte Especial, 4ª Edición adaptada a la Ley Orgánica 1/2015, Ed. Tirant lo Blanch., Valencia, 2015. Pág. 142

MUÑOZ CONDE por su parte, entiende que el Código Penal de 1995 ha elegido la vía de formar un delito complejo resultante de la unión de dos delitos, las detenciones ilegales y el de amenazas condicionales, para integrarse en un nuevo delito, distinto y autónomo. Añadiendo que *«la razón de la elección de esta técnica legislativa no es otra que la mayor gravedad de la pena con la que conmina el delito complejo de secuestro, mucho mayor que la que resultaría de aplicar los dos delitos por separado conforme a las reglas del concurso de delitos.»*⁴³

Es decir, las razones que motivan tal tipificación autónoma, son meramente penológicas, otorgando al delito de secuestro una mayor gravedad de la pena que corresponde poner, pues si se aplicaran las reglas generales del concurso de delitos entre ambos delitos, la pena resultante sería mucho menor.

Sin perjuicio de la autonomía y complejidad que le ha atribuido el Código Penal al delito de secuestro, cabe identificar la estructura típica del mismo con la del delito de detención ilegal condicional, previsto en el ya derogado Artículo 481 del Código Penal anterior.

Ello supone que se haga una remisión al tipo básico de detención ilegal, a los efectos de delimitar los elementos típicos del secuestro, con la excepción de la exigencia de condicionar para la puesta en libertad del encerrado o detenido.⁴⁴

Así mismo, sin entrar en más detalles, se observará a lo largo del desarrollo del trabajo que el delito de secuestro comparte diversas semejanzas con el delito de detenciones ilegales, ya no solo en los elementos típicos del delito, sino que además, ambos delitos tienen en común diversos tipos cualificados y privilegiados de la pena, así como las causas de justificación.

A la luz de lo que hemos ido analizando a lo largo del desarrollo de este primer capítulo podemos concluir lo siguiente.

⁴³ Vid., MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial. 20ª Edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015., Pág. 153

⁴⁴ Vid., DEL COBO ROSAL, M., *Derecho Penal español. Parte Especial 2ª Edición adaptada y puesta al día con las últimas reformas*. Edit. Dykinson. Pág. 190.

Desde el origen de la regulación legal de estas conductas, en el Código Penal de 1822, su diseño legal ha permanecido básicamente inalterado, en cuanto al contenido se refiere, a través del tiempo. Así, el delito de raptó ha sido configurado a lo largo del tiempo como un delito ejecutado con miras deshonestas. Es a partir del Código Penal de 1848 donde aparece descrita la conducta que va a perdurar más a lo largo de la historia penal española, pues la misma se mantiene hasta el Código Penal de 1928.

Entre las singularidades que podemos destacar de las reformas de la codificación penal es que cada Código Penal, introduce una penalidad más severa con respecto a la del código penal anterior.

Respecto del delito de detenciones ilegales cabe decir que cada código penal ha sancionado de forma independiente las detenciones ilegales realizadas por funcionarios públicos, de las detenciones ilegales realizadas por particulares. En lo que nos acontece se ha destacar que todos los códigos penales han seguido la misma estructura típica del delito de detenciones ilegales realizadas por los particulares, sin embargo, la mayor novedad que hemos de destacar es que determinados códigos penales, como por ejemplo el del 1944, 1963 o el de 1973, han introducido la exigencia de rescate como circunstancia agravante del tipo básico.

Dicha exigencia de rescate será el primer ingrediente, para que más tarde con la llamada ley «antiterrorista», y con el Código Penal de 1995, se introduzca como novedad una nueva figura delictiva, autónoma y con *nomen iuris* propio, configurada como delito de detención ilegal condicional: el delito de secuestro.

CAPÍTULO II: CONCEPTO Y
NATURALEZA JURÍDICA DEL SECUESTRO

CAPITULO II: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL SECUESTRO

Una vez detallada la referencia histórica de lo que se entiende por delito de secuestro, es momento de comenzar el análisis del referido tipo delictivo. Es por ello que este segundo capítulo lo hemos dedicado a determinar el concepto y la naturaleza jurídica del delito de secuestro.

En primer lugar, de la lectura del artículo 164 CP⁴⁵, en el que se encuentra previsto el tipo básico del delito de secuestro, se observa que el legislador no nos ofrece una definición del concepto de secuestro, sino que se limita a detallar la conducta típica del mismo. Es por ello que para definirlo hemos de acudir a otro tipo de fuentes.

Etimológicamente hablando, entre las acepciones gramaticales más acorde a nuestro análisis, la Real Academia Española define secuestrar como «*Retener indebidamente a una persona para exigir dinero para su rescate o, para otros fines.*»⁴⁶

Asimismo, desde un punto de vista jurisprudencial el secuestro se ha conceptualizado como 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, generalmente al pago de un rescate, que le es exigido para la consiguiente puesta en libertad de la víctima.⁴⁷

Acudiendo al ámbito de la doctrina encontramos diferentes definiciones aportadas por cada autor, sin embargo, en pie a sintetizar una definición del secuestro, podemos definir el mismo como una modalidad de detención ilegal caracterizada por la exigencia de una condición, pudiendo ser la misma de cualquier naturaleza, a cambio de la puesta en libertad del detenido.⁴⁸

⁴⁵Art. 164 CP de 1995: «El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años.»

⁴⁶ Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española. Vigésimo tercera edición* (en línea). <http://www.rae.es/> (consulta 26 de octubre de 2016). Como acabamos de apuntar, el Diccionario de la lengua española define: Secuestro (Del lat. *sequestrum*): 1. m. Acción y efecto de secuestrar. (...) y Secuestrar, utilizando la definición que acabamos de reseñar.

⁴⁷ *Vid.*, STS (Sala de lo Penal), núm. 351/2001 de 9 marzo (RJ 2001/3310), FJ. 4

⁴⁸ *Vid.*, entre otros, MARTIÑÓN CANO, G., *El delito de secuestro*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 45; SUARÉZ- MIRA RODRÍGUEZ, C., (coord.) *et alii*, *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, 3ª Edición, Edit. Tirant lo Blanch, 2005, pág. 129.

Sea cual fuere el origen de la fuente, podemos determinar que todas ellas definen el secuestro como una aprehensión de la persona exigiendo rescate a cambio de su puesta en libertad.

Determinado el concepto de secuestro, hemos considerado interesante introducir una breve clasificación de los distintos tipos de secuestro, atendiendo a un elemento variante como es la intención de los sujetos activos.

Se llama *secuestro de aviones* a la toma, por las armas, del mando de una aeronave reteniendo tanto a la tripulación como a los pasajeros, a fin de exigir el cumplimiento de una condición. Implica una triple afectación:

- a) Privación de libertad ambulatoria de pasajeros y tripulantes.
- b) Libertad de decisión de quienes se exige el cumplimiento de una obligación a cambio de liberar a los privados de libertad y devolver el avión.
- c) La circulación aérea.⁴⁹

Existen otras conductas que, aun no tratándose de privación de libertad de una persona, hay quienes equiparan las mismas a un verdadero secuestro. Así, existe el *secuestro de cadáveres* que implica el apoderamiento de un cuerpo sin vida para exigir el rescato a sus allegados. Como también el *secuestro de vehículos* que trata de la toma de unidades motorizadas para utilizarlas en manifestaciones públicas, o también el *secuestro cibernético*, o robo de información que consta en una base computarizada de datos exigiendo una condición a cambio de regresarla.

Por último, el *secuestro exprés* es un concepto utilizado para referirse a una privación de libertad ejecutado con rapidez y en el que generalmente se exige el pago de una escasa cantidad de dinero. Algunas legislaciones penales, como la de México, prevén el secuestro exprés, que en realidad es entendido como un robo agravado con retención de personas.

Como destaca MARTIÑÓN CANO, la diferencia entre el secuestro clásico que venimos analizando, y el secuestro exprés, es que «*el enfoque normativo con el que*

⁴⁹ Vid., MARTIÑÓN CANO, G., *op. cit.* Pág.38

fueron creadas sendas figuras es distinto porque uno protege principalmente la libertad ambulatoria y el otro primordialmente el patrimonio.»⁵⁰

Una vez expuesto el concepto de secuestro y la clasificación de los distintos tipos de secuestro según la intención del sujeto activo, es momento de centrarnos en la naturaleza jurídica del tipo.

En primer lugar, parte de la doctrina estima que, entre el delito de detenciones ilegales y el delito de secuestro, hay una conexión, entendiendo MARTIÑÓN CANO que *«la detención ilegal es el primer ingrediente típico del secuestro.»⁵¹*

Sin embargo, autores de la talla de CÓRDOBA RODA⁵² consideran que la rúbrica del Capítulo I del Título IV del CP, refleja el propósito del legislador de tipificar ambas figuras de forma autónoma y configurarlas de modo independiente.

Añadiendo PRATS CANUT en la misma línea, que es necesario *«el tratamiento diferenciado como un tipo específico, en el cual se respetan los criterios del tipo básico en orden a la gravedad con el tratamiento distinto, en base a la entidad del ataque al bien jurídico.»⁵³*

En consecuencia, aun no existiendo acuerdo en la doctrina, estamos ante un delito que, aun revistiendo características comunes con las detenciones ilegales, a su vez, tiene particularidades *sui generis* exclusivas que le otorgan esa plena autonomía conceptual y funcional, respecto de la detención ilegal, que ha pretendido el legislador de 1995.

El primero de los distintivos característicos del delito de secuestro es el bien jurídico protegido. Si bien el delito de detenciones ilegales protege únicamente la libertad ambulatoria, MARTIÑÓN CANO estima que el secuestro respalda plurales bienes jurídicos además de la libertad de movimiento.⁵⁴

En la misma línea entra en juego la distinción del número de sujetos pasivos afectados por ambos tipos. Estamos ante un delito que considera como sujeto pasivo no

⁵⁰ *Ibíd.*, pág. 41

⁵¹ *Vid.*, MARTIÑÓN CANO, G., *op.cit.* Pág. 95

⁵² *Vid.*, CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo I*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 185 y 186.

⁵³ *Vid.*, PRATS CANUT, J. M., “Delitos contra la libertad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) *et alii*, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3ª edición, Edit. Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 221

⁵⁴ *Vid.*, MARTIÑÓN CANO, G., *op. cit.*, pág. 95

solo al rehén que sufre el encierro o la detención, como considera el delito de detenciones ilegales, sino así mismo, a otros terceros que puedan verse afectados por la aprehensión, como por ejemplo la figura de los extorsionados, que se verán afectados en lo que concierne a la exigencia de condición para la puesta en libertad del detenido.⁵⁵

Por consiguiente, pese a que existe dicha conexión y a que son figuras delictivas similares, pero no iguales, el delito de secuestro está personalizado como un delito con independencia conceptual y funcional respecto del delito de detenciones ilegales realizadas por particulares.

Lo que nos lleva a entender que ni el delito de secuestro es completamente dependiente del delito de detenciones ilegales, ni se encuentra aislado del mismo.

Siguiendo con la naturaleza jurídica del tipo, cabe reseñar en cuanto a lo referente a su estructura, que el delito de secuestro es un delito complejo, resultado de la unión de un delito de detención ilegal y el de amenazas condicionales como exigencia para la puesta en libertad del detenido.⁵⁶

LAMARCA PÉREZ considera que ambos delitos se sitúan en una relación de medio a fin, realizándose la detención como medio para obtener algo a cambio, «*a cuyo logro se supedita la puesta en libertad*».⁵⁷

En palabras de MUÑOZ CONDE lo pretendido por el legislador de 1995 es darle un tratamiento más severo a las detenciones ilegales seguidas de rescate, formando un delito complejo resultante de la unión de dos delitos: el de detenciones ilegales, y el de amenazas condicionales, para integrarse en un nuevo delito, distinto y autónomo.

Es decir, las razones que motivan tal tipificación autónoma, son meramente penológicas, otorgando al delito de secuestro una mayor gravedad de la pena que corresponde poner, pues si se aplicaran las reglas generales del concurso de delitos entre ambos delitos la pena resultante sería mucho menor.⁵⁸ En base a su penalidad, y acorde a la clasificación tripartita que adopta el Código Penal en su artículo 33, el delito de secuestro es un delito grave.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ *Vid.*, entre otros, CÓRDOBA RODA, J., *op. cit.*, pág. 186; MUÑOZ CONDE, F., *op.cit.*, pág.153.; MARTIÑON CANO, G., *op. cit.*, págs. 96 y 97.

⁵⁷ *Vid.*, LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte Especial*. 5ª Edición. Edit. Colex, Madrid, 2010, pág. 114.

⁵⁸ *Vid.*, MUÑOZ CONDE, F., *op cit.*, pág. 153

Siguiendo con la naturaleza del tipo de secuestro, sectores de la doctrina consideran que estamos ante un delito de acción y de resultado, y es que, como hemos mencionado anteriormente, la conducta típica de este delito «*requisita la exigencia de un condicionamiento para la liberación del rehén*», implicando un actuar que lo define como un delito de acción.⁵⁹ Siendo, por tanto, la conducta del secuestro eminentemente activa lo que implica que solo puede darse por medio de la acción y no por omisión.

Sin embargo, es aquí donde reside una diferencia a destacar con el delito de detenciones ilegales, por cuanto en este último delito si cabe la posibilidad de la omisión impropia, siempre que se de en la misma especialmente el requisito de la posición de garante. A modo de ejemplo GARCÍA VALDÉS y SERRANO GOMEZ y SERRANO MAÍLLO⁶⁰ exponen el supuesto de un sujeto que encierra sin saberlo a una persona en un local o recinto, estando obligado a abrirle y reteniéndole durante un tiempo considerable.

Es aquí donde es interesante destacar que si bien MARTIÑÓN CANO, desde un primer momento se mantiene en la posición de que solo cabe omisión impropia en el delito de detenciones ilegales, ahora si considera que en un determinado supuesto cabe, asimismo, la omisión impropia en el delito de secuestro.

A modo de ejemplo, plantea el siguiente supuesto: La madre e hija que se encuentran solas en casa y ante la presencia de unos ruidos se refugian en una habitación quedando accidentalmente encerradas por un defecto de la puerta, pudiendo abrirse la misma únicamente desde fuera. Es en este momento en el que los activos que asaltan la casa y que inicialmente solo planeaban robar pertenencias de la misma, descubren el encierro y aprovechan la ocasión para exigir un rescate al padre de familia a cambio de la liberación.

En este supuesto, MARTIÑÓN CANO entiende que es posible «*la actualización del secuestro que se forme con una detención por omisión impropia en la que basta que*

⁵⁹ Vid., MARTIÑÓN CANO, G., *op. cit.*, pág. 99

⁶⁰ Vid., GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., y FIGUEROA NAVARRO, C., *Lecciones de derecho penal. Parte Especial*, (Adaptadas al Plan Bolonia), 2ª Edición (Según las reformas del Código Penal de 2015) Edit. Edisofer, Madrid, 2015. Pág. 60; SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A., *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª Edición, Edit. Dykinson, Madrid, 2012, pág. 89

el activo haya tenido la posibilidad de liberar al rehén y exija el cumplimiento de una condición, lo que se da necesariamente por acción.»⁶¹

Ello nos lleva a la conclusión de que, si bien el delito de secuestro es un delito de acción, dependiendo de las circunstancias de la conducta y del supuesto en cuestión, cabe la posibilidad de clasificarlo asimismo como un delito de omisión impropia, como sucede con el delito de detención ilegal.

Siguiendo con la naturaleza del delito de secuestro, estamos ante un delito de resultado, pues el mismo exige para su consumación la producción de un resultado que sea consecuencia directa del sujeto activo.

Concretamente se trata de un delito de resultado material por cuanto existe una separación temporal entre el momento en que se priva de libertad a la persona y el momento en que se condiciona la puesta en libertad al cumplimiento de una determinada exigencia.⁶²

Implícito en esto, atendiendo a la afectación de la libertad ambulatoria protegida como bien jurídico de esta figura delictiva, es posible afirmar que el delito de secuestro, además, es un delito de lesión, y ello se debe a que la consumación efectiva del mismo se da en el momento en que se produce el resultado de privación de libertad, suponiendo el menoscabo o la ya efectiva lesión de la misma.⁶³

⁶¹ *Vid.*, MARTIÑÓN CANO, G., *op.cit.*, págs. 98 y 99.

⁶² *Ibidem*, pág. 100

⁶³ *Ibidem*.

CAPÍTULO III: BIEN JURÍDICO
PROTEGIDO

CAPÍTULO III: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Siendo la libertad consustancial a la naturaleza humana, la misma inspira múltiples facetas de comportamiento que necesitan verse limitadas por la propia necesidad de supervivencia de la organización del social. Así, desde un punto de vista político-social, la libertad es un bien jurídico relativo pues por el mero hecho de vivir en sociedad obliga al ciudadano a renunciar a parte de su libertad.

