

## De la privación ilegal de la libertad a los denominados delitos en materia de secuestro

Roberto Andrés Ochoa Romero\*

### I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

LA CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) reconoce el derecho humano a la libertad de movimiento que, a su vez, proclama la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en su artículo 7o. Su reconocimiento y protección derivan fácilmente de una interpretación armónica de los artículos: 1o., párrafos primero y cuarto, 11, párrafo primero (primera parte), 14, párrafo segundo y 16 de la propia CPEUM. Especialmente, los artículos constitucionales 14, párrafo segundo y 16 garantizan el derecho a la libertad personal frente a cualquier acto arbitrario de privación. En estas condiciones toda limitación de la libertad de movimiento que no se ajuste a los casos y formalidades establecidas para ello en la Constitución general y en las leyes secundarias, es potencialmente delictiva.

De esta forma, la CPEUM garantiza expresamente una de las prerrogativas fundamentales de las personas y despacha a las leyes secundarias la previsión de los supuestos en los que tal derecho fundamental puede ser legítimamente restringido.

El reconocimiento de la libertad personal de movimiento desde el texto constitucional legitima, al mismo tiempo, el contenido material de los distintos tipos penales que tienen por objeto la protección de ese derecho humano. Y es que resulta muy conveniente que —con la finalidad de eludir los inconvenientes que trae consigo la utilización caprichosa de la categoría dogmática del *bien jurídico*, particularmente, en el ámbito de la creación y aplicación de las leyes penales— la CPEUM se tenga como referente para justificar el contenido material del ilícito penal.<sup>1</sup>

\* Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; miembro supernumerario de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

<sup>1</sup> Véase, especialmente sobre esta postura, González Rus, Juan José, *Bien jurídico y Constitución*, Madrid, Fundación Juan March, núm. 201, 1983, pp. 32 y ss.

Y es que existe un buen número de cuerpos normativos en los que la libertad personal de movimiento desempeña un papel central, en sentido muy concreto, con respecto a la conformación del contenido material del injusto en ciertos tipos penales. Nos referimos aquí, especialmente, a los delitos contra la libertad personal (de movimiento).

En lo particular, el Código Penal Federal (en adelante CPF) presenta algunas fórmulas que suponen una valoración concreta de la libertad de movimiento, aún y cuando un número importante de los preceptos que se ocupaban de la protección de la libertad ambulatoria se encuentran actualmente recogidos en un ordenamiento especial: se trata de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro (LGPSDMS).

La creación de una ley especial para enfrentar las diferentes modalidades del delito de secuestro permite identificar, en principio, la especial consideración que el legislador viene dispensando frente a un valor constitucional de importancia capital como la libertad de movimiento. Con esta legislación especial se origina —de la misma manera en que sucede con otros cuerpos normativos de similar manufactura— un nuevo andamiaje normativo para la atención de los ahora denominados *delitos en materia de secuestro*.

Pues bien, con independencia de lo que a lo largo del presente trabajo se dirá en torno a la conveniencia de la ley especial, a su oportunidad y coherencia político criminal, así como en torno a ciertas figuras delictivas que en ella se recogen, el legislador acierta en la especial consideración que merece la libertad de movimiento, especialmente, cuando se ponen en entredicho otros valores cuya titularidad recae también sobre la propia víctima.

La privación ilegal de la libertad —en cualquiera de sus formas—, pone en riesgo el conjunto de derechos de los que es titular la víctima y que pueden ser aglomerados en un concepto general de *seguridad personal*.

Pues bien, si atendemos a la gran frecuencia ejecutiva del delito de secuestro tanto como, en particular, a las gravísimas consecuencias que comporta hacia la víctima del delito, es imposible no sentir la necesidad de atender de manera urgente el problema; bien sea a través de la adecuación, o bien de la creación de un nuevo cuerpo normativo. En nuestro entorno nacional se ha optado por la creación de un nuevo cuerpo normativo, aún y cuando, en su inmensa mayoría, los tipos penales que prevé la LGPSDMS ya se encontraban recogidos en el CPF.

Pero es innegable que el delito de secuestro integra, por sí mismo, una de las conductas delictivas más execrables de los últimos tiempos. El impacto que a nivel psicológico, emocional, físico y familiar produce sobre la víctima es comparable con el más horroroso infierno de Dante. ¡Y no se puede ser ajeno a esa realidad!

No se trata de un delito que se ejecute de manera aislada, sino que se realiza, frecuentemente, acompañado de otras conductas criminales que encuentran en esta concreta forma de privación de la libertad personal el momento más propicio para su ejecución. ¿Qué duda cabe de que la separación involuntaria de la víctima de su primer círculo de vida y convivencia comporta un alto riesgo para su persona? ¡Ninguna!

Sin embargo, la manufactura de los distintos tipos penales sobre los que recae este novedoso *nomen iuris* no poseen las características necesarias para abarcar, por sí solas, las conductas criminales que ordinariamente acompañan a la privación ilegal de la libertad. En consecuencia, para abarcar completamente la desvaloración de los distintos atentados de los que también es objeto la víctima del secuestro, o bien las personas relacionadas directamente con ésta, debe acudir a otras disposiciones sustantivas que en principio hacen muy relativa la necesidad de una ley especial antisequestro y, sobre todo, de la previsión de altos rangos de punibilidad que demuestran serias carencias en el aparato estatal de control de la criminalidad.

Nos referimos aquí a las reglas del concurso de delitos. A estas disposiciones debe acudir para abarcar completamente el hecho criminal que inicia con la privación ilegal de la libertad y culmina, las más de las veces, con la entrega de un rescate o la obtención de algún beneficio a cambio de la puesta en libertad del sujeto pasivo directo. La solución habría sido idéntica en tratándose de los eventos que, al día de hoy, cuentan con cobertura legal a través de subtipos agravados.

Esto no equivale a decir que hubiera sido preferible dejar las cosas en el estado en que se encontraban, sino sólo que entendemos innecesarias algunas cuestiones que puntualmente serán referidas en este trabajo y que podrían haber sido tratadas con un menor costo político-criminal. Valga adelantar nuestro disenso con los altísimos rangos de pena dispuestos para el tipo básico del delito de secuestro y, más aún, para sus distintas modalidades agravadas, que rebasan por mucho las penas previstas para otras modalidades delictivas de mayor capacidad lesiva (genocidio).

Como decíamos, acudir a las normas del concurso de delitos bien podría haber resuelto el problema sin necesidad de evidenciar, nuevamente, una ceguera que ha sido constante sobre una verdad absoluta: recurrir al aumento (siempre simplista) de las penas para unas ciertas parcelas de aplicación del derecho penal no resuelve el problema de la criminalidad en esa materia.

Por lo demás, queda bien claro que no son menos graves las conductas que constantemente tienen lugar durante o bien con aprovechamiento del ya referido ambiente facilitador que genera por sí misma la realización del secuestro que, por cierto, es cada vez más sangrienta e innecesariamente inhumana;<sup>2</sup> lo que pudiera suponer la necesidad de crear una ley especial. Conductas propias de los delitos de lesiones (comúnmente graves), como violación, abuso sexual, extorsión, robo, e incluso homicidio, acompañan común y tristemente la ejecución de un secuestro; sin embargo, no parece acertada la decisión de crear una ley especial que albergue tales supuestos, pues todas y cada una de las conductas citadas, incluida, por supuesto, la del propio secuestro, ya se encontraban previstas en el CPF.