Es por ello que muchos son los preceptos, sobre todo del ámbito penal, que tienen como objeto de tutela esas manifestaciones concretas de libertad, configurándose así, numerosos tipos penales que incriminan acciones u omisiones que atentan su libre ejercicio y desarrollo.⁶⁴

De este modo, la libertad se convierte en el fundamento de todos los tipos penales que protegen bienes jurídicos disponibles de naturaleza humana.

Así, bajo la rúbrica de los «*Delitos contra la libertad*», el Título VI del Libro II del CP actual recoge una serie de tipos delictivos, ya sean detenciones ilegales y secuestros, amenazas y coacciones, cuyo objeto de tutela es la libertad en un sentido jurídico.

En concreto estamos ante atentados contra la libertad personal y social del individuo, prevista en los artículos 17 y 19 de la Constitución Española⁶⁵, pues los mismos afectan a las condiciones mínimas que el ser humano necesita para su normal desenvolvimiento en la sociedad.⁶⁶

Entrando en detalle en el bien jurídico, hemos de indicar que la naturaleza misma de la libertad supone que nos encontremos ante un bien jurídico eminentemente disponible, lo que implica que otorgará al consentimiento, en la mayoría de los

⁶⁴Vid., DEL ROSAL BLASCO, B., “Delitos contra la libertad (I) Detención ilegal y secuestro”, en MORILLAS CUEVA, L., (coord.) *et alii*, *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*, Edit. Dykinson, Madrid, 2011, pág. 146

⁶⁵La Constitución Española dispone en su artículo 17 que: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.» Por su parte, el artículo 19 estipula lo que sigue: «Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la Ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.»

⁶⁶En este sentido se ha pronunciado CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Delitos contra la libertad (I): detenciones ilegales y secuestros” en VIVES ANTÓN, T. S., *et alii*, *Derecho Penal. Parte Especial*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág.133

supuestos, la característica de elemento negador del tipo y por tanto el mismo concurre como causa de justificación o de atipicidad, como ya veremos en el siguiente capítulo.⁶⁷

Como se ha indicado a lo largo del comienzo de este tercer capítulo, el objeto de tutela del delito de secuestro no es otro que la libertad personal del individuo, o para ser más concisos su libertad ambulatoria o de movimientos.

También entendida como libertad de locomoción «*no es sino la facultad que tiene el sujeto pasivo de poder fijar su situación en el espacio, trasladándose o permaneciendo en el lugar deseado.*»⁶⁸ En consecuencia, como bien dice MARTIÑÓN CANO, la misma implica el no verse constreñido a estar donde no se quiere estar en razón de una fuerza ilegítima.⁶⁹

Es importante destacar que gran parte de la doctrina sostiene que no todo ataque a la libertad ambulatoria tiene cabida en la protección de este delito, sino que el tipo en cuestión únicamente extiende esa protección a aquellos ataques a la libertad que se concretar a través de la conducta típica de «*encerrar o detener*». Ello supone que aquellos otros comportamientos, que quedan al margen de estos términos típicos, no tendrán cabida en este tipo penal, pudiendo merecer sanción en otros preceptos.⁷⁰

En cualquier caso, lo determinante es el condicionamiento de la libertad personal del sujeto que se puede ver afectada de una forma u otra.

Como ya mencionamos en el anterior capítulo, del mismo modo que se ha reiterado que el delito de secuestro protege la libertad ambulatoria de la persona secuestrada, ha de reseñarse, que ni la libertad de movimientos es el único bien jurídico que resulta protegido por este delito, ni la persona privada de libertad es el único sujeto pasivo posible del tipo.

⁶⁷ Vid. LANDROVE DÍAZ, G., *Detenciones ilegales y secuestros*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 54. En síntesis, con lo que se acaba de afirmar, podemos citar un enunciado de este autor, por cuanto dispone que «no es que el consentimiento permita la lesión del bien jurídico libertad, sino que impide su lesión.»

⁶⁸ Vid., DEL ROSAL BLASCO, B., en MORILLAS CUEVA, L. (coord.), *et alii, Sistema del derecho penal...*, pág. 147

⁶⁹ Vid., MARTIÑÓN CANO, G., *op.cit.*, pág. 63

⁷⁰ Vid., entre otros, DIÉZ RIPOLLÉS, J. L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 326; PRATS CANUT, J. M., en QUINTERO OLIVARES, G., (dir.), *et alii, op.cit.*, pág. 194.; DEL ROSAL BLASCO, B., en MORILLAS CUEVA, L., (coord.), *et alii, op.cit.*, pág.146

De la descripción típica del secuestro prevista en el Código Penal en el artículo 164, se deduce que el requerimiento del cumplimiento de la condición para la puesta en libertad del secuestrado, puede estar dirigida contra el propio rehén, u otra persona, a la que se extorsiona, entendiéndose, por tanto, como otra víctima pues se ve afectada su libre decisión.

En efecto, es acertada la consideración de MARTIÑÓN CANO⁷¹ por cuanto entiende que el delito de secuestro expresamente tutela la libertad ambulatoria e implícitamente custodia el patrimonio, la libertad psicológica y el sentimiento de tranquilidad.

En lo que se refiere al patrimonio, como ya sabemos, la estructura típica del secuestro exige que se cumpla una condición para la liberación del secuestrado, pudiendo ser la misma de cualquier carácter, ya sea financiera o política, por ejemplo. Por tanto, en la medida en que dicha condición sea de carácter económico, del cumplimiento de la misma derivaría un perjuicio al patrimonio de las personas a las que se exija dicho cumplimiento, ya sea el secuestrado u otras personas, si del mismo patrimonio se paga el importe del rescate para su liberación.

A su vez, se vería afectada la libertad psicológica, ya no solo de la persona privada de libertad sino del extorsionado a cumplir la condición, y más aún los allegados a los mismos.

Entre las afecciones psíquicas que pueden sufrir, simplemente vamos a mencionar; el síndrome de Estocolmo consistente en que los secuestrados participan de las ideas y fines del raptor; el síndrome de Contraestocolmo, suponiendo un sentimiento de venganza del secuestrado contra el raptor, y por último el estrés post-traumático.

Íntimamente ligado con la libertad psicológica se encuentra el sentimiento de tranquilidad. Pues bien, en todo tipo de secuestro, en el momento en que se exige una condición para la liberación de la víctima lleva implícito un delito de amenazas, el cual tiene como objeto de tutela la libertad vista tanto en su ámbito subjetivo, como en el ámbito psicológico.

⁷¹ Vid., MARTIÑÓN CANO, G., *op.cit.*, pág. 89

En ese mismo sentido, la jurisprudencia se ha pronunciado entendiendo que el bien jurídico protegido es «*el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida.*»⁷²

Es por ello que en el momento en que el secuestrador exija un rescate quedará afectado, ese momento de tranquilidad personal tanto del secuestrado como de la familia o de terceros si a estos se les exige la condición.

Con todo lo expuesto, llegamos a la conclusión de que el delito de secuestro, tiene como bien jurídico protegido la libertad ambulatoria, entendida coloquialmente como libertad de movimientos, sin embargo, en la medida en que los bienes jurídicos que se acaban de mencionar, quedan asimismo afectados, los mismos habrían de ser considerados objeto de tutela penal del tipo.

⁷² *Vid.*, AAP de Madrid, sección 23ª, núm. 114/2007 de 21 de febrero (JUR 2007/152038), FJ.1; STS (Sala de lo Penal), núm. 832/1998 de 17 de junio (RJ 1998/5801), FJ.3

CAPÍTULO IV: EL ARTÍCULO 164: TIPO
BÁSICO DEL DELITO DE SECUESTRO

CAPITULO IV: EL ARTÍCULO 164: TIPO BASICO DEL DELITO DE SECUESTRO

1. Estructura típica y elementos objetivos

1.1 Conducta típica

Con la redacción del artículo 164, el Código Penal de 1995 configuró una nueva figura penal, con un *nomen iuris* propio y, con independencia y autonomía funcional respecto de las detenciones ilegales. De ese modo surge un delito complejo de detenciones ilegales y amenazas condicionales, desapareciendo la concepción de secuestro como una agravación de las detenciones ilegales.

De esta manera el tipo básico del delito de secuestro, previsto en el Artículo 164 dispone lo siguiente:

«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.»

En palabras de DEL ROSAL BLASCO, el propósito del legislador, mediante esta nueva fórmula, no es otro que otorgarle una relevancia penal para aquellos supuestos en los que el particular encierra o detiene a otro privándole de su libertad, y exigiendo una condición a cambio de la puesta en libertad del secuestrado.⁷³

Consecuentemente, de esta alusión puede sostenerse, que son dos los elementos objetivos que configuran la conducta típica del tipo: por un lado, el secuestro en sí mismo, y por otro, la exigencia de una condición para la liberación de la víctima.

A) El secuestro: encerrar o detener

En primer lugar, de la lectura del Artículo 164 podemos deducir que la conducta típica del delito de secuestro, *«consiste en privar al sujeto de la posibilidad de*

⁷³ Vid., en DEL ROSAL BLASCO, B., en MORILLAS CUEVA, L. (coord.) *et alii*, *op.cit.*, pág.148

*determinar por sí mismo su situación en el espacio físico», imponiéndole una serie de obstáculos al ejercicio de la voluntad natural de movimiento.*⁷⁴

De este modo, esa limitación forzada de la libertad ambulatoria de la persona a moverse o desplazarse, ofrece en la dicotomía del tipo dos modalidades típicas de comportamiento perfiladas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia⁷⁵, siendo las mismas el encierro y la detención.

Con respecto a la interpretación de la fórmula «encerrar», la misma «*conlleva el aislamiento en un lugar del que no se puede salir sino es con la anuencia del autor del delito*»⁷⁶, es decir, lo determinante es mantener al sujeto en un espacio cerrado más o menos angosto, ya sea mueble o inmueble, pudiendo serlo tanto un vagón de ferrocarril, como una habitación o un automóvil.

Es de destacar que existe un sector de la doctrina que entiende que el concepto encerrar se debe formular en términos más abstractos abarcando situaciones de encierro en lugares abiertos, pero con claros límites, ya sean naturales o marcados por el sujeto activo, pudiendo desarrollarse la conducta por ejemplo en una isla, un poblado aislado o un barrio marginal.⁷⁷

Sin embargo, en nuestra opinión, entendemos que lo correcto sería entender que el verbo encerrar abarca la idea de guardar en un sitio cerrado, pues en palabras de DEL ROSAL BLASCO, «*una interpretación tan generosa del término encerrar desbordaría in extenso el significado de las palabras típicas e incluiría dentro del Artículo 163, situaciones en las que la vulneración de la libertad ambulatoria podría ser cuanto menos discutible.*»⁷⁸

Por otra parte, como expresa la doctrina y la jurisprudencia, el término «detener» admite la privación de libertad tanto en lugares abiertos como cerrados, exigiendo para

⁷⁴ Vid., CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S., *et alii*, *op.cit.*, pág.137

⁷⁵ Vid., entre otras, STS (Sala de lo Penal), núm. 1425/2005 de 5 de diciembre de 2005 (RJ 2006/1878) FJ. 5; STS (Sala de lo Penal), núm. 1548/2004 de 27 de diciembre de 2004 (RJ 2004/700), FJ.2; STS (Sala de lo Penal), núm. 135/2011 de 15 de marzo de 2011 (RJ 2011/2779), FJ.2; STS (Sala de lo Penal), núm. 492/2007 de 7 de junio de 2007 (RJ 2007/3417), FJ.1

⁷⁶ Vid., SUARÉZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. *op.cit.* pág. 130

⁷⁷ En este sentido se han pronunciado los autores DIEZ RIPOLLÉS, J. L., *op.cit.*, pág.330, y MARTIÑÓN CANO, G, *op.cit.*, pág. 119. Este último autor refiere que «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.»

⁷⁸ Vid., DEL ROSAL BLASCO, B., en MORILLAS CUEVA, L. (coord.) *et alii*, *op.cit.* pág. 148

su ejecución, el empleo de una fuerza física o violencia psíquica que prive al sujeto de su libre capacidad de traslado ambulatorio.⁷⁹

Esta forma comisiva supone que sin necesidad de encerrar se puede forzar de distintas formas a la inmovilidad de la persona. Citando a modo de ejemplo el Tribunal Supremo condenó mediante la Sentencia de 24 de noviembre de 2004⁸⁰ como autores de un delito de detención ilegal a una pareja que, tras propinar un fuerte golpe en la cabeza a la víctima, atan a la misma de pies y manos y la abandonan en estado de seminconsciencia, privándole de manera absoluta de su libertad de movimientos.

Sea como fuere, lo cierto es que en ambos casos (encerrar o detener) el sujeto activo despliega una serie de obstáculos externos que conllevan el cercenamiento de la libertad ambulatoria del individuo que impiden la puesta en práctica de su decisión de moverse o desplazarse libremente.⁸¹

Como criterio general, esta afección al bien jurídico, bien encerrando o bien deteniendo a la persona, requiere una mínima duración de la privación de libertad, de modo que, si la misma se prolonga en el tiempo, el tipo quedaría configurado como delito instantáneo como ya veremos a lo largo de este capítulo.

B) Exigencia de condición para la puesta en libertad del detenido

A lo largo del desarrollo de este proyecto, hemos venido refiriendo que el delito de secuestro ha sido conceptualizado como una modalidad agravada de detención ilegal cuya característica principal es que la puesta en libertad del secuestrado se encuentra supeditada al cumplimiento de una determinada condición. Así en el Capítulo primero de este Trabajo de Fin de Máster se expuso que el origen de esta exigencia de condición radica en la Ley 82/1978, de 28 de diciembre (también llamada «Ley antiterrorista»), reformadora del Código Penal de 1973, en la cual, en su artículo 481.1 exigía el «pago de un rescate» a cambio de la liberación del secuestrado.

⁷⁹ Vid., entre otros; PRATS CANUT, J. M., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) *et alii*, *op.cit.* págs. 195-196; LANDROVE DÍAZ, G. *op.cit.* pág.46

⁸⁰ STS (Sala de lo Penal), núm. 1339/2004 de 24 de noviembre de 2004 (RJ 2004/8111), FJ.1

⁸¹ Vid., entre otros; CÓRDOBA RODA, J., *op.cit.* pág.174; DEL ROSAL BLASCO, B., en MORILLAS CUEVA, L., (coord.), *et alii*, *op.cit.* pág.149

A esto se refiere el Tribunal Supremo, cuando en la Sentencia de 3 de Diciembre de 2015, fundamento jurídico cuarto, apartado segundo, expone que *«El tipo del art. 164 C.P. exige una actividad externa y ajena al propio sujeto pasivo, integrada por el cumplimiento de la condición que ha de operar como un requisito para la puesta en libertad, y esa circunstancia, constituida por la relación de dependencia entre la exigencia de los acusados y la cesación de detención ha de quedar claramente determinada»*⁸²

En palabras de MARTIÑÓN CANO, el término rescate *«comprende el pago de dinero o de cualquier bien con valor económico, con el fin de lograr la liberación del rehén»*⁸³. Sin embargo, actualmente las pretensiones de los secuestradores han ido evolucionando de modo que no buscan únicamente dinero o un bien pecuniario, sino que con la figura del secuestro también se persigue el cumplimiento que implique un hacer u omitir.

Como consecuencia de ello, se hacía necesario un término que pudiera tener un significado tan amplio como *«condición de cualquier especie»*, siempre sin alterar el significado semántico del rescate, por lo que el legislador de 95 entendió que *«si existe una palabra que comprende todo lo que quiere abarcar el delito de secuestro, esa es la palabra condición.»*⁸⁴

Comparten la doctrina y la jurisprudencia⁸⁵ que la condición ha de estar referida, únicamente a la puesta en libertad del sujeto, destacando que dicha condición, puede ser de cualquier naturaleza, sin necesidad de ser exclusivamente económica, siendo a su vez irrelevante que la misma sea lícita o ilícita.