Por todo ello —aunque no sea siempre lo más adecuado como ya se anticipaba—, ha sido inevitable plantear la creación y puesta en marcha de una ley, con todas las cualidades para ser considerada de emergencia, que pudiera agrupar las normas a través de las cuales se hiciera frente a tan desbordado fenómeno criminal. Y es que a pesar de estar incluido en el catálogo de delitos para los que opera el régimen diferenciado de tratamiento penal, procesal penal y de ejecución de sanciones en el ámbito de la delincuencia organizada —lo que ya supone la posibilidad de imponer penas de prisión altísimas a los sujetos que comentan tales delitos—, no se habían experimentado rebajas serias en su frecuencia ejecutiva.

Pues bien, dada la complejidad del problema hemos entendido necesarios algunos comentarios sobre la figura básica del secuestro en su modalidad más frecuente: la que se nutre del propósito de obtener rescate o cualquier beneficio. Para tales efectos, tomaremos como punto de partida el delito de privación ilegal de la libertad que configura la base objetiva de las diferentes modalidades del secuestro.

<sup>2</sup> Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *Diritto penale. Parte speciale*, 3a. ed., Bologna, vol. 2: I delitti contro il patrimonio, t. II, 2002, p. 155; Mantovani, Ferrando, *Diritto penale. Parte speciale*, Padova, 1989, p. 154.

## II. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD PERSONAL DE MOVIMIENTO

Como ya se tuvo oportunidad de indicar al inicio de este trabajo, la proclamación del derecho a la libertad de movimiento se desprende del texto constitucional desde una interpretación armónica, principalmente, de sus artículos 1o., 11, 14, párrafo segundo, y 16.

Así, toda persona que se encuentre dentro del territorio de la república tiene derecho a transitar libremente por ella sin necesidad de requisito alguno; el ejercicio de este derecho —dice también el artículo 11, CPEUM—, queda subordinado a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad penal o civil.

Por su parte, conforme a lo dispuesto por el artículo 14, párrafo segundo CPEUM, cualquier privación de la libertad personal se encuentra supeditada a los casos y formalidades establecidas en la ley, por lo que cualquier violación a tales disposiciones legales puede, en principio, acarrear responsabilidad criminal. Lo mismo tratándose de los presupuestos de restricción de la libertad personal *ex* artículo 16, CPEUM.

Por todo lo dicho, el contenido material del injusto en los casos que más adelante se abordarán está constitucionalmente bien legitimado. Las indicadas disposiciones permiten derivar del texto de la CPEUM el bien jurídico que pretenden proteger los distintos preceptos contenidos tanto en el CPF como ahora en la LGPSDMS.

### 1. La privación ilegal de la libertad

El delito de secuestro constituye una modalidad especial del delito de privación ilegal de la libertad.

Esta fórmula legislativa está llamada a operar en aquellos casos en los que la privación de la libertad se ejecuta con un particular propósito. Así lo reconoce el legislador cuando señala en el artículo 9o., LGPSDMS, que las penas ahí establecidas se impondrán a quien *prive de la libertad a otro*, siempre que tal privación de libertad esté acompañada de *un especial propósito*. De forma tal que la privación ilegal de la libertad se convierte en un delito de secuestro cuando se lleva a cabo con alguna de las finalidades señaladas, precisamente, en los distintos incisos de la fracción I del mencionado artículo 9o.

Esta figura básica de privación ilegal de la libertad aparece en el CPF dentro de su título vigésimo primero, que lleva por rótulo “Privación Ilegal de la libertad y de otras garantías”, capítulo único, donde se reúnen distintas conductas constitutivas de delito que implican una restricción a la libertad de movimiento, concretamente, nos referimos a sus artículos 364 y siguientes.<sup>3</sup>

En este apartado será abordado el artículo 364, CPF que —como ya se dijo— configura la base de las distintas modalidades típicas del delito de secuestro.

El artículo 364, fracción I del CPF contiene el tipo básico del delito de privación ilegal de la libertad. El texto del numeral es el siguiente:

Artículo 364. Se impondrá de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa:

I. Al particular que prive a otro de su libertad. Si la privación de la libertad excede de veinticuatro horas, la pena de prisión se incrementará de un mes más por cada día.

La pena de prisión se aumentará hasta en una mitad, cuando la privación de la libertad se realice con violencia, cuando la víctima sea menor de dieciséis o mayor de sesenta años de edad, o cuando por cualquier circunstancia, la víctima esté en situación de inferioridad física o mental respecto de quien la ejecuta.

De este artículo se derivan, por una parte, el tipo básico del delito de privación ilegal de la libertad y, por otra, una circunstancia agravante específica construida en función de la prolongación de la detención (fracción I).

También aparece una segunda circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal llamada a operar en aquellos casos en los que el delito se realice con violencia, o bien en contra de personas que poseen ciertas características particulares que las hace especialmente vulnerables (fracción II).

<sup>3</sup> El Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de noviembre de 2010 trajo como consecuencia la derogación de los artículos 366 y 366 bis del CPF que contemplaban, respectivamente, las distintas formas del delito de secuestro, así como otras conductas relacionadas con éste. Sobre la regulación anterior véase, Islas de González Mariscal, Olga, “El secuestro: análisis jurídico”, en Jiménez Ornelas, René A. y Islas de González Mariscal, Olga, *El secuestro: problemas sociales y jurídicos*, Ciudad de México, UNAM, 2002, pp. 64 y ss.

Se trata, sin más, de una norma penal diseñada en clave prohibitiva, mediante la cual se intentan reprimir —con un claro énfasis en el desvalor del resultado— los casos de detenciones ilegales, sin necesidad de acudir a la motivación o al propósito por virtud del cual se afecta la libertad de locomoción o de movimiento; esto es, se trata de evitar la realización de cualquier conducta privativa de la libertad sin tener que de adelantar las barreras de protección penal en orden a la protección de otro u otros bienes jurídicos, acaso sea bajo la modalidad de peligro abstracto.

El rango penal con el que se conmina la realización del delito es de *seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa*.

El marco legal de pena que se establece para este delito se encuentra muy por debajo de la que corresponde por la realización de la misma conducta (teñida de una especial finalidad), por la vía del artículo 9o., LGPSDMS. La diferencia con el rango punitivo dispuesto por la Ley para las distintas conductas constitutivas del delito de secuestro es de 39 años y seis meses respecto del rango mínimo de pena privativa de la libertad y de 77 años en el plazo máximo.

### A. Conducta típica

Conforme a su diseño típico, la conducta aparece recogida tan amplia como exclusivamente en la primera parte del párrafo primero de la fracción I del artículo 364 del CPF. El precepto, así construido, no exige ningún medio especial de comisión del delito ni señala las modalidades o circunstancias en que puede verse materializada la privación de la libertad.

Así, se incrimina la sola restricción de la libertad de movimiento<sup>4</sup> que es perfecta desde el primer momento de la detención y que se prolonga por cierto tiempo, lo que justifica su naturaleza de delito de consumación permanente.

<sup>4</sup> Díaz de León, Marco Antonio, *Nuevo Código Penal para el Distrito Federal con comentarios*, Ciudad de México, 2004, t. I, p. 771; González de la Vega, Francisco, *El código penal comentado*, Ciudad de México, 1996, pp. 449 y 450; Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, *Código penal anotado*, Ciudad de México, 2007, p. 1056; Pavón Vasconcelos, Francisco y Vargas López, Gilberto, *Derecho penal mexicano. Parte especial*, Ciudad de México, 2008, vol. VI, pp. 86 y 87; Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, 7a. ed., Ciudad de México, 2003, t. I (en su interior como t. III), p. 131.