Es en este punto donde GARCÍA VALDÉS sostiene que la condición puede consistir en *«cualquier deseo o concretarse en toda petición teóricamente realizable»*⁸⁶. Consecuentemente, la misma consistirá en una exigencia de dinero o de cualquier otro

⁸² STS (Sala de lo Penal), núm. 751/2015 de 3 de diciembre. (RJ 2015/5260) FJ 4, apartado 2º

⁸³ Vid., MARTIÑÓN CANO, G., *op.cit.*, pág. 136

⁸⁴ *Ibíd.*, pág. 137

⁸⁵ STS (Sala de lo Penal), núm. 492/2007, de 7 de junio, (RJ 2007/3417), FJ.1; STS (Sala de lo Penal), núm. 1559/2004, de 27 de diciembre, (RJ 2005/702), FJ.1; SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 30/2006, de 30 de junio, (ARP 2008/354), FJ.1; SAP de Alicante (Sección 3ª), núm. 646/2011, de 9 diciembre, (ARP 2012/1137), FJ.1

⁸⁶ Vid., GARCÍA VALDÉS, C., *et alii*, *op.cit.*, págs. 62 y 63

bien de carácter pecuniario que implique la obtención del mismo (por ejemplo, sustancias estupefacientes⁸⁷, joyas...)

A modo de ejemplo podemos citar un supuesto enjuiciado por el Tribunal Supremo, por el que se condena a un abogado como autor de un delito de secuestro contra un empresario cliente suyo. La finalidad de la perpetración de dicho secuestro, no fue otra que obtener por medio del rescate cierta cantidad económica, y así mismo, que el secuestrado retirara una querrela interpuesta contra el abogado por un supuesto delito de estafa.⁸⁸

Sin embargo, también existen otros supuestos tipificados bajo este tipo delictivo en los que la condición exigida por los secuestradores no es ya necesariamente de índole económica, sino que pueden ser de otro tipo de carácter. Piénsese por ejemplo en aquellas de índole laboral o aquellas condiciones de carácter político, orientadas al acercamiento de presos terroristas de ETA como sucedió con el «Caso Ortega Lara».⁸⁹

Así pues, sea cual fuere la naturaleza de la condición exigida, lo único que interesa es que la misma sea de posible cumplimiento, porque de lo contrario, la condición ha de tenerse por no puesta.⁹⁰

Otra característica a destacar de la condición es que la misma ha de ser lo suficientemente significativa, debiendo descartarse la aplicación del tipo en aquellos supuestos en los que las condiciones fueran testimoniales o bien de carácter nimio.⁹¹ Así mismo, parte de la doctrina y en concreto MARTIÑÓN CANO, añaden que se ha de considerar que la petición de alimentos y fármacos para atender a las necesidades del detenido no cumple el requisito del artículo 164, pues como bien dice este autor, «*esta*

⁸⁷ STS (Sala de lo Penal), núm. 663/2014 de 15 de octubre (RJ 2014/5808) Condena como autores de un delito de secuestro a una banda organizada que se dedicaba a secuestrar a personas exigiendo como condición la entrega de droga o el valor económico de esta.

⁸⁸ STS (Sala de lo Penal), núm. 572/2012 de 28 de noviembre (RJ 2013/50)

⁸⁹ Entre los años 1996 y 1997, la organización terrorista ETA perpetró el secuestro de José Antonio Ortega Lara, funcionario de prisiones del Centro Penitenciario de Logroño, que fue recluido durante 532 días y cuya liberación estaba condicionada al acercamiento de los presos de la organización a las prisiones vascas. Finalmente, el 1 de Julio de 1997, la guardia civil localizó el zulo en el que estaba recluido y fueron detenidos los secuestradores del funcionario, siendo, posteriormente, condenados los mismos por la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 29 de febrero de 1998.

⁹⁰ *Vid.*, LAMARCA PÉREZ, C., *op.cit.*, págs. 114 y 115.

⁹¹ *Vid.*, entre otros, CARBONELL MATEU, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T.S., *et alii*, *op.cit.*, pág.142; CÓRDOBA RODA, J. *op.cit.*, págs. 186 y 187

conducta no será delictuosa pero no por ser atípica sino porque está justificada por un estado de necesidad, que elimina la antijuridicidad»⁹²

Así mismo, la jurisprudencia ha entendido que la exigencia de la condición puede ir dirigida tanto al detenido como a un tercero, aunque generalmente se concreta en la exigencia de una actividad ajena al propio sujeto pasivo.⁹³

Sea como fuere, como bien afirman CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC basta únicamente «*con que exista una conexión entre su solicitud y la libertad del sujeto pasivo, es decir, que, por ejemplo, el rescate, sea solicitado como condición para la liberación del detenido, para poner punto y final a la detención*»⁹⁴, para que resulte de aplicación el tipo delictivo en cuestión. De modo que no será de aplicación este precepto si se pone en libertad a la víctima exigiendo el cumplimiento de la condición después de ser liberado.

En otro orden de cosas, cuando el artículo 164 se refiere a la exigencia de condición para poner a la persona en libertad, se puede interpretar que es necesario que en el momento de la exigencia de la condición la persona secuestrada esté viva. Sin embargo, MUÑOZ CONDE⁹⁵ acertadamente interpreta que lo verdaderamente importante en estos casos, no es que necesariamente la persona esté viva, sino que la familia de la persona secuestrada tenga la creencia que la misma sigue con vida y que efectivamente todavía es posible que los secuestradores puedan ponerla en libertad.

Un claro ejemplo de esto que se acaba de comentar es el «Caso Anabel Segura»⁹⁶, calificado por LANDROVE DÍAZ como un caso límite de petición de

⁹² Vid., MARTIÑÓN CANO, G., *op.cit.*, pág.137

⁹³ STS (Sala de lo Penal), núm. 1559/2004, de 27 de diciembre, (RJ 2005/702), FJ.1; SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 30/2006, de 30 de junio, (ARP 2008/354), FJ.1; SAP de Alicante (Sección 3ª), núm. 646/2011, de 9 diciembre, (ARP 2012/1137), FJ.1

⁹⁴ Vid., entre otros, CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S., *et alii*, *op.cit.*, pág.142

⁹⁵ Vid., MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, pág. 153

⁹⁶ STS (Sala de lo Penal), núm. 322/1999 de 5 de marzo (RJ 1999/1295). Queda probado en la citada sentencia que dos personas elaboraron un plan orientado a captar a una persona de familia de adinerada con el fin de obtener como rescate una importante cantidad de dinero a cambio de su libertad. Así, ambos secuestradores, se dirigieron a la urbanización de la Moraleja en Madrid y al ver a una joven haciendo *footing*, se acercaron a la misma, la agarraron y la introdujeron de manera violenta en una furgoneta. Dirigiéndose con la joven a la provincia de Toledo y ante el temor de que la misma pudiera reconocer a los secuestradores, ambos decidieron acabar con su vida. Días después, realizaron una llamada telefónica a la familia de la joven exigiendo 150 millones de pesetas a cambio de la liberación de la secuestrada. Finalmente, tras varias llamadas, los secuestradores consideraron que no podían aportar prueba alguna a los familiares que demostrara que la joven seguía con vida, por lo que desistieron de su propósito de conseguir tal dinero sin ser descubiertos.

rescate por liberación imposible.⁹⁷ En este caso surgieron dudas respecto de si era aplicable el delito de detención ilegal o el delito de secuestro. Finalmente, el Tribunal Supremo calificó los hechos subsumiéndolos, entre otros, en un delito de secuestro, pues, aunque la solicitud de dinero a la familia se realizó cuando la víctima ya había sido asesinada, se entendió que no es necesario que se cumpla la condición, sino que únicamente bastaba con que ello moviera a quien pagaba, en este caso la familia, ante la creencia de que la víctima siguiera con vida.

Por tanto, dicha expresión no se refiere a otra cosa que a la decisión de los secuestradores de comunicar a la familia o a terceras personas de que si no cumplen las condiciones que ellos le imponen causarán algún daño al secuestrado.

1.2 Sujetos activo y pasivo

Otro de los elementos objetivos del tipo es el referido a los sujetos intervinientes en el delito de secuestro: el sujeto activo y el sujeto pasivo.

En primer lugar, en cuanto al sujeto activo, es necesario tener en cuenta que el tipo básico no utiliza expresiones habituales en otros tipos delictivos tales como «*el que...*» o «*el particular que...*», utilizada esta última en el delito de detenciones ilegales. Sin embargo, ello no es óbice para que entienda que a falta de exigencia típica legal de una cualificación específica del sujeto activo, cualquier persona, o cualquier particular puede cometer un delito de secuestro.⁹⁸

Por tanto, cualquier persona puede ser sujeto activo de la acción del delito de secuestro, exceptuando cuando dicho particular sea integrante de una banda armada o grupo terrorista, o sin pertenecer a ella actué con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública, siendo en este supuesto aplicable preferentemente los delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 y 577 CP.⁹⁹

Existen situaciones en las que puede suscitar dudas sobre la autoría del delito de secuestro. Así un supuesto particular se da cuando la persona que desarrolla la acción se trata de una autoridad o funcionario público. En este punto habrá que estar a si cuando el funcionario cometió el delito estaba en el ejercicio de sus funciones o si por el contrario actuaba como particular.

⁹⁷ Vid., LANDROVE DÍAZ, G., *op.cit.* pág. 124

⁹⁸ Vid., CÓRDOBA RODA, J., *op.cit.* pág. 173.

⁹⁹ Vid., LAMARCA PÉREZ, C., *op.cit.* págs. 111 y 112

En el momento en el que el funcionario realiza la detención ilegal o el secuestro prevaleciendo de su condición, es decir, realizando la conducta de forma injustificada y abusiva, serán aplicables los artículos 167 y 529 y siguientes del CP.

Sin embargo, como declara MARTIÑÓN CANO¹⁰⁰ cuando el funcionario actúa equiparándose a un particular, sin estar en funciones y sin utilizar las influencias de su cargo, es aquí donde habrá de aplicarse el tipo básico del artículo 164.

Por otro lado, en cuanto al sujeto pasivo del tipo, la doctrina es unánime al considerar que sujeto pasivo es *«todo aquel que tenga capacidad volitiva natural de movimiento, esto es, referida a la determinación de su situación en espacio físico, con independencia de si esa capacidad natural es jurídicamente relevante»*¹⁰¹ en la medida en que tengan capacidad suficiente para trasladarse por sí mismos.

Así, deducimos que sujeto pasivo es cualquier particular que tenga capacidad de movimientos, debiendo incluirse tanto los menores, como incapaces e incluso los inimputables, así como las personas con limitaciones físicas si se les priva de los medios auxiliares que precisan para desplazarse¹⁰². Siendo de aplicación en estos casos la agravación del artículo 165, como se verá más adelante.

Sin embargo, a juicio de autores como DEL ROSAL BLASCO, entienden que es menester excluir del ámbito de protección del tipo *«al reducido núcleo de personas que carezca de esa capacidad»*¹⁰³ siendo los mismos los recién nacidos o las personas con retrasos mentales profundos.

En contraposición con lo que se acaba de mencionar, CÓRDOBA RODA¹⁰⁴ se inclina por considerar que, si bien la libertad ambulatoria es consustancial a la naturaleza humana, tanto los incapacitados como los recién nacidos, son titulares del bien jurídico protegido por este delito y por tanto han de considerarse sujetos pasivos del tipo, añadiendo que *«la descripción típica no excepciona en ningún caso su ámbito material y, por lo tanto, no cabe introducir ningún tipo de diferenciación.»*¹⁰⁵

¹⁰⁰ Vid., MARTIÑÓN CANO, G., *op.cit.* pág. 113

¹⁰¹ Vid., DIÉZ RIPOLLÉS, J. L., *op.cit.* pág. 327

¹⁰² Vid., MUÑOZ CONDE, F., *op.cit.* pág. 154

¹⁰³ Vid., DEL ROSAL BLASCO, B., en MORILLAS CUEVAS, L (coord.) *et alii*, *op.cit.* pág. 150

¹⁰⁴ Vid., CÓRDOBA RODA, J., *op.cit.* pág. 173

¹⁰⁵ *Ibidem.*

Concluimos añadiendo que el delito de secuestro es un delito complejo en el que pueden concurrir varios sujetos activos, pudiendo existir un autor o varios coautores, e incluso la figura del mediador, que más adelante se analizará. En el caso de los sujetos pasivos, autores de la talla de MARTIÑÓN CANO¹⁰⁶ entendieron que el sujeto pasivo no solo se ha de referir a la persona secuestrada sino, también, al familiar o tercero al que se le exige el cumplimiento de la condición pues también se ve afectada su libertad de decisión, como ya vimos en su momento.

2. Aspectos subjetivos del tipo

2.1. Dolo e imprudencia

Analizados los aspectos objetivos del tipo, es momento de encauzar el estudio hacia los aspectos subjetivos del mismo.

La doctrina es unánime al considerar que el delito de secuestro, es un delito eminentemente doloso¹⁰⁷, es decir, «*en todo caso la voluntad del sujeto activo ha de ir dirigida de forma consciente a privar de la facultad de moverse libremente al sujeto pasivo*»¹⁰⁸, y a conseguir aquello en lo que consiste la condición que exige a cambio de la puesta en libertad del individuo.

En ese mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo refiriéndose al delito de detenciones ilegales estima que:

«El tipo descrito en el art. 163 CP es un delito que se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos: [...] 2) el elemento subjetivo del tipo, el dolo penal, consiste en que la detención se realice de

¹⁰⁶ Vid., MARTIÑÓN CANO, G., *op.cit.* págs. 87 y 88

¹⁰⁷ Vid., entre otros, LAMARCA PÉREZ, C., *op.cit.*, pág. 109; CÓRDOBA RODA, J., *op.cit.* pág. 175; GARCÍA VALDÉS, C., *et alii*, *op.cit.* pág. 61; QUERALT JÍMENEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte especial*, Revisado y puesto al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 217; DEL ROSAL BLASCO, B., en MORILLAS CUEVA, L., (coord.) *et alii*, *op.cit.*, pág. 152; MARTIÑÓN CANO, G., *op.cit.*, págs. 130 y 146; Díez RIPOLLÉS, J. L., *op.cit.*, pág. 341; PRATS CANUT, J. M., en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) *et alii*, *op.cit.*, pág. 196; LANDROVE DÍAZ, G., *op.cit.*, pág. 65

¹⁰⁸ Vid., SERRANO GOMÉZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A., *op.cit.* pág. 149. En ese mismo sentido se ha pronunciado la SAP de Girona núm. 1/2003 de 10 de abril, (JUR 2003/67498), FJ 28: «*En cuanto al elemento subjetivo, está constituido por el dolo, que en este delito «sólo consiste en la conciencia de la antijuricidad del comportamiento de privar al sujeto pasivo, durante un lapso temporal de cierta permanencia o duración, de su libertad de movimientos, de locomoción o deambulación»*

forma arbitraria, injustificada, siendo un delito eminentemente intencional en el que no cabe la comisión por imprudencia.»¹⁰⁹

En consecuencia, que la imputación subjetiva de este tipo penal requiere necesariamente de un actuar doloso, una intención de privar la libertad del sujeto, no siendo necesario la concurrencia de un dolo específico para llevar al cabo el delito, de modo que quedan incluidos en la forma de comisión tanto el dolo directo como el dolo eventual.¹¹⁰

Insistiendo en ese carácter doloso del delito y dada la ausencia de una previsión específica de punición de la comisión imprudente en el artículo 12 CP¹¹¹, el legislador ha confirmado las tesis doctrinales¹¹² y jurisprudenciales que descartaban el castigo por imprudencia del delito de secuestro.

2.2 Error de tipo

El error de tipo, previsto en el artículo 14 del CP se da en aquellos supuestos en que el agente del delito tiene un incorrecto conocimiento de algunos de los elementos del tipo objetivo que excluyen el dolo.¹¹³

Queda claro que el error de tipo excluye el dolo, sin embargo, para que la responsabilidad penal del sujeto activo quede excluida, en virtud de lo previsto en el artículo 14 CP, se requiere que el error de tipo sea invencible y que el mismo se dé sobre los elementos esenciales, que no accidentales, del tipo.

El problema surge al considerar si es posible el error de tipo en el tipo delictivo que nos atañe estudiar y es que, para afirmar la existencia de error es necesario que el

¹⁰⁹ STSS (Sala de lo Penal), núm. 135/2011 de 15 de marzo, (RJ 2011/2779), FJ.2; STS (Sala de lo Penal), núm. 856/2007 de 25 de octubre, (RJ 2007/6971), FJ.3

¹¹⁰ Vid., entre otros, LAMARCA PÉREZ, C., *op.cit.* pág. 109; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *op.cit.* pág. 341.

¹¹¹ Art.12 CP: «Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.»

¹¹² En este sentido DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *op.cit.* pág.341 sostiene que: «La naturaleza de este delito como protector de la libertad personal, reforzada por la exigencia típica de contrariedad de la voluntad de la víctima en un marco de imposibilidad de ejecución de una decisión de abandono expresa, tácita o presunta, y su carácter permanente, hacen difícil afirmar que en un contexto imprudente el resultado de encierro o detención pueda considerarse de aquellos que trata de evitar la correspondiente norma de cuidado...»