En efecto, la acción privativa de la libertad comporta forzar al sujeto pasivo para que permanezca en un lugar y por un espacio de tiempo unilateralmente determinados, por voluntad del activo, por tanto, la víctima queda a la completa disposición del autor hasta en tanto no cese el estado antijurídico creado.<sup>5</sup> Por esa razón, la seguridad de la víctima debe considerarse —en términos generales y fuera de los supuestos para los que opera como bien jurídico principal (recién nacidos, enfermos mentales, entre otros)— como un valor que interesa, igualmente, en términos del peligro que para cualquier persona supone encontrarse a merced de quien, sobre todo en estos casos, realiza la conducta con una finalidad abstracta.

La conducta típica, en definitiva, está regulada en términos amplios a través de la utilización de un verbo rector que, como señala Díez Ripollés, brinda virtualidad causal a cuantas conductas sean adecuadas para privar de la libertad a otro.<sup>6</sup>

### *B. Sujeto activo y sujeto pasivo*

El precepto prevé la realización dolosa de la conducta prohibida por un sujeto activo genérico, el cual viene reconocido por el legislador a través del término “particular”.<sup>7</sup> Por su parte, el sujeto pasivo puede ser cualquier persona,<sup>8</sup> incluso, los recién nacidos o personas con incapacidad mental profunda, supuestos para los cuales se prevé una circunstancia agravante específica como más adelante se verá.

Por lo demás, en los casos en los que el pasivo cuenta con la capacidad natural mínima para resolver sobre su libertad ambulatoria —cediendo a la agresión y renunciando a su protección—, la acción típica debe realizarse contra su voluntad. El consentimiento del sujeto

<sup>5</sup> Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.*, p. 137.

<sup>6</sup> Díez Ripollés, José Luis, “Delitos contra la libertad”, en Díez Ripollés, José Luis y Gracia Martín, Luis (coords.), *Comentarios al código penal. Parte especial*, Valencia, 1997, t. I, p. 720. También en Díez Ripollés, José Luis y Gracia Martín, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia, 1993, pp. 326 y 327. En el mismo sentido, Muñoz Sánchez, Juan, *El delito de detención*, Madrid, 1992, pp. 109 y 110.

<sup>7</sup> Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.*, p. 133.

<sup>8</sup> Díaz de León, Marco Antonio, *op. cit.*, p. 773; González de la Vega, Francisco, *op. cit.*, p. 450; Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.*, p. 134; Pavón Vasconcelos, Francisco y Vargas López, Gilberto, *op. cit.*, pp. 89 y 90.

pasivo juega un papel fundamental y, en caso de que aparezca, conduce a la afirmación de la atipicidad de la conducta.<sup>9</sup> Quedan a salvo, como se verá *infra*, las consecuencias del consentimiento tratándose de menores de edad que no tienen dicha capacidad.

### C. Subtipos agravados

En la segunda parte del párrafo primero de la fracción I, y en su segundo párrafo, se prevén sendas circunstancias agravantes específicas que operan, primero, en función de la duración de la privación ilegal de la libertad y, en segundo lugar, en atención a la ejecución del delito a través de medios violentos, o bien cuando éste se desarrolle en contra de personas que —ya sea por razón de la edad o del estado físico o mental de éstas— presentan una mayor vulnerabilidad.

En primer lugar —según indica la segunda parte del párrafo primero de la fracción I—, si la privación de la libertad presenta una duración mayor a veinticuatro horas, la pena de prisión se aumentará en un mes más por cada día, de forma tal que el marco penal abstracto de *seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa*, queda reservado para aquellos casos en los que la privación ilegal de la libertad, primero, no tenga un duración mayor a las veinticuatro horas, y segundo, no se realice a través de medios violentos o en contra de las personas en quienes aparezcan las cualidades especiales exigidas por el párrafo segundo de la fracción I.

El aumento de punibilidad en el primer caso, el que parte de la mayor duración del estado de privación de la libertad, se legitima por el mayor contenido de injusto que el hecho reporta,<sup>10</sup> lo que supone

<sup>9</sup> En este sentido, Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.*, p. 136; Pavón Vasconcelos, Francisco y Vargas López, Gilberto, *op. cit.*, pp. 91 y 92, quienes parecen decantarse por la apreciación del consentimiento del pasivo como causa de justificación. En nuestra opinión, el consentimiento del sujeto pasivo no supone brindar cobertura legal a la lesión de la libertad de movimiento desactivando el castigo, sino que, por el contrario, el consentimiento (en los casos en que sea eficaz) impide la lesión por tratarse de una clara disposición del bien jurídico.

<sup>10</sup> En este sentido, Carbonell Mateu, Juan Carlos y González Cussac, José Luis, “Delitos contra la libertad (I): detenciones ilegales y secuestros”, en Varios Autores, *Derecho penal. Parte especial*, 3a. ed., Valencia, 2010, p. 176; Gómez Inieta, Diego, “Delitos contra la libertad”, en Arroyo Zapatero, Luis *et al.* (dirs.), *Comentarios al código penal*, Madrid, 2007, p. 400; Segrelles de Arenaza, Íñigo, “Delitos contra la

aumentar el riesgo de lesión (en términos de indemnidad personal) al que se expone a la víctima.

En cualquier caso, la respuesta penal prevista para estos supuestos sigue siendo benévola, en atención al ya señalado estado de peligro que se genera sobre la persona que ha sido sustraída de su espacio habitual de movimiento. En efecto, se considera un marco penal reducido en tratándose de un bien jurídico tan valioso como lo es esa precisa manifestación de la libertad y que, siendo una cualidad inherente a la naturaleza humana, permite el disfrute del resto de las prerrogativas de las personas.

Ello no significa que deban preferirse los marcos penales establecidos en la ley general antisequestro, todo lo contrario; debe realizarse una revisión legislativa integral que permita cumplir con las exigencias mínimas del principio de proporcionalidad de las penas.

Como ya se avanzó, el referido marco de punibilidad de *seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa* puede verse aumentado cuando la duración de la privación ilegal de la libertad sea mayor a veinticuatro horas, o cuando la conducta se realice de forma violenta o sobre personas menores *de dieciséis o mayores de sesenta años de edad, o cuando por cualquier circunstancia, la víctima esté en situación de inferioridad física o mental respecto de quien la ejecuta*.

En su primera modalidad, la de ejecución *violenta* del hecho, se produce un aumento en el marco legal de la pena de prisión hasta en una mitad, colocándolo de nueve meses a cuatro años, seis meses de prisión, mientras que la pena de multa queda intocada.

Para reconocer los casos para los que opera esta primera modalidad del tipo agravado, hace falta dejar muy claro a qué se refiere el legislador cuando utiliza la frase “se realice con violencia”.

De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española (DLE)*, la palabra “violencia” tiene diversas acepciones. La más adecuada para despejar las incógnitas que plantea el tipo agravado es la de “acción y efecto de violentar o violentarse”. El verbo “violentar”, a su vez, significa (entre otras) “aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia”. Por su parte, el adjetivo calificativo “violento”

libertad (I). Detención ilegal y secuestro”, en Cobo del Rosal, Manuel (dir.), *Compendio de derecho penal español (parte especial)*, Madrid, 2000, p. 127; Quintanar Diez, Manuel, “Artículos 163 a 168”, en Cobo del Rosal, Manuel (dir.), *Comentarios al código penal*, Madrid, 1999, t. VI, p. 43.

—aplicable para definir lo que debe entenderse como una acción violenta— significa, conforme al *DLE*, “que obra con ímpetu y fuerza”.

Así tenemos que la primera hipótesis agravatoria del delito de privación ilegal de la libertad se configura ante la acción que se realiza con fuerza, o si se desea, que el sujeto activo la realice valiéndose de medios físicos para lograr la privación de la libertad.

En efecto, como señala González Rus: “Por fuerza se entiende la violencia material que para cometer un delito se hace a una persona”.<sup>11</sup>

Es importante destacar que la aplicación de la fuerza puede traer consigo la aparición de lesiones de cierta entidad en el cuerpo de la víctima. La cuestión a resolver en este caso es si éstas pueden coexistir con el delito de privación ilegal de la libertad en régimen de concurso ideal o si, de otra forma, deben estar consumidas por éste en tanto configuran la base de la circunstancia agravante.

A nuestro parecer, las lesiones menores que aparecen como consecuencia de la aplicación de maniobras físicas para lograr la detención, deben considerarse implícitas en el tipo agravado de privación ilegal de la libertad, dejándose a salvo la posibilidad de concursar aquellas que no formen parte de la dinámica comisiva.<sup>12</sup>

Existe una segunda circunstancia agravatoria en el párrafo segundo, fracción I del artículo 364, CPF. Se trata de aquellos casos en los que la privación ilegal de la libertad se realiza en contra de: 1) personas menores de dieciséis años o mayores de sesenta, y 2) personas que por cualquier circunstancia, estén en inferioridad física o mental respecto del autor.

El fundamento de la agravación en estos casos radica en la realización del delito en contra de personas que forman parte de colectivos especialmente vulnerables, lo que hace aún más reprobable la acción.

Esta especial vulnerabilidad viene dada —especialmente en los casos de personas menores de edad—, por el reconocimiento de su menor capacidad para comprender el significado del atentado y para decidir, en consecuencia, sobre la forma en que es posible intentar

<sup>11</sup> González Rus, Juan José, *La violación en el código penal español*, Granada, 1982, p. 353.

<sup>12</sup> Véase González Rus, Juan José, *La violación en el código penal...*, cit., pp. 504 y ss.; Gómez Tomillo, Manuel, “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en Gómez Tomillo, Manuel (dir.), *Comentarios al código penal*, 2a. ed., Valladolid, 2011, p. 713.

su defensa frente a la agresión.<sup>13</sup> La ejecución del delito contra este particular grupo de personas pone de relieve, asimismo, una mayor seguridad en la ejecución del delito,<sup>14</sup> sin duda, en razón de que el autor encontrará en ellas una menor capacidad de resistencia.

Por lo demás, no se deja de advertir que en estos casos es aún más sensible la puesta en entredicho de la seguridad de la víctima.<sup>15</sup>

### III. LOS DELITOS EN MATERIA DE SECUESTRO

La altísima frecuencia que se ha venido presentando en la comisión del delito de secuestro, lo ha convertido en uno de los problemas más graves por los que México atraviesa.<sup>16</sup>

Se trata de una conducta criminal de efectos devastadores no sólo frente a la persona que sufre de manera directa los efectos del delito —a quien se coloca, además, en una situación de vulnerabilidad absoluta—, sino que, asimismo, alcanzan a quienes conforman su primer grupo de convivencia con consecuencias igualmente graves.

Los efectos que produce este delito tanto en la persona del pasivo directo como en las personas relacionadas con éste, los propósitos con los que se ejecuta y su cada vez más cercana vinculación con las actividades de la criminalidad organizada,<sup>17</sup> han llamado necesariamente la atención de distintos sectores sociales. De hecho, ha sido tan constante la atención que se ha puesto sobre la prevención y el combate al delito de secuestro que —a pesar de que en esta época no era tan alta

<sup>13</sup> González Rus, Juan José, “El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias”, en Morillas Cueva, Lorenzo (dir.) y Suárez López, José María (coord.), *El menor como víctima y victimario de la violencia social (estudio jurídico)*, Madrid, 2010, p. 131.

<sup>14</sup> González Rus, Juan José, “El menor como responsable penal...”, *cit.*, p. 128; Díez Ripollés, José Luis, “Delitos contra la libertad...”, *cit.*, p. 753; Blanco Cordero, Isidoro, “Delitos contra la libertad (artículos 163 a 168)”, en Gómez Tomillo, Manuel (dir.), *Comentarios al código penal*, 2a. ed., Valladolid, 2011, p. 649.

<sup>15</sup> Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal. Parte especial*, Barcelona, 1986, pp. 128 y 129.

<sup>16</sup> Sobre los antecedentes históricos del fenómeno véase, Góngora Pimentel, Genaro David, *Evolución del secuestro en México y las decisiones del Poder Judicial de la Federación en la materia*, Ciudad de México, 2005, pp. 1 y ss.

<sup>17</sup> En la experiencia italiana véase, Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *op. cit.*, p. 155.

su frecuencia delictiva—<sup>18</sup> fue necesaria su incorporación dentro del catálogo de delitos para los que resultan de aplicación las reglas especiales de investigación, persecución, procesamiento y sanción de la delincuencia organizada.<sup>19</sup> A pesar de ello, no se ha logrado el impacto preventivo que se esperaba.

Pues bien, aun cuando el artículo 9o. de la LGPSDMS alberga distintas hipótesis comisivas que distinguen la base del propósito que persigue el autor, lo cierto es que el delito de secuestro se ha venido orientando hacia la obtención de importantes beneficios de carácter económico.<sup>20</sup> En efecto, en muy pocas ocasiones se han conocido casos en los que se prive ilegalmente de la libertad a una persona con un propósito diverso.<sup>21</sup>

Esta suerte de *especialización* en la comisión del delito de secuestro, aunada al aumento de su realización por parte de grupos de la delincuencia organizada, hizo necesaria una revisión del marco normativo nacional. Así, el 30 de noviembre de 2010 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* un Decreto a través del cual se expidió la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro. Esta ley general tiene por objeto reglamentar, como más adelante se verá, una de las facultades que la CPEUM reserva para el ejercicio exclusivo del Congreso de la Unión. Concretamente, se trata de la contenida en el artículo 73, fracción XXI, inciso *a*, de la CPEUM.

Con esta nueva Ley se pretenden paliar las dificultades que presenta la investigación, el procesamiento y la sanción de conductas criminales relacionadas con el delito de secuestro; dificultades que son producto, primero, de la fenomenología propia del ilícito y de los delitos que comúnmente le acompañan y, en segundo lugar, del exponencial crecimiento de tales conductas en los últimos años.

<sup>18</sup> La cifra entonces no era tan alta como lo es actualmente. Al respecto, véase Jiménez Ornelas, René A., “El secuestro: uno de los males sociales del mexicano”, en Jiménez Ornelas, René A. e Islas de González Mariscal, Olga, *El secuestro: problemas sociales y jurídicos*, Ciudad de México, UNAM, 2002, pp. 27, 28 y 36.

<sup>19</sup> La ley de la materia fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de noviembre de 1996.

<sup>20</sup> Especialmente cuando se trata de delincuencia organizada. En este sentido, véase Félix Cárdenas, Rodolfo, *Nueva política criminal para el combate del delito de secuestro*, Ciudad de México, 2010, p. 58.

<sup>21</sup> Históricamente ha sido ésta, la económica, la principal motivación para la realización del delito. Véase Carrión Tizcareño, Manuel, *El secuestro en México*, Ciudad de México, 2010, pp. 50 y ss.

Hasta antes de la publicación de la LGPSDMS, el delito de secuestro se encontraba previsto en el CPF y en los distintos códigos penales de todos los estados del país con una manufactura más o menos similar. En todos los casos se consideraba secuestro la privación ilegal de la libertad que se realizaba con un *propósito específico*, por ejemplo, con la finalidad de exigir rescate, con la intención de causar un daño, o bien para obligar a una autoridad o a un particular a la realización de un acto cualquiera.

Pero a pesar de la relativa uniformidad que existía en cuanto a la previsión normativa del delito de secuestro, ésta resultaba insuficiente para enfrentar sin cortapisas la feroz escalada del delito en los últimos años. Por ello, dentro del paquete de ajustes constitucionales y legislativos dados a conocer a través del Decreto de noviembre de 2010, la LGPSDMS cumplió con una función muy especial: unificar la previsión típica del delito por la vía de la reglamentación de una facultad exclusiva del Congreso de la Unión.