¹¹³ Art. 14 CP: «1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personas del autor, fuera vencible, la infracción, será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que califique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.»

autor desconozca que cometió una privación de libertad y, seguidamente, «*por falsa apreciación de la realidad exija el cumplimiento de una condición a cambio de la puesta en libertad del detenido.*»¹¹⁴

Teniendo en cuenta la configuración del delito de secuestro, llegamos a la conclusión de que es muy improbable que se pueda dar el error de tipo, pues es casi imposible que una persona realice dos conductas totalmente distintas y diferenciadas, habiendo actuado con la máxima diligencia y sin conocimiento de la ilicitud de las mismas.

3. Causas de atipicidad y causas de justificación

Una vez analizados los aspectos objetivos y subjetivos del tipo legal del artículo 164, es momento de plantearnos si toda acción de encerrar o detener a otro privándole de su libertad es una conducta típica o, si, por el contrario, existen situaciones en que dicha antijuridicidad está suficientemente justificada, cumpliéndose, por tanto, el principio de regla-excepción.¹¹⁵

Lo cierto es que, tanto el delito de detenciones ilegales, como el delito de secuestro, nos ofrecen numerosas situaciones en que la conducta típica puede estar justificada, excluyendo la antijuridicidad de la misma.

Por ello en este apartado se hará una referencia al consentimiento, a la legítima defensa y al estado de necesidad, al cumplimiento de un deber, así como estudiaremos los supuestos en que los particulares están autorizados para practicar una detención en base a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, todos ellos entendidos como causas de justificación en el delito de secuestro.

En primer lugar, hacemos mención al **consentimiento del sujeto pasivo**. La mayor parte de la doctrina defiende la operatividad del consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad. Así LANDROVE DÍAZ sostiene que «*la privación de libertad exige que se realice contra la voluntad del afectado, de forma tal que si la víctima está*

¹¹⁴ Vid., MARTIÑÓN CANO, G., *op.cit.* pág.148

¹¹⁵ Vid., MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El delito de detención*, Edit. Trotta, Madrid, 1992, pág.194. El citado autor expone, como explicación de la regla-excepción, lo siguiente: «*la realización del tipo es un indicio de que la conducta realizada es antijurídica (regla general), pero tal indicio es destruible mediante la presencia de una causa de justificación (excepción).*»

*de acuerdo con el encierro o detención no aparecerá el delito por ausencia de uno de los elementos del tipo».*¹¹⁶

Para operar como causa de atipicidad, el consentimiento debe provenir de quien sea el titular del bien jurídico afectado, es decir, de la persona a la que se vaya a privar de libertad, y siempre y cuando el mismo tenga plena la capacidad de obrar.

Otro requisito a tener en cuenta es que el consentimiento debe de existir con anterioridad o simultáneamente al encierro o la detención, de modo que, si el mismo es otorgado con posterioridad, el mismo resulta irrelevante, pues el delito ya estaría consumado y se habría generado ya responsabilidad penal.¹¹⁷

En todo caso, el consentimiento tendrá eficacia desde el momento en que el mismo se presente y durante todo el tiempo que se conceda; de modo que, si el mismo se revoca, existirá detención ilegal a partir de ese preciso instante, pues en ese momento ya puede hablarse de una voluntad contraria del sujeto pasivo.

En segundo lugar, la conducta puede estar justificada por concurrir **legítima defensa** en una necesidad razonable de defender los bienes jurídicos frente a una agresión ilegítima.¹¹⁸ Para apreciar dicha causa de justificación se han de dar los requisitos previstos en el artículo 20.4 CP.

Así el artículo 20.4 dispone que *«Están exentos de responsabilidad criminal: [...]4. El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:*

***Primero.** Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.*

***Segundo.** Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.*

***Tercero.** Falta de provocación suficiente por parte del defensor.»*

¹¹⁶ Vid., LANDROVE DÍAZ, G., *op.cit.* pág.84

¹¹⁷ Vid., SERRANO GOMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A., *op.cit.* pág.149

¹¹⁸ Vid., MIRAT HERNÁNDEZ, M. P., *Detenciones ilegales (Artículo 163 del Código Penal)*, Edit. Edersa, Madrid. pág.236

Como acabamos de mencionar podrá privarse de libertad a una persona actuando en legítima defensa, siempre que concurren los requisitos de la eximente. Esto es, en primer lugar, debe existir una agresión ilegítima contra un bien jurídico individual. Así la conducta del que encierra a otro porque le ataca con un arma, o el supuesto en que el secuestrado encierra al secuestrador para recuperar su libertad, podrán ampararse, en ambos casos, en esta causa de justificación.

El segundo requisito que establece el CP es la necesidad de defensa, o lo que es lo mismo, la necesidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión. En este caso se requiere que el ataque sea inminente o actual, y en el caso de que la agresión haya dado comienzo, es preciso que no haya concluido, pues la conducta se consideraría una reacción de venganza. Como ya se comentará, el secuestro es un delito de efectos permanentes pues la agresión dura mientras no cesa el ataque al bien jurídico, ello supone que, la defensa se ha de producir desde que la privación de libertad es inminente hasta que concluye la detención.¹¹⁹

Por último, el tercer requisito de la legítima defensa es la falta de provocación suficiente por parte del defensor. En este sentido hay que entender la provocación, como la que se produce con la intención de desencadenar la agresión del provocado para posteriormente poderle lesionar a través de la defensa.

Previsto en el artículo 20 apartado quinto¹²⁰, **el estado de necesidad**, como causa de justificación, ocupa aquellos supuestos en que para evitar un mal propio o ajeno se lesiona un bien jurídico de otra persona, siempre y cuando se den los requisitos que a tal efecto prevé el legislador: que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto, y que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

En esta causa de justificación se destacan diferentes supuestos que merecen mención por las particularidades que presentan; por un lado, el caso en que se priva de libertad exigiendo como condición para la liberación algo que afecte a un bien jurídico

¹¹⁹ *Ibidem*, pág.238

¹²⁰ Art. 20.5 CP: «Están exentos de responsabilidad criminal: [...]5. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.»

similar o de inferior categoría que la libertad ambulatoria. En este caso se exige que la razón que motiva tanto la privación como la condición exigida sea para un fin razonablemente conveniente. MARTIÑÓN CANO emplea como ejemplo el caso de quien no tiene recursos para pagarse un medicamento que imperiosamente necesita y que priva de libertad a una persona con el solo fin de que se le dé como pago la necesaria medicina.¹²¹

Otro supuesto a destacar es el supuesto del internamiento de enfermos mentales, así en el caso de que no medie el consentimiento, hay que recurrir al estado de necesidad, siempre y cuando «*el mal que se causa no sea evitable por otro procedimiento menos perjudicial*»¹²². Se trata de supuestos que se encuentran expresamente previstos en el Código Civil (arts. 210, 211 y 271.1) y que requieren la intervención, o al menos, la comunicación a la autoridad judicial, la cual decidirá la conveniencia o la innecesidad de la medida¹²³, de modo que cualquier extralimitación de cualquier garantía prevista en el código civil determinará la aplicación del tipo.

Por último, cabe hacer referencia al **ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo**, previsto en el artículo 20.7.¹²⁴ Merece hacer mención, en este punto al controvertido y polémico derecho de corrección de los padres, regulado en los artículos 154 y 268 CC, ambos referidos a la patria potestad y a la tutela respectivamente.

Aquí se cuestiona si en el momento en que un progenitor castiga a su hijo «sin salir de su cuarto», estamos ante un supuesto de privación de libertad justificada o no. Pues bien, CÓRDOBA RODA considera que cualquier restricción de libertad únicamente podrá encontrar su justificación, cuando la misma «*se ejercite con el objeto de atender a valores superiores, como la educación y la protección del menor y, en cualquier caso, cuando se aplique de manera razonable y moderada*»¹²⁵, es por ello que, solo en esos casos, la privación de libertad ejercitada por el padre, basada en dichos parámetros y siempre que sea en beneficio de los hijos se ejercitará legítimamente.

¹²¹ Vid., MARTIÑÓN CANO, G., *op.cit.* pág. 164

¹²² Vid., MIRAT HERNÁNDEZ, M. P., *op.cit.* pág. 241

¹²³ Vid., entre otros, CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S., *et alii*, *op.cit.* pág.138; CÓRDOBA RODA, J., *op.cit.* pág. 176

¹²⁴ Art.20.7 CP: «Están exentos de responsabilidad criminal: [...] 7. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.»

¹²⁵ Vid., CÓRDOBA RODA, J., *op.cit.* pág.178

Para concluir con este apartado hemos de referirnos al **derecho legal de detención**. El artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹²⁶, faculta a todo particular a realizar la detención de otro, siempre que se den, entre otros, algunos de los siguientes supuestos: que estemos ante un caso de flagrante delito, cuando el detenido sea un prófugo, es decir, se haya fugado del establecimiento penal en que se halle cumpliendo condena, y, por último, en el caso de que el detenido fuera procesado o condenado en rebeldía.¹²⁷

Así las cosas, cualquier particular tiene facultades para detener a otra persona, siempre que se encuentre en las citadas circunstancias, sin embargo, para que opere tal justificación es necesario que el particular que lleve a cabo la detención ponga en inmediata disposición de la autoridad a la persona detenida.

4. Autoría y participación

En primer lugar, se ha de tener en cuenta que el delito que estamos analizando no presenta ninguna particularidad respecto a las formas de autoría y participación, pues en el mismo, cabe cualquiera de las modalidades de autoría previstas en el artículo 28.1 CP, incluido la autoría mediata.

La unanimidad de la doctrina¹²⁸ considera autor a aquel que ejecute la acción descrita en el tipo, es decir, quien encierra o detiene.¹²⁹ Sin embargo, fuera de que pueda

¹²⁶ El artículo 490 del Real Decreto de 14 de Septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé lo siguiente: «Cualquier persona puede detener:1.º Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo.2.º Al delincuente, «in fraganti»3.º Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena.4.º Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme.5.º Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior.6.º Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.7.º Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía»

¹²⁷ Vid., entre otros, DEL ROSAL BLASCO, B., en MORILLAS CUEVAS, L (coord.) *et alii*, *op.cit.* pág. 151; CÓRDOBA RODA, J., *op.cit.* pág.177; MUÑOZ CONDE, F., *op.cit.* Pág.150; MARTIÑÓN CANO, G., *op.cit.* pág. 169

¹²⁸ Vid., entre otros, en LAMARCA PÉREZ, C., *op.cit.* págs. 111 y 112; MARTIÑÓN CANO, G., *op.cit.* pág. 186.

¹²⁹ Hemos considerado interesante añadir una referencia que hace la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, (Sección 1ª) núm. 1/2003 de 10 de Abril, (JUR 2003/67498) en su fundamento jurídico décimo cuarto, por cuanto establece que: «Los criterios dogmáticos más utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para delimitar el concepto de autor y distinguirlo de la simple complicidad, se pueden resumir en tres teorías: la objetivo-formal, la objetivo-material y la teoría del dominio del hecho, habiendo sido manejadas por nuestra jurisprudencia con mayor o menor adhesión. (...) Para la teoría "objetivo-formal", es autor el que realiza un acto ejecutivo típico, esto es, expresamente señalado en el tipo; con esta teoría se trata de restringir el concepto amplio de autor de la "teoría de la equivalencia de

parecer una obviedad, el problema está en que, al configurarse el delito de secuestro como un delito con efectos permanentes, es posible que un particular participe, o siga ejecutando comportamientos típicos con posterioridad a la consumación inicial.

Ello supone que aquellas conductas que se desarrollen mientras persiste esa privación de libertad, han de ser calificadas como coautoría,¹³⁰ bastando para ello únicamente su incorporación ulterior, y el dolo respecto a la realización de los actos típicos.

Piénsese por ejemplo aquel que custodia o vigila al secuestrado, impidiendo que abandone el lugar, aunque el mismo desarrolle la conducta con posterioridad, lo cierto es que al impedir que abandone el lugar está desarrollando actos típicos que reúnen las mismas características típicas de encerrar o detener, por lo que como bien considera CÓRDOBA RODA¹³¹, estos actos de mantenimiento del encierro o de la detención, han de ser considerados como de coautoría del delito.

Como hemos apuntado al comienzo del epígrafe, que en este delito tiene cabida la autoría mediata. El autor mediato es aquel que realiza el hecho no de propia mano, sino sirviéndose de otra persona que es utilizada por la voluntad rectora del primero. Aunque no suele ser un supuesto muy frecuente, a modo de ejemplo podemos citar, el caso del que, falsificando un certificado médico consigue que encierren en un establecimiento de enfermos mentales a una persona, o el caso del denunciante falso que consigue que el acusado sea detenido.¹³²

Por último, cabe referirnos a la figura del mediador o intermediario, quien, actuando a petición de alguna de las partes y posicionándose entre secuestradores y

las condiciones". En segundo lugar, según la teoría "objetivo-material", lo importante reside en indagar la importancia objetiva de la contribución, sobre la base de diferenciar entre condición y causa. Es decir, se trata de indagar la mayor peligrosidad objetiva de la contribución para el bien jurídico protegido. En tercer lugar, para la teoría del "dominio del hecho", es autor quien realmente tiene el poder sobre la realización del hecho descrito en el correspondiente tipo penal, haciendo de este dominio, el signo distintivo de la cooperación necesaria.»

¹³⁰ Vid., entre otros, DEL ROSAL BLASCO, B., en MORILLAS CUEVAS, L (coord.) *et alii*, *op.cit.* pág. 152; PRATS CANUT, J. M., en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) *et alii*, *op.cit.*, pág. 198. En ese mismo sentido se pronuncia la STS (Sala de lo Penal), núm. 663/2014 de 15 de octubre (RJ 2014/5808) en el fundamento jurídico único contra el recurso interpuesto por Justo Rogelio.

¹³¹ Vid., CÓRDOBA RODA, J., *op.cit.* pág. 179

¹³² Vid., LANDROVE DÍAZ, G., *op.cit.* págs. 51-53

extorsionados, interviene en la fase de negociación de la condición para favorecer una resolución jurídicamente correcta del secuestro.¹³³

La polémica en esta cuestión radica en plantearse si la intermediación debe dirimirse como un tipo de autoría, o si por el contrario ha de plantearse la misma como una causa de justificación, como ha interpretado parte de la doctrina.

La doctrina, en este punto, se ha interesado en cuál es el interés que mueve al mediador para actuar en la negociación entre las partes. Así, en un principio habría de considerarse que, si la designación del mediador ha sido llevada a cabo por la víctima o por sus familiares, la actuación del mismo está amparada por el estado de necesidad, pues está actuando a favor del detenido, y por lo tanto su conducta no está orientada para favorecer el hecho delictivo.

Distinto será cuando han sido los autores del delito los que han designado al mediador. Es entonces donde se entiende que el mediador actúa a favor de los secuestradores, y en este caso la intermediación habría de tratarse en el plano de la autoría o en el de la participación.¹³⁴

5. Grados de ejecución del delito

En este apartado se hace necesario el examen íntegro del *iter criminis*, es decir, de las distintas fases de ejecución del delito, desde que surge en la persona la idea criminal, hasta que se concluye el propósito del mismo. El motivo se debe a que en el delito de secuestro son jurídicamente trascendentales, desde los actos que exteriorizan esa voluntad de llevar a cabo el secuestro, hasta los que implican la puesta en libertad del rehén.

Es de destacar que el *iter criminis* consta de dos partes: fase interna y fase externa, entre las que se establece una fase intermedia, sirviendo la misma como unión entre ambas.

Respecto de la fase interna, en la misma se comprenden los actos de planificación del delito. Sin embargo, como apunta MARTIÑÓN CANO, tales actos no

¹³³ Vid., MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Casos de los intermediarios en secuestros”, en *Casos que hicieron doctrina en el Derecho Penal*, 2ª Edición, Edit. LA LEY, Madrid, 2011, pág. 15

¹³⁴ Vid., entre otros, en MARTIÑÓN CANO, G., *op.cit.* págs.204-205; CÓRDOBA RODA, J., *op.cit.* pág. 178; LAMARCA PÉREZ, C., *op.cit.* págs.116-117; LANDROVE DIÁZ, G., *op.cit.* pág.146

se exteriorizan, lo que supone la impunidad de los mismos en base al principio *cogitationis nemo patitur*.¹³⁵

Por otro lado, en la fase intermedia nos encontramos con los actos preparatorios, todos ellos punibles en base al artículo 168 CP:

«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.»

Nos encontramos aquí, con uno de los aciertos que introdujo el Código Penal de 1995 al atribuir relevancia jurídico-penal a los actos preparatorios, pues como estipula PRATS CANUT *«la punición viene fundada en la especial entidad del bien jurídico protegido, y por la propia realidad criminológica, en donde en la mayoría de los casos, tanto la detención ilegal como el secuestro, precisarán de actos de preparación previa»*.¹³⁶

A continuación, vamos a exponer brevemente en qué consiste cada acto preparatorio.