Así, en la LGPSDMS se amplió el catálogo de conductas vinculadas al delito de secuestro; se crearon nuevos subtipos especiales y se integraron otras tantas conductas relacionadas con las actividades que, de ordinario, contextualizan la realización de este delito.

Particularmente, el delito de secuestro quedó regulado en la citada ley general en su artículo 9o., fracción I (con cuatro incisos). En este nuevo marco normativo el delito de secuestro se sanciona con rangos penales altísimos, sobre todo, después de la reforma que sufriera la LGPSDMS el 3 de junio de 2014.<sup>22</sup>

También se recogen, entre otras disposiciones (incluso algunas de carácter premial que permiten reafirmar su carácter de ley de *emergencia*),<sup>23</sup> nuevos delitos en materia de encubrimiento y otros re-

<sup>22</sup> La reforma consistió, simplemente, en duplicar las penas que originalmente recogía la LGPSDMS. El resultado fue la previsión de rangos de pena privativa de la libertad que pueden alcanzar los 140 años de prisión (véase artículo 11 de la LGPSDMS).

<sup>23</sup> Como señalan Fiandaca y Musco, la creciente alarma social, provocada por la difusión de los secuestros como instrumento eficaz de ilícito enriquecimiento utilizado por la moderna criminalidad organizada, ha provocado reacciones legislativas típicamente *emergentes*, desde la perspectiva de una estrategia diferenciada: por un lado, haciendo más riguroso el tratamiento punitivo y, por otro lado, favoreciendo formas de arrepentimiento que hagan posible la liberación del detenido o a la eliminación de las ulteriores consecuencias del delito. Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *op. cit.*, pp. 155 y ss.

lacionados con las actividades de los servidores públicos en los ámbitos de procuración y administración de justicia.

Pero aun cuando aparecen en la LGPSDMS novedosas figuras de contenido penal —junto a otras de naturaleza más bien administrativa encaminadas a construir un frente nacional y uniforme para enfrentar el problema del secuestro— parece que uno de los problemas centrales o, si se desea, el que tiene que ver con la principal motivación para la ejecución del delito no se alcanza a resolver. Y no se resuelve, entre otras cosas, porque se ha vuelto a la utilización inopinada de un recurso demagógico (de ineficacia probada) que ha sido tan amplia como reiteradamente denunciado y que es el aumento indiscriminado de las penas.<sup>24</sup>

Como adelantábamos, el impulso subjetivo propio del delito de secuestro coincide y se nutre, fundamentalmente, por el propósito de alcanzar un beneficio (mayor o menor) pero siempre de naturaleza económica. Sin embargo, la ley general en materia de secuestro no establece ninguna diferencia ni en lo que respecta a la estructura del tipo penal ni en cuanto al rango de pena aplicable, para aquellos casos en los que se obtiene *aquello* que es producto de la exigencia de rescate o de cualquier beneficio.<sup>25</sup>

El delito de secuestro es perfecto tanto en los casos en los que el activo es detenido en el momento mismo de estarlo ejecutando —sin necesidad de que haya recibido *aquello* que ha exigido o que *pretendía* exigir posteriormente como rescate o beneficio—, como cuando el autor es detenido tiempo después de su realización y de la obtención (o no) de ese particular beneficio económico. Esto quiere decir que resulta indiferente a efectos de la incriminación de la conducta —y definitivamente a los efectos de considerar un mayor o menor rango de pena *in abstracto*—, el que se haya materializado o no el propósito que informa subjetivamente la privación de la libertad. De esta forma, la

<sup>24</sup> Islas de González Mariscal, Olga, *op. cit.*, pp. 53 y 60.

<sup>25</sup> Esto permite afirmar que la disposición no está configurada como un tipo penal que proteja especialmente el patrimonio. Véase Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *op. cit.*, pp. 155 y 156. Para estos autores, el secuestro mantenía, en su configuración anterior (Código Penal italiano), una connotación patrimonial comprobada por la previsión de una circunstancia agravante, aplicable para los casos en los que el agente consiguiera el pago de la suma solicitada a título de rescate. También, Dalia, Andrea A., *I sequestri di persona a scopo di estorsione, terrorismo od everzione*, Milán, 1980, colección La legislazione dell'emergenza, pp. 9, 32 y 33.

legislación actual en la materia permite —como hacía también el CPF con la regulación anterior— castigar con base en el mismo rango de pena a quien no sólo atenta contra la libertad de quien ha sido privado ilegalmente de ésta, sino, además, contra el patrimonio de la propia víctima directa o de un tercero. El problema radica en definir cuáles son los límites del tipo penal en términos de su contenido de tutela.

De acuerdo con la estructura típica actual del delito de secuestro, el beneficio económico que se obtiene por la vía del pago del rescate no es producto de ese delito. Es producto de otro que le sucede y que debe ser objeto de imputación por separado.

Efectivamente, si se analiza con cuidado la mencionada estructura típica, no existe razón jurídica sustentable para integrar en ella la afectación patrimonial que es consecuencia de la satisfacción de la exigencia.

La solución para el particular problema de imputación del resultado que comprende la afectación patrimonial, viene dada a través de las reglas del concurso real de delitos. De esta manera se logra, además, identificar el delito que realmente produce el beneficio económico.

La estructura típica que ofrece la ley general antisequestro en lo que respecta a la forma más común de ejecución de este delito (hipótesis de obtener, para el propio sujeto activo o para un tercero, rescate o cualquier otro beneficio) coincide con la que presentan las infracciones penales que la doctrina reconoce como tipos o delitos de intención *mutuados de dos actos*.

En estos casos la conducta típica se consuma (al igual que en los delitos de resultado cortado), en el momento mismo en que el sujeto activo desarrolla la conducta prohibida para la cual se exige un especial ánimo, sólo que, a diferencia de lo que sucede con los de resultado cortado, en los delitos mutilados de dos actos el autor ejecuta el delito base como medio para la realización de un acto posterior que está a cargo del mismo sujeto. Esta categoría de delitos opera, por tanto, sin necesidad de que el acto posterior —eventual e innecesario a efectos de la consumación del delito base—, aparezca. De tal forma que si el resultado que subyace al propósito por el cual se ejecuta la privación ilegal de la libertad sí acontece, éste puede ser objeto de imputación por separado bajo las reglas del concurso de delitos.

En el caso particular, si el sujeto activo del delito de secuestro obtiene un beneficio económico que es producto de la exigencia de un res-

cate, sería posible imputarle la comisión del delito de secuestro y, por otro lado, el de extorsión bajo las reglas del concurso real de delitos.

La hipótesis concursal se visualiza claramente si se tiene en cuenta que la afectación patrimonial que sufre la víctima directa (o un tercero) por razón del pago del rescate, no se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma principal que, en definitiva, estando estructurada con especial énfasis en el desvalor de acción, integra sólo la protección de la libertad personal ambulatoria efectivamente lesionada y, cuando mucho, la de un bien jurídico, en todo caso secundario (patrimonio), que vendría determinada según el supuesto normativo, pero siempre bajo la modalidad de peligro abstracto.

La *lesión* patrimonial que sufre quien proporciona los recursos para el pago del rescate —sea o no la víctima directa del secuestro— no parece estar considerada dentro del ámbito de protección del tipo penal del delito de secuestro. Si se ajusta normativamente este extremo podrían valorarse, asimismo, otras tantas cuestiones de especial importancia en el combate a este delito.