- a) **Conspiración:** Expresamente prevista en el artículo 17 CP¹³⁷ se actualiza cuando al menos dos personas conciertan la ejecución y la resolución de un delito, de modo que la misma podía considerarse como coautoría anticipada.¹³⁸

Para su actualización, se precisa ya no solo la existencia de un compromiso común de la privación de libertad y de la exigencia de condición, sino también, debe existir conciencia y voluntad tanto para privar de libertad al sujeto como para conseguir el objetivo pretendido con la condición.¹³⁹

¹³⁵El principio *cogitationis nemo patitur* significa: *«El pensamiento puro y simple no puede ser castigado.»* Vid., MARTÍNÓN CANO, G., *op.cit.* pág.172

¹³⁶ Vid., PRATS CANUT, J. M., en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) *et alii*, *op.cit.*, pág. 235

¹³⁷ Art 17.1 CP: *«La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.»*

¹³⁸ Vid., MARTÍNÓN CANO, G., *op.cit.* pág.173

¹³⁹ En ese sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Girona: *«La apreciación de la conspiración requiere la concurrencia de cinco requisitos:*

- a) *El concurso de dos o más personas, que reúnan las condiciones necesarias para poder ser autores del delito proyectado;*
- b) *El concierto de voluntades entre ellas o «pactum scaeleris»;*
- c) *La resolución ejecutiva de todas y cada una de ellas, o decisión sobre la efectividad de lo*

Acertadamente apunta MARTIÑÓN CANO, solo cometen conspiración, no quienes, sino solamente aquellos que hayan intervenido activamente en la planificación del secuestro, sin incluir en la misma a quienes simplemente participaron «*en una porción de la idea criminal*». ¹⁴⁰

- b) **Proposición**: definida, en el apartado segundo del artículo 17 CP¹⁴¹, se constituye cuando quien ha resuelto cometer el secuestro invita a otro a que lo ejecute.

Sus características principales son:

- Existencia de un sujeto activo dispuesto a realizar el secuestro, sin ejecutarlo personalmente.
- Existencia de pretensión del activo de convencer a otro para que realice el secuestro.
- Aún no conseguido el propósito de convencer a otro, la inducción frustrada también es actualizada.

- c) **Provocación**: La misma se exterioriza cuando por cualquier medio de radiodifusión o de medio semejante, se incita directamente a otras personas a cometer un delito, tal y como establece el artículo 18 del Código Penal.

Es obvio, que, si a esa apología para ensalzar el crimen le sigue la perpetración del delito, se castigara como inducción al secuestro.

En lo que atañe al delito de secuestro cabe destacar, que la provocación puede actualizarse cuando el secuestro está ya consumado. Así mismo, al

proyectado, «resolutio finis»;

d) Que dicha resolución tenga por objeto la ejecución de un concreto delito, que sea de aquellos que el legislador ha considerado especialmente merecedores del adelantamiento de las barreras de protección penal, sancionando expresamente los actos de conspiración (artículos 141, 151, 168, 269, 304, 373, 477, 488, 519, 548, 553, 578, 585 y 615 del Código Penal de 1995); y

e) Que exista un lapso de tiempo relevante entre el acuerdo y la realización, entre el proyecto y la acción directa, que permita apreciar una mínima firmeza de la resolución, ya que no puede calificarse como conspiración el mutuo acuerdo surgido espontáneamente y de repente, cuando se aprecia la posibilidad inmediata de realización de un hecho delictivo, sin reflexión alguna» SAP de Girona (Sección 1ª), núm. 1/2003 de 10 de abril (JUR 2003/67498), FJ.15

¹⁴⁰ Vid., MARTIÑÓN CANO, G., *op.cit.* pág.173

¹⁴¹ Art 17.2: «La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él.»

igual que ocurre con la proposición, en la provocación no se hace necesaria su eficacia para que se cometa el secuestro.¹⁴²

Por último, es en la fase externa donde nos encontramos con la tentativa y la consumación.

Haciendo referencia, en primer lugar, a la **consumación** del delito de secuestro, la doctrina es unánime al considerar que el delito de secuestro se consuma, cuando el sujeto pasivo «*pierde su capacidad de moverse libremente como consecuencia del encierro o de la detención*»¹⁴³, es decir, cuando se ha producido el resultado de privación de libertad, y existe la certeza de que se condicionará la liberación del detenido.¹⁴⁴

Debiendo añadirse que la perfección del mismo se alcanza en el instante mismo de la detención, siendo por tanto un delito de consumación instantánea.¹⁴⁵ Es por ello que el mayor o menor lapso de tiempo en que la víctima esté privada de libertad, no obsta a esa plenitud de perfeccionamiento del delito. Cosa distinta es que el tiempo de detención se valore a efectos punitivos, circunstancia a la que nos referiremos en el siguiente capítulo.¹⁴⁶

Así mismo, además de ser un delito de consumación instantánea, hemos referido anteriormente, que el delito de secuestro es un delito de efectos permanente, de modo

¹⁴² *Ibídem.* Pág.174. MARTIÑÓN CANO expone a modo de ejemplo de un supuesto de provocación en el delito de secuestro; cuando un grupo de protesta mantiene encerrado a funcionarios públicos, exigiendo para su liberación, la exoneración del pago de impuestos. Convocando a la sociedad para que se una a su causa.

¹⁴³ *Vid.*, SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A., *op.cit.* pág. 150

¹⁴⁴ *Vid.*, entre otros, DEL ROSAL BLASCO, B., en MORILLAS CUEVAS, L (coord.) *et alii, op.cit.* pág. 160; MARTIÑÓN CANO, G., *op.cit.* pág. 180

¹⁴⁵ La mayoría de la doctrina considera al delito de secuestro como un delito de consumación instantánea por producirse la misma, como se acaba de decir, en el momento en que la persona pierde su libertad de movimientos producto de la detención y el encierro. Sin embargo, autores de la talla de SANZ DELGADO consideran que «*la consumación no se alcanza de manera instantánea, automática, al primer despliegue de actos externos de sujeción sobre el sujeto pasivo. La consumación llegaría con la consolidación de la situación antijurídica, cuya forma externa se configura con la disponibilidad efectiva de la persona de la víctima para los fines pretendidos con la acción, es decir encerrar o detener. Así, se perfecciona la situación antijurídica y llega la consumación, a modo de ejemplo, cuando el vehículo donde ha introducido a la víctima termina por cerrarse, o cuando arranca el mismo.*» *Vid.*, SANZ DELGADO, E., "Detención ilegal, ¿delito de consumación instantánea?", *La Ley Penal*, núm. 29, 2006, pág. 5

¹⁴⁶ *Vid.*, LANDROVE DÍAZ, G., *op.cit.* pág. 72

que «*el estado antijurídico no cesa hasta que se produce la liberación o la noticia del paradero de la víctima.*»¹⁴⁷

Respecto de la figura de la **tentativa**, cuyo concepto legal está contenido en el artículo 16.1 CP¹⁴⁸, abarca tanto la tentativa acabada, aquella en la que el sujeto activo realiza todos los actos de ejecución que pueden provocar el resultado perseguido, y la tentativa inacabada, consistente en que el sujeto activo solo realiza parte de los actos de ejecución.

La jurisprudencia en este punto, entiende que en el delito de secuestro cabe la posibilidad de que se den ambos tipos de tentativa.¹⁴⁹

De un lado, la tentativa acabada es posible cuando existen actos privativos de libertad y actos tendentes a la exigencia de condición o extorsión.

Y, por otro lado, siendo un supuesto más frecuente, la tentativa inacabada se da cuando existe la certeza de que el sujeto activo va a privar la libertad de una persona, condicionando su liberación al cumplimiento de una condición, pero, sin embargo, el resultado de la privación se frustra por causas ajenas al autor.

De todo lo dicho, no parece que existan dificultades de apreciación de la tentativa en este tipo delictivo. Sin embargo, SANZ DELGADO añade que la detención ilegal, y en consecuencia el secuestro, «*al tratarse de un delito de carácter permanente tales grados de ejecución solo habrían de predicarse de las fases previas a la consumación y no de la etapa de permanencia posterior.*»¹⁵⁰

Ello quiere decir que si el delito en cuestión se consuma en el momento en que el sujeto pierde su libertad de movimientos, como se acaba de mencionar, la tentativa solo podrá predicarse en las fases previas a la privación de libertad y no después.

En este punto merece hacer mención un supuesto que generó gran conmoción en la historia reciente de España, el ya mencionado «Caso Anabel Segura». En este caso se privó de libertad a la víctima, y aunque la misma fue asesinada, los secuestradores

¹⁴⁷ Vid., LAMARCA PÉREZ, C., *op.cit.* pág. 111

¹⁴⁸ Art. 16.1 CP: «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.»

¹⁴⁹ En este sentido se han pronunciado las siguientes sentencias: STS (Sala de lo Penal), núm.79/2009 de 10 de febrero (RJ 2009/1541) FJ.5; SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª), núm. 166/2012 de 19 de abril (ARP 2012/572), FJ.3

¹⁵⁰ Vid., SANZ DELGADO, E., *op.cit.* pág.4

exigieron a la familia un rescate a cambio de la supuesta liberación de la víctima. Sin embargo, los secuestradores ante la imposibilidad de ofrecer una prueba de que Anabel seguía con vida, y conseguir sus propósitos, fueron detenidos.

Hay quien entiende en este caso, que, al no ponerse en libertad a la víctima, estamos ante un caso de tentativa acabada.

Sin embargo, teniendo en cuenta lo que se acaba de apuntar, el delito de secuestro se encuentra ya consumado en el momento en que Anabel fue privada de su libertad de movimientos. Es por ello que con independencia de que los secuestradores exigieran después un rescate para una liberación inexistente, el hecho de que se le privara de su libertad supone la ya efectiva consumación del delito, sin cabida de tentativa de ningún tipo.

6. Penalidad y concursos

El tipo básico del delito de secuestro del artículo 164 CP prevé una pena de seis a diez años de prisión al que encerrare o detuviere exigiendo una condición para la puesta en libertad de la persona. Así mismo, dicha pena podrá verse atenuada o agravada en atención al mayor o menor lapso de tiempo que dure la privación de libertad, circunstancias previstas en los artículos 163.2 y 163.3.

Siguiendo con la penalidad del tipo, hemos de mencionar a modo de comentario que los artículos 165 y siguientes del mismo cuerpo legal prevén modalidades agravadas de las penas aplicables tanto a los delitos de detención ilegal y al delito de secuestro. En el siguiente capítulo entraremos en profundidad al estudio de dichos tipos cualificados.

En materia de concurso, lo cierto es que tanto la doctrina como la jurisprudencia no descartan la posibilidad de que las detenciones ilegales y los secuestros se encuentren relacionadas con otra figura delictiva, como el robo con intimidación o delitos contra la libertad sexual, a los cuales sirven como medios comisivos o bien su ejecución viene exigida por la conducta comisiva del delito perseguido por el autor.

Así, la jurisprudencia ha declarado en numerosas ocasiones que la relación, tanto de las detenciones ilegales, como los secuestros con otras figuras delictivas, puede

operar de tres formas distintas, mediante concurso medial, ideal o por medio de concurso real.

Respecto del concurso medial y del concurso ideal, ambos se encuentran tipificados en el artículo 77.1 CP.¹⁵¹ En ambos casos, existe una unidad de acción que acarrea una pluralidad de delitos cuyo régimen punitivo, expresamente previstos en el artículo antes mencionado, es el de castigar por la infracción más grave en su mitad superior, salvo que en virtud del *principio in dubio pro reo*, resulte más beneficioso castigar ambos delitos por separado.

En primer lugar, el Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico vigésimo tercero de su sentencia de 17 de noviembre de 2010, apunta que *«la privación de libertad puede operar como medio necesario para la ejecución de esos otros hechos, en cuyo caso se apreciará un concurso medial.»*¹⁵², estableciendo por tanto un concurso medial de delitos.

Para ello, añade el alto Tribunal en su sentencia de 30 de Junio de 2012, que es necesario *«que la significación ilícita de la detención tenga tal relevancia que no quepa afirmar su absorción en el robo como elemento integrante de la violencia o intimidación propia de este último.»*¹⁵³ Es decir, para que concurra concurso medial es necesario que la privación de libertad se prolongue de forma relevante excediendo del tiempo requerido, de modo que no se lleven a cabo actos ponderativos, o estos ya se han desarrollado incluyendo, así mismo, períodos de tiempo de privación de libertad totalmente injustificados, por ser prescindibles para llevar a cabo el robo.

¹⁵¹ La L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo), transcribe el artículo 77.1 CP de la manera que sigue: «1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro.2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.»

¹⁵² STS (Sala de lo Penal), núm. 1121/2010 de 17 de noviembre de 2010 (RJ 2010/9017) FJ.23

¹⁵³ STS (Sala de lo Penal), núm. 666/2011 de 30 de junio (RJ 2011/5236) FJ.1 Apartado 2º b).

En cuanto al concurso ideal, el mismo trata de los casos en los que con una sola acción se infringe el mismo o varios preceptos legales, dando lugar a la comisión de varios delitos.

Piénsese el supuesto de cuando al privar de libertad se realizan, a su vez, otros delitos pudiendo concurrir el secuestro con delitos de lesiones u homicidio. MARTIÑÓN CANO expone a modo de ejemplo, el caso del sujeto privado de libertad, que ante su resistencia es golpeado en la cabeza con una pistola, causándole la muerte.¹⁵⁴

Afirma el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico tercero de su Sentencia de 6 de octubre de 2015 que para que concurra el concurso el ideal *«no basta una relación de medio a fin, sino que es preciso que se relacionen de forma necesaria, de manera que sea precisa la privación de libertad para el desapoderamiento»*.¹⁵⁵

En cuanto al concurso real, previsto en el artículo 73 y siguientes, se presenta cuando se realizan varias acciones que dan lugar a varios delitos.

Como bien manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo 17 de noviembre de 2010, la detención ilegal y el secuestro, en relación con otros delitos, *«pueden aparecer de forma independiente a aquellos con identidad oprobia, sin alcanzar la categoría de medio necesario, aunque coexistan ambas conductas temporalmente, caso en los que se apreciará un concurso real.»*¹⁵⁶

Es decir, estaremos ante un supuesto de concurso real cuando el encierro o la detención no sean medios necesarios para la comisión de otros delitos, y por tanto cada delito mantiene su autonomía y sustantividad. Se trata de aquellos casos en los que por ejemplo la inmovilización de la víctima se produce después de cometido un robo para facilitar la huida de los delincuentes, o bien se ha procedido previamente a tal privación de movimientos con la misma finalidad.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Vid., MARTIÑÓN CANO, G., *op.cit.* pág. 210

¹⁵⁵ STS (Sala de lo Penal), núm. 603/2015 de 6 de octubre (RJ 2015/5772) FJ.3

¹⁵⁶ STS (Sala de lo Penal), núm. 1121/2010 de 17 de noviembre de 2010 (RJ 2010/9017).FJ.23

¹⁵⁷ La STS (Sala de lo Penal), núm. 603/2015 de 6 de octubre (RJ 2015/5772), en su fundamento jurídico primero, detalla los supuestos en los que se da la privación de libertad en concurso real con el delito de robo. *«El concurso de delitos será real (art. 73 C.P .) cuando la detención se produzca una vez concluida la dinámica comisiva del delito de robo, esto es, una vez terminada la conducta típica del robo (STS 1334/2002, de 12-7 (RJ 2002, 6732)), aunque la detención se realice a continuación y seguidamente de concluirse el robo (SSTS 21-11-90 (RJ 1990, 9067) y 3-5-93); o si concluido el robo los autores realizan una acción para evitar libertad a la víctima (SSTS 1890/2002 , de 13-11 (RJ 2002,*

Igualmente puede darse el caso de que la privación de libertad coincida exactamente con el tiempo requerido para cometer el delito principal, es decir, puede suceder que dicha privación de libertad «*sea inherente a la ejecución de la otra infracción penal, de modo que cuando no supere los límites de esta, deba quedar absorbida por ella.*»¹⁵⁸

En consecuencia, al producirse tal absorción, la privación de libertad quedará integrada en el desvalor del acto depredatorio, y, por lo tanto, «*solo se sancionará el delito principal, ya sea robo o en su caso agresión sexual y dentro de él quedará incluida la detención.*»¹⁵⁹

Por último, cabe hacer referencia al concurso de leyes. El mismo se da cuando con la conducta del sujeto parece infringir varias normas penales que dan lugar a la comisión de varios delitos.