Pero no se trata de caminar por la brecha —siempre simplista— del aumento indiscriminado de las penas —en este caso a través de las reglas del concurso de delitos—, sino de ajustar los márgenes penales legales dispuestos para las diferentes modalidades del delito de secuestro, a la efectiva lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

Así, sin necesidad de acudir a la casuística del delito, se puede optar por un diseño normativo sencillo que, por ello, se ajuste con facilidad a las actuales circunstancias de ejecución, métodos de operación de las organizaciones criminales y, muy especialmente, a las necesidades sociales de protección penal en esta particular y oscura realidad.

### ***El delito de secuestro del artículo 9o., fracción I, LGPSDMS***

El Decreto publicado el 30 de noviembre de 2010 en el *Diario Oficial de la Federación* derogó los artículos 366 y 366 bis del CPF, habilitando la entrada en vigor de los distintos tipos penales que la LGPSDMS prevé a partir del artículo 9o. y hasta su artículo 17.<sup>26</sup> En

<sup>26</sup> El artículo 18 no integra ninguna figura delictiva, a pesar de que en diversos ordenamientos se entienda así, por ejemplo, en la LFCDO (artículo 2o., fracción VII) y en el Código Federal de Procedimientos Penales (artículo 194, fracción XVIII). En

esta Ley se encuentran actualmente todas las figuras delictivas —así como sus particulares circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal— relacionadas con el delito de secuestro.

El texto del artículo 9o. de la LGPSDMS, que recoge las diferentes modalidades típicas del delito de secuestro, es el siguiente:

Artículo 9. Al que prive de la libertad a otro se le aplicarán:

I. De cuarenta a ochenta años de prisión y de mil a cuatro mil días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de:

- a) Obtener, para sí o para un tercero, rescate o cualquier beneficio;
- b) Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle daño, para obligar a sus familiares o a un particular a que realice o deje de realizar un acto cualquiera;
- c) Causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a terceros; o
- d) Cometer secuestro exprés, desde el momento mismo de su realización, entendiéndose por éste, el que, para ejecutar los delitos de robo o extorsión, prive de la libertad a otro. Lo anterior, con independencia de las demás sanciones que conforme a esta Ley le correspondan por otros delitos que de su conducta resulten.

Este artículo conmina con la gravísima pena de prisión de entre cuarenta y ochenta años<sup>27</sup> y con otra no menos grave de mil a cuatro mil días de multa, a quien, en régimen de alternatividad, prive de la libertad a otro con el propósito de:

ese artículo se prevé un régimen de inhabilitación (a modo de pena accesorio) para aquellos casos en los que el sujeto activo de cualquiera de los delitos previstos en la LGPSDMS sea o haya sido servidor público de las instituciones policiales, de procuración de justicia, del sistema penitenciario o de las dependencias encargadas de la seguridad pública.

<sup>27</sup> Se trata de una pena completamente desproporcionada, para confirmar la afirmación valgan un par de ejemplos: 1) el rango de pena privativa de la libertad previsto por el artículo 9o., fracción I de la LGPSDMS para sus distintas modalidades, es mayor a la prevista por el artículo 148 bis del CPF para las diversas formas del delito de terrorismo internacional, y 2) la pena privativa de la libertad que dispone el artículo 9o., fracción I de la LGPSDMS, es mayor a la que prevé el artículo 149 bis del CPF para la primera hipótesis del delito de genocidio, esto es, para los casos en los que el propósito de destruir total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, se manifieste mediante atentados contra la vida de los miembros de tales grupos.

- a) Obtener, para sí o para un tercero, rescate o cualquier otro beneficio.
- b) Detener en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle daño para que sus familiares o un particular hagan o dejen de hacer un acto cualquiera.
- c) Causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a un tercero.
- d) Privar de la libertad por el tiempo necesario para cometer los delitos de robo o extorsión (*secuestro exprés*).

Este artículo viene a sustituir al anterior artículo 366 del CPF, que en su fracción I contemplaba, básicamente, las mismas conductas que el actual artículo 9o. de la LGPSDMS, sólo que el rango de pena establecido en el artículo 366 era de quince a cuarenta años de prisión.

*La modalidad delictiva del artículo 9o., fracción I,  
inciso a, de la LGPSDMS*

Por su frecuencia comisiva, en este apartado sólo será objeto de análisis la primera hipótesis del artículo 9o. de la LGPSDMS:

Artículo 9. Al que prive de la libertad a otro se le aplicarán:

I. De cuarenta a ochenta años de prisión y de mil a cuatro mil días multa, si la privación de la libertad se efectúa con el propósito de:

- a) Obtener, para sí o para un tercero, rescate o cualquier beneficio.

El tipo penal que recoge el artículo 9o., fracción I, inciso *a* de la LGPSDMS, se configura como una hipótesis dependiente del tipo básico del delito de privación ilegal de la libertad,<sup>28</sup> al que se suma un elemento subjetivo del injusto. En consecuencia, el bien jurídico que aquí se protege, principalmente, es la libertad personal ambulatoria<sup>29</sup> y en segundo plano —sin que ello logre legitimar el elevadísimo margen de punibilidad dispuesto para este delito—, podría hablarse del patrimonio.

No obstante, la lesión del patrimonio sólo puede tener lugar si con posterioridad a la privación ilegal de la libertad se manifiesta la exi-

<sup>28</sup> Mantovani, Ferrando, *op. cit.*, p. 156.

<sup>29</sup> Díaz de León, Marco Antonio, *op. cit.*, p. 777.

gencia del rescate o del beneficio y, además, éste es logrado pero nunca antes.<sup>30</sup>

En cuanto a los sujetos, el tipo penal prevé la realización de la conducta típica por cualquier persona, esto es, que presenta un sujeto activo genérico. Con respecto al sujeto pasivo —igualmente genérico—<sup>31</sup> son aplicables al tipo las consideraciones ya realizadas a propósito del tipo básico de privación ilegal de la libertad.

### *a. Sobre el bien jurídico protegido*

Aunque hemos dicho que el precepto se ocupa, principalmente, de proteger la libertad personal de movimiento, lo cierto es que la prolongación de la detención produce una situación de riesgo que compromete la seguridad o indemnidad de la víctima; se trata del derecho que tiene cualquier persona para permanecer libre de agresiones. En efecto, no se pierde de vista lo señalado anteriormente, en el sentido de que cualquier modalidad de privación ilegal de la libertad comporta, asimismo, la puesta en peligro del complejo de bienes jurídicos inherentes a la persona y que pueden ser agrupados dentro de un concepto general de seguridad.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> No podemos coincidir con un sector doctrinal que sugiere la protección de otros bienes jurídicos a través de las distintas hipótesis del delito de secuestro. Su manufactura, a modo de delito mutilado de dos actos, no permite considerar dentro de su ámbito de protección a otros bienes jurídicos distintos a la libertad de movimiento. Cuando nos hemos referido a la protección *secundaria* del patrimonio, nos limitamos a su puesta en peligro (abstracto), en razón de que, bajo la presente modalidad delictiva, la intención que impulsa la conducta del activo, y reiteramos, la intención, es la de afectar el patrimonio de la víctima directa o de un tercero, pero tal propósito no supone adicionar el contenido material del injusto más allá de la creación de un riesgo. Opina que el tipo penal protege diversos bienes jurídicos según se trate de una modalidad delictiva u otra, Márquez Piñero, Rafael, “Aspectos jurídicos internacionales del secuestro”, *Ars Iuris*, núm. 11, 1994, pp. 133 y ss. Góngora Pimentel, Genaro David, *op. cit.*, p. 70, para quien el delito comporta consecuencias patrimoniales para los familiares o amigos de la víctima. También Pavón Vasconcelos, Francisco y Vargas López, Gilberto, *op. cit.*, p. 169.