Un supuesto con cierta particularidad se nos presenta cuando la detención o el secuestro se realicen por bandas criminales o grupos terroristas que actúen con la finalidad de subvenir el orden constitucional o de alterar gravemente el orden público. Ante este posible concurso de leyes que surgiría entre el secuestro y los delitos de terrorismo, lo cierto es que en base al principio de especialidad¹⁶⁰, será de aplicación preferente lo previsto en los artículos 572 y 577, respecto del delito de secuestro.¹⁶¹

9835) ; 622/2006, de 9-6 y 292/2007, de 16-2 (RJ 2007, 2846)); o cuando la privación de libertad aparezca como un agregado sobreabundante, como un elemento adicional a la violencia ejercida por los autores, suficiente en sí misma para cometer el robo, como ocurrió en el robo cometido con armas, en el que además se ató y amordazó a las víctimas (STS 273/2003 , de 28-2 (RJ 2003, 2724)); o cuando la detención excede de la necesaria para el robo (SSTS 1329/2002 , de 15-7 (RJ 2002, 8066) ; 1705/2002, de 15-10 (RJ 2002, 8896) ; 1539/2005, de 22-12 ; 882/2009, de 21-12 ; 1323/2009, de 30-12 (RJ 2010, 2982) y 383/2010, de 5-5 (RJ 2010, 5798)); o cuando después del robo los autores se marchan de la vivienda pero dejan encerradas a las víctimas.»

¹⁵⁸ En este sentido se han pronunciado las Sentencias del Tribunal Supremo; STS (Sala de lo Penal), núm. 1121/2010 de 17 de noviembre de 2010 (RJ 2010/9017) FJ.23; STS (Sala de lo Penal), núm.372/2003 de 14 de marzo de 2003 (RJ 2003/2907) FJ.3, Apartado 3º

¹⁵⁹ Vid., entre otros, DEL ROSAL BLASCO, B., en MORILLAS CUEVAS, L., (coord.) *et alii*, *op.cit.* págs. 153-154

¹⁶⁰ El principio de especialidad se encuentra previsto en el artículo 8.1 del vigente Código Penal del modo que sigue: «Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas: 1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.»

¹⁶¹ Vid., entre otros, LAMARCA PÉREZ, C., *op.cit.* pág. 113; MARTIÑÓN CANO, G., *op.cit.* pág.210

CAPÍTULO V: TIPOS PRIVILEGIADOS Y
CUALIFICADOS DEL DELITO DE SECUESTRO

CAPITULO V: TIPOS PRIVILEGIADOS Y CUALIFICADOS DEL DELITO DE SECUESTRO

Como ya hemos adelantado en el anterior capítulo, la pena expresamente prevista en el tipo básico del artículo 164 puede verse atenuada o agravada en atención a las circunstancias que se den en cada supuesto.

1-. Tipos privilegiados o atenuados

En primer lugar, se ha de destacar que el artículo 163.2 prevé una atenuación de la pena, cuando «*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*», aplicándose a la pena tipo su inferior en grado.

Siendo dicho tipo privilegiado común tanto para el delito de detenciones ilegales como para el tipo básico del delito de secuestro, estamos aquí ante un supuesto en el que se concede especial relevancia al desistimiento o al arrepentimiento espontáneo del sujeto activo.

SUARÉZ-MIRA RODRÍGUEZ¹⁶² concibe que esta figura obedece a razones político-criminales, tratando de favorecer la pronta puesta en libertad del encerrado o detenido premiando la voluntad del secuestrador que opta por liberar al sujeto pasivo.

Sin embargo, para considerar esta atenuación, es precisa la concurrencia de dos requisitos; de un lado un elemento objetivo relativo a la puesta en libertad del detenido dentro de los tres primeros días de la detención o del encierro, iniciándose el cómputo desde el momento en que se realiza la conducta típica, hasta que finalmente se produce la puesta en libertad. Y, por otro lado, es necesaria la concurrencia de un elemento subjetivo, esto es, debe existir la voluntad libre y espontánea del sujeto activo de liberar al secuestrado sin que el mismo haya conseguido el propósito que perseguía con la detención o el encierro y sin que se halle iniciado el procedimiento.¹⁶³

Desde luego, la puesta en libertad ha de provenir de una decisión libre, voluntaria y espontánea del autor de la detención.

¹⁶² *Id.*, entre otros en SUARÉZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *op.cit.* Pág. 131; QUERALT JIMENEZ J.J., *op.cit.* Pág. 212.

¹⁶³ *Id.*, entre otros; MARTIÑÓN CANO, G., *op.cit.* Pág. 220; GARCÍA VALDÉS, C., *op.cit.* Pág.62; CÓRDOBA RODA, J., *op.cit.* Pág. 182; CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S., *et alii*, *op.cit.* Pág.141

De ese modo como bien sanciona la jurisprudencia:

*«Cuando la situación de privación de libertad es interrumpida como consecuencia de actuaciones de terceros ajenas a la propia decisión del autor, bien sea por la actuación de efectivos policiales, bien por el propio detenido o bien por otros particulares, no resulta aplicable el subtipo privilegiado del artículo 163.2, pues para ello es precisa la voluntad del autor del delito en ese sentido, y no puede presumirse tal voluntad en todo caso.»*¹⁶⁴

Por lo tanto, en los casos en los que el secuestrado se haya escapado, o cuando el sujeto activo es convencido para la pronta liberación del rehén, la atenuación no se aplicará.

En otro orden de cosas, tenemos el tipo privilegiado previsto en el artículo 163.4 del CP: *«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»*

Así, cualquier particular que, no siendo funcionario público, procede a la práctica de la detención para presentar a la persona ante la autoridad, verá la pena tipo atenuada. Como destaca QUERALT JIMENEZ, *«aquí la detención se ha de basar en un hecho no previsto por la ley como habilitador del derecho de detención del que los particulares están investidos»*, añadiendo como ejemplo cuando un joven está fumando marihuana.¹⁶⁵

Se ha de mencionar que para que quepa la atenuación el precepto mencionado requiere ya no solo la entrega inmediata ante las autoridades, atendidas siempre las circunstancias que concurren, sino también el *«ánimo de presentar ante la autoridad al aprehendido»*.¹⁶⁶

¹⁶⁴ En este sentido se han pronunciado las siguientes sentencias; SAP de Alicante (Sección 3ª) núm. 646/2011 de 9 de diciembre (ARP 2012/1137). FJ.2; SAP de Madrid (Sección 26ª) núm. 335/2014 de 8 de mayo (ARP 2014/1092) FJ.4

¹⁶⁵ Vid., en QUERALT JIMENEZ, J.J., *op.cit.*, Pág. 214

¹⁶⁶ *Ibidem*. QUERALT JIMENEZ en este punto sostiene que, en efecto, el sujeto activo detiene a alguien fuera de los casos permitidos por la ley. Por ello si dicho sujeto errare sobre los supuestos que le habilitan para llevar a cabo la detención, este delito deviene en un privilegio intolerable, pues bastaría con que cualquier persona detuviera a otra y lo pusiera a disposición de la autoridad, para que se le aplique la pena mínima comparada con la correspondiente al tipo básico. Es aquí, donde el autor sostiene que si el supuesto que alegue el aprehensor resulta de todo punto legalmente inverosímil (exponiendo como ejemplo el supuesto de que el padre detiene al novio de su hija porque está mal visto por el padre), procede el castigo por el tipo básico, dado que este error es irrelevante.

2-. Tipos cualificados o tipos agravados

Respecto de los tipos cualificados, en los cuales la pena tipo se verá agravada, el artículo 164 CP contempla en primer lugar, que «*Si en el secuestro se hubiera dado la circunstancia del artículo 163.3, se impondrá la pena superior en grado.*»

Esto es, a la pena de 6 a 10 años prevista expresamente para el delito de secuestro, se le aplicará la superior en grado, «*si el encierro o detención ha durado más de quince días*», de ese modo quedaría una pena de prisión de 10 a 15 años.

Comparte la doctrina que el fundamento de esta agravación radica en el mayor desvalor de acción y resultado producto de la mayor duración de la privación de libertad.¹⁶⁷

En cuanto al cómputo de los 15 días debe hacerse por días cumplidos, es decir, el mismo inicia desde el día mismo día en que se priva de libertad del secuestrado, hasta que transcurren veinticuatro horas del décimo quinto día, siendo indiferente la prolongación temporal más allá de este límite.¹⁶⁸

Por otra parte, siguiendo con los tipos cualificados comunes a los delitos de detenciones ilegales y secuestros, el artículo 165 castiga con las penas de sendos delitos, en su mitad superior «*si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.*»¹⁶⁹

En primer lugar, en lo que respecta a la simulación de autoridad o función pública, en palabras de DEL ROSAL BLASCO, la agravación de la pena tiene su fundamento «*en la mayor exposición a la que se enfrenta el bien jurídico, por la facilidad de comisión del delito a que puede dar lugar esa simulación*»¹⁷⁰, pues la

¹⁶⁷ Vid., entre otros, DEL ROSAL BLASCO, B., en MORILLAS CUEVAS, L (coord.) *et alii*, *op.cit.* Pág. 156; PRATS CANUT, J. M., en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) *et alii*, *op.cit.* Pág.212; LAMARCA PÉREZ, C., *op.cit.* Pág. 121; MARTIÑÓN CANO, G., *op.cit.* Pág. 231

¹⁶⁸ Vid., en GARCÍA VALDÉS, C., *et alii*, *op.cit.* Pág. 62

¹⁶⁹ El CP de 1995 transcribía el citado artículo de la siguiente manera: «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.» Sin embargo, La L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo) acertadamente, introduce la referencia «persona con discapacidad necesitada de especial protección» en sustitución de la anterior referencia al término «incapaz».

¹⁷⁰ Vid., DEL ROSAL BLASCO, B., en MORILLAS CUEVAS, L (coord.) *et alii*, *op.cit.* Pág. 156

misma genera una confianza en la víctima que le hace bajar la guardia en la defensa de su libertad deambulatoria, permitiendo una mayor facilidad comisiva.¹⁷¹

Ese delito se da también cuando el funcionario público, detiene a un tercero amparándose en su condición de oficial, para fines exclusivamente privados y sin relación con el servicio que ejecuta.¹⁷²

Se ha de tener en cuenta que dicha modalidad agravada se encuentra íntimamente relaciona con el delito de usurpación de funciones públicas, previsto en el artículo 420 de nuestro Código Penal actual.

De modo que, como estima la doctrina, el delito de usurpación de funciones se encuentra absorbido en este tipo agravado.¹⁷³

Por otro lado, en relación con el secuestro de menores o incapaces, es la mayor indefensión de la víctima el principal motivo de la agravación de la pena. Dicho supuesto se da cuando el sujeto activo no sea uno de los progenitores, tutores o guardador del menor o incapaz, pues si alguno de ellos realizare la acción, la misma estaría integrada en un delito de desobediencia o contra los intereses familiares, dado que no se pone en juego ni la libertad ni la seguridad del menor o incapaz, sino otros bienes jurídicos distintos.¹⁷⁴

Con respecto a la condición de menor, atendiendo a las previsiones de índole civil y al establecimiento de la minoría de edad penal en los dieciocho años, serían sujetos pasivos de este delito los menores de dicha edad.

Autores del rango de LANDROVE DÍAZ, CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, Y CÓRDOBA RODA, aplauden esta nueva regulación,

¹⁷¹ Vid., CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S., *et alii*, *op.cit.* Pág.143

¹⁷² Vid., QUERALT JIMENEZ, J.J., *op.cit.*, Pág. 218

¹⁷³ Vid., entre otros, MUÑOZ CONDE, F., *op.cit.* Pág. 154; LANDROVE DÍAZ, G., *op.cit.* Pág. 153, LAMARCA PÉREZ, C., *op.cit.* Pág. 141

¹⁷⁴ Vid., QUERALT JIMENEZ, J.J., *op.cit.*, Pág. 219 Merece hacer mención un supuesto característico, y es que el citado autor expone el caso de un progenitor que, por la causa que fuere, haya perdido la patria potestad del menor, lo sustrae del hogar donde reside y exige como condición un cambio en el régimen de visitas o la anulación de alguna medida judicial. Pues bien, el citado autor sigue considerando en este punto que no podemos hablar de secuestro, sino de un delito de desobediencia a una decisión judicial.

determinando que dicha modalidad agravada se encuentra más justificada que las derogadas figuras de sustracción de menores.¹⁷⁵

En cuanto se refiere a la incapacidad del sujeto pasivo¹⁷⁶, LAMARCA PÉREZ entiende que «*para que opere la agravación el dolo del sujeto pasivo debe extenderse al conocimiento de esta situación*», de igual modo que ocurre con la edad del menor en el supuesto anterior.¹⁷⁷

En cualquiera de los casos, resulta lógico que la tipificación de las agravantes que acabamos de mencionar, desplazan cualquier posibilidad de aplicar la circunstancia agravante de disfraz, prevista en el artículo 22.2, en relación al supuesto de simulación de funciones públicas, y de abuso de superioridad, en los casos de menores e incapaces.

Por último, siguiendo en el artículo 165 del CP, se incorpora como tipo cualificado, el supuesto en el que la víctima fuere funcionario público en el ejercicio de sus funciones. El fundamento de esta agravante radica, no por la condición del sujeto pasivo, sino por el atentado a la función pública que el delito supone, de ahí que el artículo 165 expresamente precise que la agravante solo operará cuando el funcionario se encuentre en el ejercicio de funciones públicas.

Es por ello que no cabe apreciar esta agravante por el mero hecho de que el sujeto pasivo del delito sea funcionario público. De ese modo, no es sujeto pasivo el funcionario que es aprehendido por motivos particulares o cuando haya cesado en su función, debiendo aplicarse en estos casos lo previsto en los tipos básicos de los artículos 163 y 164 CP. En cambio, su condición de funcionario sigue existiendo cuando el ejercicio de sus funciones está en suspenso, pues su relación funcional persiste.

¹⁷⁵ Vid., entre otros, LANDROVE DÍAZ, G., *op.cit.* Pág. 155; CÓRDOBA RODA, J., *op.cit.* Pág.189; CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S., *et alii*, *op.cit.* Pág.146

¹⁷⁶ El Artículo 25 CP expone el concepto de incapacidad del modo que sigue: «A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Asimismo, a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.»

¹⁷⁷ Vid., en LAMARCA PÉREZ, C., *op.cit.* Pág. 122

En otro orden de cosas, el apartado primero del artículo 166 prevé el supuesto de desaparición del secuestrado, disponiendo que:

*«1. El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado con una pena de prisión de diez a quince años, en el caso de la detención ilegal, y de quince a veinte años en el de secuestro.»*¹⁷⁸

Tratándose, el mismo, de un caso de *desaparición forzada*, el precepto sanciona la conducta de quien, acreditado como sujeto activo de la detención ilegal o el secuestro, no da explicación del destino de la víctima.

El artículo 166 CP ha sido tradicionalmente polémico, debido a la cantidad de discusiones doctrinales en torno a su naturaleza jurídica.

De ahí que, para un importante sector de la doctrina, se trata de un delito de sospecha de homicidio o asesinato donde, como bien destaca LAMARCA PÉREZ,¹⁷⁹ *«la elevada penalidad responde a la presunción de haber dado muerte al detenido»*. Ello implica que se entienden vulnerados el derecho a la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, lo que habría de afirmar la inconstitucionalidad de la norma.¹⁸⁰ Sosteniendo dicho sector la inversión de la carga de la prueba, de modo que le corresponde al sujeto activo acreditar que efectivamente liberó a la víctima.

A diferencia de lo que sostiene ese sector, autores de la talla de CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC¹⁸¹ apuntan que lo que se sanciona no es una sospecha en torno a la muerte del delito, sino la prolongación indefinida de su privación de libertad que provoca un mayor contenido del injusto.

Así, en el conocido Caso «El Nani»¹⁸², la STS de 25 de junio de 1990 sostuvo la constitucionalidad del viejo artículo 483, antecedente del artículo 166, aduciendo que el

¹⁷⁸ El anterior Código Penal de 1995 transcribía el citado artículo de la manera que sigue «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.»