<sup>31</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco y Vargas López, Gilberto, *op. cit.*, p. 174.

<sup>32</sup> Como señala Islas de González Mariscal, el propósito de obtener rescate a cambio de la liberación de la víctima pone en juego también: “La seguridad de la vida de la víctima del secuestro, su tranquilidad personal y la seguridad del patrimonio de la víctima o de sus familiares”. Islas de González Mariscal, Olga, *op. cit.*, p. 76.

La privación ilegal de la libertad separa a la víctima de su espacio habitual de vida y convivencia, colocándola en un ambiente más o menos propicio (en función de las condiciones de ejecución del hecho) para la lesión de otros bienes jurídicos, como decíamos, inherentes a su persona. Así puede hablarse de la vida, la integridad física, la libertad o indemnidad sexual, el patrimonio, entre otros.<sup>33</sup>

Es importante subrayar que la seguridad de la víctima —entendida en los términos expuestos— aparece en un plano secundario con relación al bien jurídico principal (libertad de movimiento), excepto en los casos en los que el delito se realice en contra de personas que no cuentan con la capacidad natural mínima para desarrollar su libertad de locomoción (recién nacidos, incapacitados mentales permanentes); en estos casos la seguridad de la víctima reviste una especial importancia de cara a la fundamentación del injusto.

El secuestro se configura, por tanto, como una privación ilegal de la libertad que aparece en aquellos casos en los que el autor actúa con un especial propósito. En este caso el propósito aparece bien orientado a la obtención de un beneficio,<sup>34</sup> que las más de las veces implica la satisfacción de una condición de contenido patrimonial.

La aparición de ese especial propósito representa un elemento subjetivo del injusto, desde el cual puede advertirse la especial importancia que para esta hipótesis reviste el patrimonio de la víctima, o bien del tercero que puede ser el destinatario de la petición del rescate o del beneficio; sin embargo, la puesta en escena de dicho bien jurídico de forma alguna puede entenderse en el sentido de que esta particular representación del delito de secuestro tenga una función protectora preferentemente patrimonial, sino sólo que su recogida en la forma de un elemento subjetivo del injusto matiza la privación ilegal de la libertad,

<sup>33</sup> Cobos Gómez de Linares, Miguel Ángel, “Los delitos contra la libertad”, en Rodríguez Ramos, Luis, Cobos Gómez de Linares, Miguel Ángel *et al.*, *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 1998, t. I, p. 128.

<sup>34</sup> Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, *op. cit.*, p. 1062; Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.*, p. 139, quien considera que la agravación de la detención ilegal obedece a que las distintas circunstancias que rodean al secuestro comportan una especial intensidad antijurídica. En nuestro criterio no existe un especial aumento en el contenido material del injusto, sino sólo la previsión de un elemento subjetivo del injusto que cumple una función limitadora respecto del objetivo perseguido con la detención ilegal.

otorgándose una protección más bien secundaria al patrimonio bajo la modalidad de peligro.<sup>35</sup>

Y decimos que la protección es secundaria, especialmente, en razón de que el eventual receptor de la exigencia del rescate o del beneficio de cualquier especie no está delimitado por el tipo penal. Por esa razón, la situación de peligro que genera la aparición del elemento subjetivo del injusto es aún más difusa.

### *b. La naturaleza técnica del precepto*

La modalidad típica que ahora se comenta describe los elementos de un delito contra la libertad de movimiento que aparece ferozmente castigado por razón de que el sujeto activo actúa con un especial propósito;<sup>36</sup> en este caso, el de obtener rescate o cualquier beneficio.<sup>37</sup> Esta finalidad, no obstante, dado el diseño del precepto trae consigo la idea de un hecho posterior y eventual cuya aparición resulta absolutamente innecesaria para la consumación del secuestro que se ocupa, fundamentalmente, de la libertad de movimiento.<sup>38</sup>

Se trata de un delito de intención, *mutilado de dos actos*, en razón de que el sujeto activo actúa objetivamente contra la libertad de movimiento con un propósito específico que, eventualmente, puede concretarse en la lesión de otro interés jurídico a través de un acto posterior;<sup>39</sup> mediante la exigencia (hipótesis de lesión sobre la libertad de decisión) y, en su momento, de la entrega del rescate o del beneficio cualquiera (hipótesis de lesión, en los casos más frecuentes, del patrimonio de las personas).

Para aclarar por qué afirmamos que se trata de un tipo penal de los denominados *mutilados de dos actos*, debemos tener en cuenta que el delito de secuestro requiere para efectos de su incriminación de dos

<sup>35</sup> Mantovani, Ferrando, *op. cit.*, p. 156.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 156 y 157.

<sup>37</sup> Carmona, Angelo, *Tutela penale del patrimonio individuale e collettivo*, Bologna, 1996, pp. 105-107 y 172.

<sup>38</sup> Como señalan Fiandaca y Musco, la configuración actual del tipo penal en el Código Penal italiano es sintomática de una inversión de tendencia sobre el plano político-criminal, en el sentido de que la originaria connotación patrimonial del secuestro extorsivo parece ceder frente a una mayor proyección de la tutela jurídica sobre el bien de la libertad personal. Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo, *op. cit.*, pp. 156 y 157.

<sup>39</sup> Padovani, Tullio, *Diritto penale*, 7a. ed., Milán, 2004, p. 102.

exigencias fundamentales; primero, la de privar dolosamente de la libertad a una persona y en segundo lugar, realizar tal privación de la libertad con un particular propósito (elemento subjetivo del injusto). En realidad, el delito de secuestro se separa de otras hipótesis típicas con las que pudiera coincidir en el plano objetivo, únicamente por la intención del autor,<sup>40</sup> la cual representa, por otro lado, un momento *ineliminable* en el examen de la tipicidad de la conducta.<sup>41</sup>

Así, la primera exigencia típica, la de privar de la libertad a otro, se acompaña por una particular *tendencia subjetiva* del autor, cual es el propósito de obtener, para sí o para otro, rescate o cualquier otro beneficio;<sup>42</sup> sin embargo, no es necesario para efectos de su consumación ni siquiera la petición del rescate.<sup>43</sup> Tampoco lo será, lógicamente, su obtención.<sup>44</sup>

Se trata, por tanto, de un delito de intención —como decíamos— *mutilado de dos actos*, en el que la acción dolosa es realizada por el autor como medio ejecutivo para alcanzar un fin subjetivo, el cual está representado por una ulterior actuación del propio autor.<sup>45</sup> De esta forma, el delito *mutilado de dos actos* se consuma con la práctica dolosa de la conducta primaria, siempre y cuando ésta se realice con la finalidad subjetiva exigida por la ley (*propósito*).<sup>46</sup>

<sup>40</sup> Antolisei, Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, 11a. ed., Milán, 1994, t. I, p. 368.

<sup>41</sup> Dalia, Andrea A., *op. cit.*, pp. 46-49.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 40 y 41.

<sup>43</sup> Islas de González Mariscal, Olga, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

<sup>44</sup> Márquez Piñero, Rafael, “Aspectos jurídicos internacionales del secuestro...”, *cit.*, p. 126.

<sup>45</sup> Polaino Navarrete, Miguel, “Dolo y elemento subjetivo del injusto en los delitos de manifestación a la luz del Código penal de 1995”, en Varios Autores, *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor doctor don Ángel Torío López*, Granada, 1999, p. 892.