¹⁷⁹ Vid., LAMARCA PERÉZ, C., *op.cit.* Págs. 122 y 123. En ese mismo sentido se pronuncia GARCÍA VALDÉS, C., *op.cit.* Pág. 63

¹⁸⁰ Vid., LANDROVE DÍAZ, G., *op.cit.* Pág. 185

¹⁸¹ Vid., CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S., *et alii*, *op.cit.* Pág.144

¹⁸² STS (Sala de lo Penal) de 25 de junio de 1990 (RJ 1990/5665) De los hechos probados de la sentencia se desprende que el día 31 de octubre de 1983, se perpetró un robo con intimidación en la joyería "PAYBER" en Madrid. Con el fin de esclarecer los hechos y al recibir confidencias que parecían ofrecer

mismo no contemplaba un delito de sospecha, sino de una probada y muy grave modalidad de detención ilegal. Añadiendo que, el plus punitivo nacía de que el sujeto activo ostenta, respecto de la víctima, una situación similar a la del garante que supone que no solo responde del encierro o de la detención, sino que, además, responde por la no devolución de la libertad, por el hecho de no dar razón de su paradero o de no acreditar haberla dejado en libertad.¹⁸³

Este último criterio del Alto Tribunal, sirvió para ser aplicado, posteriormente por la Audiencia Nacional en el conocido caso del secuestro del empresario aragonés Publio Cordón cometido por el GRAPO.¹⁸⁴

Entrando en detalle en el citado precepto cabe decir que es sujeto activo del mismo cualquiera que haya participado en cualquiera de las fases del encierro o de la detención. Siendo así mismo, sujeto pasivo el detenido o secuestrado, siempre que no sea algunos de los sujetos a los que alude el apartado segundo del Artículo 166 que a continuación veremos.

Merecemos destacar que el legislador mediante la redacción del precepto no ha dejado lugar a dudas de la inversión de la carga de la prueba. De ese modo, si el sujeto

un atisbo de credibilidad, la Brigada Regional de Policía Judicial centró la investigación en torno a dos individuos, ambos con antecedentes penales, siendo uno de ellos Santiago C.R, alias "El Nani". Acordada la detención de ambos, parte de los efectivos policiales acceden al domicilio de ambos para proceder a su detención y trasladarles a las dependencias de la Brigada. Una vez que Santiago C.R es ingresado en los calabozos presentando ciertas lesiones producidas durante su detención, y sin haber confesado, es sacado de las dependencias policiales en contra de su voluntad, y sin contar con un previo reconocimiento sanitario, a fin de que se creara la apariencia de que el mismo se había fugado. Sin embargo, los policías procesados en la citada sentencia, trasladaron a Santiago C.R a un lugar indeterminado, sin constar, en su defecto, que se le hubiere puesto en libertad, careciendo por tanto noticia de su paradero desde entonces.

¹⁸³ *Vid.*, entre otros, LAMARCA PÉREZ, C., *op.cit.* Pág.123; CÓRDOBA RODA, J., *op.cit.* Pág.191

¹⁸⁴ SAN (Sala de lo Penal), Sección 3ª, núm. 72/2007 de 13 de diciembre (JUR 2008/3301). Queda probada en la sentencia que en la primavera del año 1995, el Comité Central de la organización terrorista Grupo de Resistencia Antifascista Primero de Octubre (GRAPO), mantuvo una reunión, en la que se trató de la financiación del grupo y de la necesidad de llevar a cabo el secuestro de un financiero con la finalidad de allegar fondos para la banda terrorista a cambio de su liberación, eligiéndose como víctima propicia del secuestro al empresario D. José Carlos Publio Cordón, Presidente del Consejo de Administración de la Compañía de Seguros Médicos "Previasa SA." Con ocasión de que el 27 de junio de ese mismo año, el empresario se dispusiera a practicar *footing*, como era costumbre, en las inmediaciones de su vivienda fue abordado y secuestrado. Tras ello, la banda terrorista se dispuso a negociar con la familia el pago del rescate a cambio de su liberación. Logrado el propósito de los secuestradores de la percepción del dinero, no se ha verificado que exista ninguna llamada del secuestrado a su familia, ni se ha constatado su aparición, no habiendo tampoco, ninguna explicación racional por parte de los secuestradores sobre el paradero de la víctima.

activo del delito quiere evitar el incremento punitivo le corresponde probar que ha dejado en libertad al detenido o secuestrado.¹⁸⁵

Con la reforma del Código Penal por medio de la Ley Orgánica 1/2015 se introducen dos tipos hiperagravados, siendo el primero de ellos, el apartado segundo de este artículo 166 en el que se establece lo que sigue:

«Artículo 166.2. El hecho será castigado con una pena de quince a veinte años de prisión, en el caso de detención ilegal, y de veinte a veinticinco años de prisión, en el de secuestro, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

b) Que el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal o secuestro con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad.»

Estamos ante supuestos que alcanzan semejanzas con la nueva regulación del asesinato en sus Artículos 140.1. 1º y 140.1.2º. Se prevén dos cualificaciones que dan lugar a la pena de quince a veinte años para el delito de detenciones ilegales y a la pena de veinte a veinticinco años en el caso del secuestro.

En cuanto al primero de los supuestos, en el que la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad, nos remitimos a lo expuesto en preceptos semejantes, recordando que por menores se entiende a la persona de hasta 18 años y por discapacidad, el concepto legal previsto en el artículo 25 del CP.

En palabras de QUERALT JIMENEZ, la razón de ser de esta técnica legislativa no se debe a que la detención o el secuestro se haya realizado para perpetrar un ataque a la libertad o indemnidad sexual, sino que el tipo únicamente exige la intención de llevarlo a cabo, pero no la efectiva realización. Bastando con que el sujeto haya manifestado con sus actos su intención de atentar sexualmente contra la víctima, antes o después de la privación de libertad.¹⁸⁶

¹⁸⁵ Vid., QUERALT JIMENEZ, J.J., *op.cit.*, Pág. 221.

¹⁸⁶ *Ibidem*, Pág. 223. En ese mismo sentido se pronuncia CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S., *et alii*, *op.cit.* Pág.146

Estos dos tipos hiperagravados operan exclusivamente respecto a la conducta descrita en el apartado primero de este precepto, es decir, que el sujeto activo no diere razón del paradero de la víctima, por lo que no se podrán aplicar en las circunstancias de los artículos precedentes.

Finalmente, para concluir con los tipos agravados del delito del secuestro cabe hacer referencia a la previsión del artículo 167 del Código Penal, cuyo contenido ha sido modificado con la Ley Orgánica 1/2015, por la que se reforma el Código Penal:

«1. 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 este Capítulo será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

2. Con las mismas penas serán castigados:

a) El funcionario público o autoridad que, mediando o no causa por delito, acordare, practicare o prolongare la privación de libertad de cualquiera y que no reconociese dicha privación de libertad o, de cualquier otro modo, ocultase la situación o paradero de esa persona privándola de sus derechos constitucionales o legales.

b) El particular que hubiera llevado a cabo los hechos con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado o de sus autoridades.

3. En todos los casos en los que los hechos a que se refiere este artículo hubieran sido cometidos por autoridad o funcionario público, se les impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años.»¹⁸⁷

Tratándose de una detención ilegal común, igual que cuando la comete un particular, en palabras de MUÑOZ CONDE estamos ante «una agravación por razón de la cualidad y del abuso de su función llevada a cabo por el funcionario público»¹⁸⁸,

¹⁸⁷ El artículo 167 del anterior Código Penal de 1995 ya derogado, sancionaba a «La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en 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.»

¹⁸⁸ Vid., MUÑOZ CONDE, F., *op.cit.* Pág. 157

de modo que el encierro o detención solo puede ser realizado por la autoridad o funcionario público cuando, extralimitándose de sus competencias y prevaliéndose de su condición, realizare una detención antijurídica.

A modo de ejemplo podemos citar el secuestro de Segundo Marey, llevado a cabo por los GAL (Grupo Antiterrorista de Liberación) o «Caso GAL». El ciudadano hispano-francés, Segundo Marey, fue secuestrado en la localidad francés de Hendaya al ser confundido por los GAL, con un dirigente de la banda terrorista ETA. Fue liberado tras diez días de cautiverio en una población al norte de España. Ante la Audiencia Nacional se acusó al subcomisario José Amedo y el inspector Michel Domínguez, de ser miembro de los GAL. Finalmente se les condenó por dos delitos, uno por malversación de caudales públicos y otro por un delito de secuestro, en base al artículo 167.¹⁸⁹

De este modo, se excluye la aplicación del artículo 167 cuando el sujeto activo, aun siendo autoridad o funcionario, ejecuta el delito a título de particular, o también, cuando entre sus competencias no se encuentran la de privación de libertad que únicamente tienen atribuidas los jueces y magistrados, el Ministerio Fiscal o los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

En estos últimos supuestos no será de aplicación el artículo 167, sino, en su defecto habrá que apreciar un delito de detención ilegal o de secuestro, con la concurrencia de la circunstancia agravante de prevalerse del carácter público del culpable previsto en el artículo 22.7 CP.

GARCÍA VALDÉS aplaude la exclusión de antijuridicidad que proclama el precepto, por cuanto las detenciones que no se produzcan dentro de los casos legales, sino fuera de toda cobertura, sin mediar causa por delito y, por tanto, con conciencia de la antijuridicidad de las mismas, no se encuentran dentro del ámbito de aplicación del artículo 167.¹⁹⁰

La reforma de 2015 ha introducido dos nuevas calificaciones que prevén la misma pena que para el apartado 1. De un lado en el apartado segundo párrafo a), el artículo 167 castiga al «*funcionario público o autoridad que, mediando o no causa por*

¹⁸⁹ STS (Sala de lo Penal) de 29 de julio de 1998 (RJ 1998/8421)

¹⁹⁰ Vid., GARCÍA VALDÉS, C., *et alii*, *op.cit.* Pág. 63

delito, acordare, praticare o prolongare la privación de libertad de cualquier y que no reconociese dicha privación de libertad o, de cualquier otro modo ocultase la situación o paradero de esa persona privándola de sus derechos constituciones o legales.» En palabras de MUÑOZ CONDE, lo que aquí se recoge es un tipo cualificado en base a la ocultación del detenido aplicable respecto al secuestro o detención ilegal de cualquier persona, mediando o no causa por delito.¹⁹¹

Por otro lado, la citada reforma, a su vez, introduce el párrafo b) del apartado segundo del Artículo 167, aplicando esta cualificación al particular que lleve a cabo la detención «*con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado o de sus autoridades*». Sorprende esta nueva referencia al Estado, sin embargo, teniendo en cuenta que el Estado actúa siempre, a través de las personas físicas, ya sean funcionarios o autoridades, no cabe duda que los mismos son directamente responsables cuando utilizan a particulares para que realicen hechos delictivos, sin perjuicio, de que los mismos incurran en la correspondiente responsabilidad.¹⁹²

MUÑOZ CONDE establece que con su actuación el particular responde como autor mediato, conforme a lo establecido en el artículo 28 del CP, pues su actuación es la de un ejecutor instrumentalizado, orientado por la autoridad correspondiente.

Por último, conforme a lo establecido en el apartado tercero del artículo 167: «*3. En todos los casos en los que los hechos a que se refiere este artículo hubieran sido cometidos por autoridad o funcionario público, se les impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años.*»

¹⁹¹ Vid., MUÑOZ CONDE, F., *op.cit.* Pág. 157

¹⁹² Vid., MUÑOZ CONDE, F., *op.cit.* Págs. 157 y 158

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Una vez hemos desarrollado, capítulo por capítulo, el análisis del delito de secuestro del artículo 164 del Código Penal, contenido del presente Trabajo de Fin de Master, hemos de finalizar reseñando unas breves conclusiones, destacando las ideas más importantes a las que se ha llegado a lo largo del desarrollo del proyecto.

Primera.- El primero de los Códigos Penales españoles, promulgado en el año 1822, sirvió de referente histórico para la regulación de las conductas típicas de las detenciones ilegales y secuestros. Así, dentro del Capítulo IV del Título I de la Parte I castiga las distintas modalidades de detención efectuadas por funcionarios públicos y particulares. Así mismo, es en el Capítulo IV, Título I, Parte II, bajo el epígrafe «*De los raptos, fuerzas y violencias contra las personas; y de la violación de los enterramientos*», donde incrimina los actos de fuerza relacionados con la detención de los particulares, configurando el delito de raptó como un delito ejecutado con miras deshonestas.

Segunda.- Es a partir del Código Penal de 1848 donde aparece descrita la conducta que va a perdurar más tiempo a lo largo de la historia penal española, manteniendo hasta el Código Penal de 1928. Además, será a partir de ese mismo año, donde se incorporarán algunas de las figuras de atenuación y agravación que tenemos actualmente.

Tercera.- En cuanto al delito de detenciones ilegales cabe decir que todos los códigos penales han seguido la misma estructura típica.

Cuarta.- Como novedad, los códigos penales de 1944, 1963 o el promulgado en 1973, han introducido la exigencia de rescate como circunstancia agravante del tipo básico. Constituyendo el primer ingrediente, para que más tarde tanto la llamada ley «antiterrorista», como el Código Penal de 1995, introduzcan como novedad una nueva figura delictiva, autónoma y con *nomen iuris* propio, configurada como delito de detención ilegal condicional: el delito de secuestro.

Quinta.- Tras las sucesivas modificaciones de la codificación penal, y con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 se produce la despenalización del delito de raptó, así como, se suprime el delito de delito de robo con toma de rehenes. Sin

embargo, como novedad incorpora el denominado delito de secuestro entendido en esta nueva redacción legal, como un delito con autonomía propia respecto de las detenciones ilegales.

Sexta.- Tanto las corrientes doctrinales, como las corrientes jurisprudenciales determinan que el delito de secuestro, previsto en el Artículo 164, es el supuesto en el que una persona encierra o detiene a otra, condicionando su puesta en libertad al cumplimiento de una condición que la misma exija.

Séptima.- Existiendo una cierta conexión entre el delito de detenciones ilegales y el delito de secuestro, por presentar ambas características comunes, es de destacar que el delito de secuestro presenta unos distintivos propios que le otorgan plena autonomía conceptual y funcional respecto del otro delito. Así, estando considerado por la mayoría de la doctrina, como una modalidad agravada de las detenciones ilegales, el delito de secuestro presenta una peculiaridad, y es que la puesta en libertad del detenido se encuentra supeditada al cumplimiento de una condición impuesta por el sujeto activo, circunstancia o, más bien, elemento objetivo que en el delito de detenciones ilegales no se da. Así mismo, otros distintivos propios del delito de secuestro se dan en la pluralidad de bienes jurídicos protegidos por esta figura delictiva, así como, en el número de sujetos pasivos o de víctimas afectas por el delito en cuestión.

Octava.- En cuanto a la naturaleza jurídica del tipo, en relación con lo anteriormente citado, estamos ante un delito complejo, en tanto que el delito de secuestro está formado por una detención ilegal, seguida de una amenaza condicional para la consiguiente puesta en libertad del encerrado o detenido. Así mismo, se entiende que el delito de secuestro es un delito eminentemente personal, añadiendo la doctrina que se trata de un delito de acción y de resultado, y por consiguiente de un delito de lesión.

Novena.- Respecto del bien jurídico protegido cabe decir que tanto en el delito de secuestro, como en el delito de detención ilegal, el objeto de tutela de sendas figuras delictivas no es la libertad entendida en sentido amplio, sino únicamente la libertad de movimientos, entendida como la capacidad de toda persona de fijar por sí misma su situación en el espacio físico, sin que nadie le obligue a ir o a permanecer donde no quieren estar, y prevista en los artículos 17 y 19 de la Constitución Española.

Décima.- Así mismo, indirectamente, el delito de secuestro también protege el patrimonio, el sentimiento de tranquilidad y la libertad psicológica.

Undécima.- Entrando en el tipo básico previsto en el Artículo 164 y en lo que atañe a la conducta típica del delito de secuestro, la misma consiste en privar de libertad de movimientos a una persona mediante el encierro o la detención, exigiendo, además, el cumplimiento de una condición para la puesta en libertad del secuestrado.

Duodécima.- En lo referente a la condición exigida para la liberación del sujeto cabe decir que únicamente se exige que la misma sea de posible cumplimiento, pues de lo contrario se tendrá por no puesta. Es por ello que, la condición puede ser de cualquier índole o naturaleza, resultando, igualmente, irrelevante a quién se dirija la exigencia del cumplimiento de la misma, ya sea al propio secuestrado o un tercero. A modo de ejemplo podemos citar el secuestro de Ortega Lara, cuya condición iba orientada al acercamiento de los presos de ETA.

Décima tercera.- De la redacción típica del artículo 164 se deduce que cualquier persona puede ser sujeto activo del delito de secuestro. Sin embargo, existen excepciones, pues si el sujeto activo es autoridad o funcionario público y el secuestro se produce durante el ejercicio de sus funciones, el sujeto responderá por el artículo 167 del Código Penal.

Décima cuarta.- Del mismo modo que, como ocurrió en el secuestro de Ortega Lara, si el sujeto activo pertenece o colabora en una organización terrorista o en banda criminal, en estos casos será de aplicación preferente los artículos 572 y 577 del Código Penal, en virtud del principio de especialidad.

Décima quinta.- Sujeto pasivo del delito en cuestión puede serlo, también, cualquier particular, incluidos los menores, incapaces o funcionarios públicos, siendo de aplicación, en estos últimos supuestos, el artículo 165 CP. Únicamente se exige que el sujeto pasivo tenga capacidad volitiva para fijar por sí mismo su situación en el espacio físico.

Décima sexta.- En cuanto al elemento subjetivo del delito de secuestro, coinciden la doctrina y la jurisprudencia en que estamos ante un delito eminentemente doloso, debido a que se exige que la voluntad del sujeto activo ha de ir dirigida a privar la libertad ambulatoria del sujeto pasivo para conseguir, a cambio de su puesta en

libertad, la condición que el mismo exija. En consecuencia, al ser un delito doloso, y dada la naturaleza del delito de secuestro se veta la posibilidad de la concurrencia de error de tipo y de imprudencia.

Décima séptima.- En este tipo delictivo cabe la posibilidad de la concurrencia de causas de atipicidad o causas de justificación en el delito de secuestro, posibilitando a que el autor cometa el secuestro sin resultar el hecho punible. De ese modo, cuando en el supuesto en cuestión existiera consentimiento libre y voluntario del sujeto pasivo para la comisión del delito, o cuando se dieran situaciones de legítima defensa o de estado de necesidad, siempre que concurrieran los requisitos que exige la ley, la conducta del sujeto estará suficientemente justificada y por tanto será atípica por la no concurrencia de antijuridicidad. Lo mismo ocurriría cuando el autor de los hechos actuara en cumplimiento de un derecho o deber, oficio o cargo que la Ley expresamente le ha otorgado.

Décima octava.- En el delito de secuestro cabe cualquiera de las modalidades de autoría previstas en el artículo 28.1 CP, incluidas aquellas conductas que se desarrollen tras la consumación del delito, es decir mientras persiste la privación de libertad, bastando únicamente la existencia de intencionalidad por parte del autor a la realización de los actos típicos.

Décima séptima.- Respecto de la figura del intermediario o mediador cabe decir que estamos ante una institución polémica, por cuanto siendo el mismo quien interviene entre las partes a fin de negociar la condición o el rescate para la puesta en libertad del secuestrado, se cuestiona si su conducta está justificada o, si, por el contrario, tiene algún tipo de responsabilidad criminal. Pues bien, la doctrina, en pie de solventar el problema sostiene que si la conducta del mediador va dirigida a la liberación de la víctima su actuación estará del todo justificada y no responderá criminalmente. Por el contrario, si el mismo actúa para favorecer a los secuestradores, y con ello ayuda a la perpetración del delito, tal conducta si podrá ser sancionada pues se le considerará coautor del delito de secuestro.

Décima novena.- Es unánime la doctrina al considerar el delito de secuestro como un delito de consumación instantánea y de efectos permanentes, de modo que el mismo se entenderá consumado cuando el autor efectivamente prive de su libertad ambulatoria al sujeto pasivo y comunique, la condición para la liberación del mismo.

Vigésima.- Así mismo, tiene cabida en este delito los actos de tentativa acabada e inacabada. Estaríamos ante tentativa acabada cuando existen actos privativos de libertad y actos tendentes a la exigencia de condición o extorsión. Por otro lado, siendo este supuesto más frecuente, la tentativa inacabada se da cuando existe la certeza de que el sujeto activo va a privar la libertad de una persona, condicionando su liberación al cumplimiento de una condición, pero, sin embargo, el resultado de la privación se frustra por causas ajenas al autor. Sin embargo, al tratarse de un delito con efectos permanentes tales grados de ejecución habrían de predicarse únicamente en las fases previas a la consumación del delito, esto es, a la privación de libertad.

Vigésima primera.- Hemos de destacar, acorde a lo anteriormente citado el caso del secuestro de Anabel Segura que suscitó cierta polémica por las particularidades que presentaba. En este caso se privó de libertad a la víctima, y aunque la misma fue asesinada, los secuestradores exigieron a la familia un rescate a cambio de la supuesta liberación de la víctima. Teniendo en cuenta lo que se acaba de mencionar en las anteriores conclusiones, el delito de secuestro ya se encuentra consumado en el momento en que Anabel fue privada de su libertad de movimientos, independientemente de que posteriormente los secuestradores exigieran un rescate para una liberación inexistente. El hecho de que se le privara de su libertad supone la ya efectiva consumación del delito, sin la posibilidad de concurrencia de ningún tipo de tentativa.

Vigésima segunda.- En virtud de lo establecido en el artículo 168 CP, resultan punibles, los actos preparatorios de un secuestro, cuando los mismos sean constitutivos de conspiración, provocación o proposición, generando todos ellos responsabilidad criminal.

Vigésima tercera.- Doctrina y jurisprudencia comparten que exista la posibilidad de que el delito de secuestro se encuentre en relación concursal, ya sea real, medial o ideal, con otras figuras delictivas ya sea con el robo con intimidación, delitos de lesiones, homicidio, asesinato o incluso con la prostitución. De otro lado, en cuanto al concurso de leyes que pudieran surgir entre el delito de secuestro y otras figuras delictivas como delitos de terrorismo, lo cierto es que en atención al principio de especialidad, en estos casos entraría a aplicarse los delitos de terrorismo.

Vigésima cuarta.- La pena de prisión de seis a diez años, prevista en el artículo 164 CP para aquel que encerrare o detuviere a otra persona exigiendo una condición a cambio de su liberación, puede verse atenuada o agravada en atención al mayor o menor lapso de tiempo que dure la detención. De ese modo si el secuestro dura menos de tres días y ha sido el propio sujeto activo quien de forma voluntaria ha liberado a la víctima, aún sin conseguir su propósito, la pena del tipo básico se verá atenuada en la inferior en grado, quedando la misma en prisión de tres a seis años, en virtud de lo establecido en el artículo 163, apartado 2. Siendo dicho tipo privilegiado común tanto para el delito de detenciones ilegales como para el tipo básico del delito de secuestro, estamos aquí ante un supuesto en el que se concede especial relevancia al arrepentimiento espontáneo del sujeto activo.

Vigésima quinta.- Sin embargo, se aplicaría la superior en grado respecto a la pena tipo, resultando una pena de prisión de diez a quince años si la duración del secuestro se extendiera a más de quince días, tal y como establece el artículo 163.3 CP. El fundamento de esta agravación, en palabras de la doctrina, radica en el mayor desvalor de acción y resultado producto de la mayor duración de la privación de libertad. El cómputo de los 15 días debe iniciarse desde el día mismo en que se priva de libertad al secuestrado, hasta que transcurren veinticuatro horas del décimo quinto día.

Vigésima sexta.- Siguiendo con los tipos privilegiados, el artículo 163.4 prevé una atenuación de la pena tipo para los casos en los que el particular, que, no siendo funcionario, y fuera de los casos permitidos en la ley, detuviere a otra persona para presentarla ante la autoridad, castigando dicha conducta con una pena de multa de tres a seis meses. Requiriéndose para ello no solo la entrega inmediata ante las autoridades, sino también el ánimo de presentar al detenido ante la autoridad.

Vigésima séptima.- Dentro de los tipos cualificados del delito del secuestro se encuentra el previsto en el artículo 165 CP, en virtud del cual, en los casos en que el autor ejecute el secuestro con simulación de autoridad, o cuando la persona secuestrada sea menor, incapaz, o funcionario público en el ejercicio de sus funciones, la pena prevista para el tipo básico se impondrá en su mitad superior, resultando una pena de prisión de ocho a diez años. Respecto del secuestro de menores e incapaces la agravación radica por la mayor indefensión de la víctima.

Vigésima octava.- Siguiendo en el artículo 165 del CP, se incorpora como tipo cualificado, el supuesto en el que la víctima fuere funcionario público en el ejercicio de sus funciones. El precepto expresamente precisa que la agravante solo operará cuando el funcionario se encuentre en el ejercicio de funciones públicas, pues de lo contrario estaríamos debería aplicarse lo previsto en los tipos básicos de los artículos 163 y 164.

Vigésima novena.- En otro orden de cosas, el artículo 166 establece que cuando el sujeto activo no dé razón del paradero de la víctima o no acredite su puesta en libertad, será castigado con una pena de diez a quince años, en el caso de la detención ilegales, y de quince a veinte años en el de secuestro. Estando ante un supuesto de desaparición forzada del secuestrado, el fundamento de esta agravante radica en el mayor contenido del injusto producto por una prolongación indefinida de la privación de libertad de la persona. Cítese como ejemplo de este supuesto de el «Caso Nani» o el secuestro de Publio Cordón.

Trigésima.- La ley Orgánica 1/2015 por la que se reforma el Código Penal de 1995 introduce dos tipos hiperagravados en el apartado segundo del artículo 166. Así, castiga con una pena de quince a veinte años de prisión, en el caso de detención ilegal, y de veinte a veinticinco años de prisión, en el de secuestro, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: que la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad, o que el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal o el secuestro con la intención de atentar contra la indemnidad sexual de la víctima. Estos dos tipos hiperagravados operan exclusivamente respecto a la conducta descrita en el apartado primero de este precepto, es decir, que el sujeto activo no diere razón del paradero de la víctima, por lo que no se podrán aplicar en las circunstancias de los artículos precedentes.

Trigésima primera.- Tal y como prevé el Artículo 167, cuando la autoridad o funcionario público, extralimitándose de sus competencias y prevaleciéndose de su condición, realiza una detención antijurídica, o comete un delito de secuestro, en tales casos se agravará la pena tipo a la mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado, acompañada con la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años. De este modo, se excluye la aplicación del artículo 167 cuando el sujeto activo, aun siendo autoridad o funcionario, ejecuta el delito a título de particular, o también,

cuando entre sus competencias no se encuentran la de privación de libertad. Como ejemplo podemos citar el caso del secuestro de Segundo Marey o el «Caso GAL».

Trigésima segunda.- El tenor literal del Artículo 167 también se ha visto modificado por la Ley Orgánica 1/2015, por la que se reforma el Código Penal, introduciendo dos nuevas calificaciones que prevén la misma pena que para el apartado 1. De un lado en el apartado segundo párrafo a), el artículo 167 recoge un tipo cualificado en base a la ocultación del detenido aplicable respecto al secuestro o detención ilegal de cualquier persona, mediando o no causa por delito. Por otro lado, introduce el párrafo b) del apartado segundo del Artículo 167, aplicando esta cualificación al particular que lleve a cabo la detención con la autorización y el apoyo del Estado o de sus autoridades. Aquí el particular actúa como un autor mediato.

BIBLIOGRAFIA

- CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., "Delitos contra la libertad (I): detenciones ilegales y secuestros" en VIVES ANTÓN, T. S., *et alii*, *Derecho Penal. Parte Especial*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CÓRDOBA RODA, J., *El delito de detenciones ilegales en el Código Penal Español*. Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1965.
- CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo I*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- DEL COBO ROSAL, M., *Derecho Penal español. Parte Especial 2ª Edición adaptada y puesta al día con las últimas reformas*. Ed. Dykinson.
- DEL ROSAL BLASCO, B., "Delitos contra la libertad (I) Detención ilegal y secuestro", en MORILLAS CUEVA, L., (coord.) *et alii*, *Sistema de Derecho Penal español. Parte Especial*, Edit. Dykinson, Madrid, 2011.
- DIÉZ RIPOLLÉS, J. L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., y FIGUEROA NAVARRO, C., *Lecciones de derecho penal. Parte Especial*, (Adaptadas al Plan Bolonia), 2ª Edición (Según las reformas del Código Penal de 2015) Edit. Edisofer, Madrid, 2015.
- LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho Penal. Parte Especial. 5ª Edición*. Edit. Colex, Madrid, 2010,
- LANDROVE DÍAZ, G., *Detenciones ilegales y secuestros*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MARTINÓN CANO, G., *El delito del secuestro*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MIRAT HERNÁNDEZ, M. P., *Detenciones ilegales (Artículo 163 del Código Penal)*, Edit. Edersa, Madrid.

- MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Casos de los intermediarios en secuestros”, en *Casos que hicieron doctrina en el Derecho Penal*, 2ª Edición, Edit. LA LEY, Madrid, 2011.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial. 20ª Edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El delito de detención*, Edit. Trotta, Madrid, 1992.
- PRATS CANUT, J. M., “Delitos contra la libertad”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) *et alii, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3ª edición, Edit. Aranzadi, Navarra, 2002.
- QUERALT JÍMENEZ, J. J., *Derecho Penal Español. Parte especial*, Revisado y puesto al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- QUESADA MORILLAS, YOLANDA., *El Delito de rapto en el primer proyecto de Código Penal al amparo de la Constitución de 1812*, Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche., Volumen I, N° Especial., Julio 2009.
- SANZ DELGADO, E., "Detención ilegal, ¿delito de consumación instantánea?", *La Ley Penal*, núm. 29, 2006.
- SERRANO GÓMEZ, A., y SERRANO MAÍLLO, A., *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª Edición, Edit. Dykinson, Madrid, 2012.
- SUARÉZ- MIRA RODRÍGUEZ, C., (coord.) *et alii, Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, 3ª Edición, Edit. Tirant lo Blanch, 2005.
- VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal. Parte Especial*, 4ª Edición adaptada a la Ley Orgánica 1/2015, Ed. Tirant lo Blanch., Valencia, 2015.
- ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Consideraciones críticas sobre la nueva normativa del rapto (Análisis de la ley 46/1978 de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto)*, Anuario de Derecho Penal (1978), Fascículo tercero, Sección Doctrinal.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

1. Sentencias:

1.1 Tribunal Supremo

- STS (Sala de lo Penal), núm. 751/2015 de 3 de diciembre. (RJ 2015/5260)
- STS (Sala de lo Penal), núm. 603/2015 de 6 de octubre (RJ 2015/5772)
- STS (Sala de lo Penal), núm. 663/2014 de 15 de octubre (RJ 2014/5808)
- STS (Sala de lo Penal), núm. 572/2012 de 28 de noviembre (RJ 2013/50)
- STS (Sala de lo Penal), núm. 666/2011 de 30 de junio (RJ 2011/5236)
- STS (Sala de lo Penal), núm. 135/2011 de 15 de marzo (RJ 2011/2779)
- STS (Sala de lo Penal), núm. 1121/2010 de 17 de noviembre (RJ 2010/9017)
- STS (Sala de lo Penal), núm.79/2009 de 10 de febrero (RJ 2009/1541)
- STS (Sala de lo Penal), núm. 856/2007 de 25 de octubre, (RJ 2007/6971)
- STS (Sala de lo Penal), núm. 492/2007 de 7 de junio de 2007 (RJ 2007/3417)
- STS (Sala de lo Penal), núm. 1425/2005 de 5 de diciembre (RJ 2006/1878)
- STS (Sala de lo Penal), núm. 1548/2004 de 27 de diciembre (RJ 2004/700)
- STS (Sala de lo Penal), núm. 1559/2004, de 27 de diciembre, (RJ 2005/702)
- STS (Sala de lo Penal), núm. 1339/2004 de 24 de noviembre (RJ 2004/8111)
- STS (Sala de lo Penal), núm.372/2003 de 14 de marzo (RJ 2003/2907)
- STS (Sala de lo Penal), núm. 351/2001 de 9 marzo (RJ 2001/3310)
- STS (Sala de lo Penal), núm. 322/1999 de 5 de marzo (RJ 1999/1295)
- STS (Sala de lo Penal) de 29 de julio de 1998 (RJ 1998/8421)
- STS (Sala de lo Penal), núm. 832/1998 de 17 de junio (RJ 1998/5801)
- STS (Sala de lo Penal), núm. 154/1990, de 15 de octubre, (BOE núm. 268 de 8 de noviembre de 1990)
- STS (Sala de lo Penal) de 25 de junio de 1990 (RJ 1990/5665)

1.2 Audiencia Nacional

- SAN (Sala de lo Penal), Sección 3ª, núm. 72/2007 de 13 de diciembre (JUR 2008/3301)

- SAN (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 30/2006, de 30 de junio, (ARP 2008/354)
- Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de febrero de 1998.

1.3 Audiencias Provinciales

- SAP de Madrid (Sección 26ª) núm. 335/2014 de 8 de mayo (ARP 2014/1092)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª), núm. 166/2012 de 19 de abril (ARP 2012/572)
- SAP de Alicante (Sección 3ª), núm. 646/2011, de 9 diciembre, (ARP 2012/1137)
- SAP de Girona núm. 1/2003 de 10 de abril, (JUR 2003/67498)

2. Autos:

- AAP de Madrid, sección 23ª, núm. 114/2007 de 21 de febrero (JUR 2007/152038)