<sup>46</sup> Polaino Navarrete, Miguel, *op. cit.*, p. 893. Véase, la posición de Díez Ripollés, en Díez Ripollés, José Luis y Gracia Martín, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, *cit.*, p. 347. Este autor le asigna la categoría de delito mutilado de dos actos al supuesto contenido en el primer párrafo del entonces artículo 481 bis del Código Penal español (texto anterior): artículo 481 bis. “El que construyere o acondicionare lugares con el propósito de cometer el delito a que se refiere el artículo 480 será castigado con la pena de prisión menor”. Esa naturaleza típica, dice Díez Ripollés, obedece a que en este se contiene un elemento subjetivo de lo injusto: “Consistente en el propósito de ejecutar ulteriormente el delito de detención, sin que la consumación exija la realización del segundo acto típico”. En

En los tipos penales *mutilados de dos actos*, la efectiva realización de la conducta posterior, que inspira subjetivamente la ejecución de la conducta primaria, es irrelevante para la concreción del tipo,<sup>47</sup> de suerte tal que si esta conducta posterior se realiza, dará lugar al correspondiente concurso de delitos.<sup>48</sup>

En este caso, si el delito de secuestro comporta —como aquí se propone— un tipo penal *mutilado de dos actos*, la conducta que sucede a la privación de la libertad es susceptible de recepción típica independiente, lo que permitiría considerar un concurso real —en el caso más frecuente de exigencia de rescate o beneficio también de naturaleza patrimonial— con el delito de extorsión o, en su caso, con su tentativa.

Como vemos, en esta clase de delitos de intención la realización de la conducta base o primaria ha de ser, necesariamente, dolosa, ya que el elemento subjetivo específico que define e identifica al tipo, lo presupone; esto es, que no sería posible realizar una conducta con una específica intención futura, si no se tiene “conciencia y voluntad de la acción básica que se ejecuta”.<sup>49</sup>

Ahora bien, la doctrina ubica otra categoría dentro del conjunto de los llamados *delitos de intención* con la que no debe confundirse al *mutilado de dos actos*. Se trata de los tipos penales de *resultado cortado*. A diferencia de éstos, los delitos *mutilados de dos actos* se inspiran en la realización de un acto posterior del propio sujeto (el cual integraría o materializaría la intención pretendida), mientras que en los delitos de *resultado cortado* el fin al que se aspira no requiere de un acto posterior del autor, sino que constituye sólo una meta u objetivo que el propio autor pretende mediante la realización de la conducta teñida por dicha finalidad.<sup>50</sup> Dicho de otra forma, en los delitos de *resultado cortado* la materialización del acto posterior no depende de una conducta también posterior del autor; éste realiza la conducta primaria con una especial intención que puede producir por sí sola (o no), una afectación a otro bien jurídico o, simplemente, coincidir con el agotamiento del delito.

el mismo sentido, Maqueda Abréu, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Granada, 1988, p. 65.

<sup>47</sup> Polaino Navarrete, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código Penal español*, Sevilla, 1972, pp. 252 y 253.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 252.

<sup>49</sup> Polaino Navarrete, Miguel, “Dolo y elemento subjetivo...”, *cit.*, p. 893.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 893 y 894.

En esta concreta manifestación del delito de secuestro se identifica la estrategia legislativa propia de los delitos mutilados de dos actos, que marca un adelantamiento de las barreras estatales de protección penal hasta un momento en el que la posible lesión del patrimonio está presente sólo en la *psique* del autor.

Por esa razón, su altísimo rango de punibilidad acarrea consecuencias poco deseables desde la perspectiva de algunos principios informadores del *ius puniendi*, por ejemplo, el de lesividad<sup>51</sup> y, con éste, el de proporcionalidad de las penas.

#### **IV. ALGUNAS CONCLUSIONES DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS PENAS**

La pena con la que se conmina la realización de este tipo especial de privación ilegal de la libertad es de cuarenta a ochenta años de prisión y de mil a cuatro mil días de multa. La prevista para el tipo básico de privación ilegal de la libertad es de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa.

La diferencia entre uno y otro caso se traduce —frente a las penas previstas para el delito de secuestro—, en un aumento de 39 años, seis meses de prisión en su rango mínimo y de 76 años en su rango máximo. La legitimación de tan desmesurada diferencia se pretende ubicar —así parece ser conforme al diseño típico—, en la presencia de una especial finalidad o propósito del autor tendente a la obtención de un rescate o cualquier otro beneficio.

Así, el legislador ha optado por aumentar los marcos legales de pena en función de la puesta en peligro de un particular bien jurídico: el patrimonio.

Pero es muy difícil explicar por qué la protección del patrimonio —sobre todo si se trata solamente de su puesta en peligro abstracto—, hace necesaria una indiscriminada elevación del arco de pena que la coloca muy por encima de la dispuesta para el delito de homicidio. O que rebasa, como ya se anotó, la prevista para el delito de genocidio.

<sup>51</sup> Ochoa Romero, Roberto Andrés, “La incriminación de los actos preparatorios y de la tentativa inidónea en el Código Penal para el Estado de Hidalgo (CPH)”, *Revista de Investigaciones Jurídicas (Escuela Libre de Derecho)*, México, año 35, núm. 35, 2011, pp. 524 y ss.

La razón de fondo no parece ser otra, sino la del efecto puramente preventivo general intimidatorio, que obedece a la descomunal escalada del delito en los últimos años. Sin embargo, dicho recurso —y sobre ello ya nos hemos pronunciado en otro lugar— ha sido ampliamente denostado por ser una solución completamente demagógica, pero especialmente por su ineficacia, que es evidente cuando la medida no aparece acompañada de otros mecanismos que puedan dotar de verdadera seriedad a la amenaza de pena; particularmente en el caso del secuestro, mas no exclusivamente se necesita reducir los índices de impunidad.

Ahora bien, si se aprecia el concurso real de delitos al que nos hemos referido (generalmente con el delito de extorsión), no hacen falta rangos de pena tan elevados. No hay que olvidar, asimismo, que en aquellos casos en los que el delito sea cometido por los miembros de la criminalidad organizada, debe considerarse, además, la pena prevista por la LFCDO para el delito de delincuencia organizada.

Por ello, consideramos innecesariamente elevados los rangos de punibilidad dispuestos por el artículo 9o., de la ley general.<sup>52</sup> Si lo que se propone el legislador es recluir por largos periodos a los sentenciados —con las consecuencias que esto produciría en el plano de la reinserción social—, el mismo resultado se obtiene si se tiene en cuenta la imputación del acto posterior a la detención ilegal bajo las reglas concursales propuestas; para ello, no hay necesidad de prever rangos penales tan altos.

Pero si el objetivo consiste en obtener impresionantes rebajas en la frecuencia delictiva mediante una amenaza de pena de prisión gravísima —para lo cual es necesario más que un mecanismo represor un mejor sistema de prevención del delito—, seguramente va por mal camino.<sup>53</sup> Ya hemos subrayado el fracaso del recurso a la prevención general negativa. La misma ruta se tomó en su momento con la creación de la LFCDO, en la que aparecen rangos penales altísimos a los que igualmente deben sumarse los que correspondan por la comisión de los delitos que son materia de la correspondiente organización criminal.

<sup>52</sup> Félix Cárdenas, Rodolfo, *op. cit.*, pp. 72, 73, 97 y 98.

<sup>53</sup> Para Jiménez Huerta, los altos márgenes de pena dispuestos para el delito de secuestro comportan un claro riesgo para la vida de la víctima, pues al ser ésta un testigo de cargo seguro: “La amenaza de una pena altísima obliga a hacerla enmudecer”. Jiménez Huerta, Mariano, *op. cit.*, p. 148.

Evaluada la cuestión desde las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad en sentido estricto, la opción seguida hacia la exacerbación penal tampoco resulta coherente. En definitiva, acudir a la previsión de rangos penales tan elevados poco abona el terreno de la prevención, pero sí afirma una penosa incapacidad del sistema para abordar —desde mecanismos preventivos eficaces— la realidad criminal.