



***EL DELITO DE SECUESTRO EN LOS
SISTEMAS PENALES ESPAÑOL Y MEXICANO***

**Tesis Doctoral que presenta el Doctorando
RICARDO WILLIAM SÁNCHEZ ROCHA,
para la obtención del Grado de Doctor en Derecho
por la Universidad de Sevilla,
bajo la dirección del
Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* MIGUEL POLAINO NAVARRETE**

**Universidad de Sevilla
Curso 2016/2017**

“La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra, ni el mar encubre: por la libertad así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida; y por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres”.

DE CERVANTES SAAVEDRA, Miguel, *El ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha*, tomo II, edición anotada por Nicolás DE DÍAZ DE BENJUMEA, é ilustrado por Ricardo BALACA / J. Luis PELLICER, Editorial Montaner y Simón, Barcelona, 1883, p. 451.

A mis padres

Lic. Víctor SÁNCHEZ SALGADO y
Dra. Yolanda ROCHA LÓPEZ,
que con su apoyo me hicieron lograr mi meta.

A mi abuelo
Rafael SÁNCHEZ GONZÁLEZ,
que con su entusiasmo me transmitió la fuerza y el valor.

Y a mis hermanos
Cynthia Jeanette SÁNCHEZ ROCHA y
Christiahan Tadeo SÁNCHEZ HERNÁNDEZ:
“Tade: es sólo el principio”.

ÍNDICE

Abreviaturas	15
Introducción	17

CAPÍTULO I

EL DELITO DE SECUESTRO EN PERSPECTIVA HISTÓRICA COMPARADA

I.	Antecedentes históricos	21
	A) Secuestro en la sociedad romana	25
	B) Secuestro en la Edad Media	31
	C) Secuestro en la Edad Moderna	35
	D) Secuestro en la Edad Contemporánea	38
II.	Evolución legislativa en España: antecedentes del actual Código Penal español	40
	A) Código Penal de 1822	40
	B) Código Penal de 1848	43
	C) Código Penal de 1850	47
	D) Código Penal de 1870	48
	E) Ley de secuestro de 8 de enero de 1877	51
	F) Código Penal de 1928	53
	G) Código Penal de 1932	55
	H) Código Penal de 1944	58
	I) Desarrollo legislativo durante el franquismo	61
	1. Decreto-Ley sobre represión de los delitos de bandidaje y terrorismo de 18 de abril de 1947	61
	2. Decreto-Ley sobre los delitos de bandidaje y terrorismo de 21 de septiembre de 1960	62
	3. Ley 42/1971, de 15 de noviembre, por la que se adicionan determinados artículos al Código de Justicia militar	62
	4. Decreto-Ley sobre prevención del terrorismo, de 26 de agosto de 1975	63
	5. Decreto-Ley 2/1976, de 18 de febrero, por el que se revisa el de prevención del terrorismo 10/1975, de 26 de agosto, y se regula la competencia para el enjuiciamiento de tales delitos	65
	J) Desarrollo legislativo durante la transición	66
	1. Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo	66
	2. Reforma de 1980	67
	K) Código penal de 1995	69
	L) Especial referencia a la reforma de 2015	73

M)	Leyes reglamentarias de la indemnización por el delito del secuestro	79
1.	Ley 32/1999, de 8 de octubre de solidaridad con las víctimas del terrorismo	79
2.	Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo	80
III.	Evolución legislativa en México: antecedentes del Código Penal Federal	
A)	Código Penal de 1871	81
B)	Código Penal de 1929	86
C)	Código Penal de 1931	88
D)	Reformas legislativas en la segunda mitad del siglo XX y principios del XXI	92
1.	Reforma de 1951	92
2.	Reforma de 1955	92
3.	Reforma de 1970	92
4.	Reforma de 1984	93
5.	Reforma de 1989	94
6.	Reforma de 1996	94
7.	Reforma de 1999	96
8.	Reforma de 2000	96
9.	Reforma de 2005	97
E)	Ley Federal contra la delincuencia organizada	98
1.	Reforma de 2004	101
2.	Reforma de 2008	101
3.	Reforma de 2010	101
4.	Reforma de 2016	102
F)	Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	103
1.	Prescripciones de la Ley	103
2.	Especial referencia a la Reforma de 2014	109

CAPÍTULO II

NOCIÓN Y TIPOLOGÍA LEGISLATIVA DEL SECUESTRO

I.	Concepto de secuestro	111
A)	Significado etimológico	111
B)	Concepto legal	111
1.	Concepto legal en el Código penal español	111
2.	Concepto legal en la Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	112
C)	Concepto jurisprudenciales	112
1.	Concepto jurisprudencial en España	112

	2.	Concepto jurisprudencial en México	113
	D)	Concepto doctrinal	113
	E)	Concepto en los Tratados internacionales	114
II.		Modalidades del secuestro	116
	A)	Secuestro extorsivo	117
		1. Secuestro económico	117
		2. Secuestro político	119
	B)	Secuestro improvisado	121
	C)	Secuestro profesional	122
	D)	Secuestro individual	123
	E)	Secuestro colectivo	123
III.		Morfología del secuestro	123
	A)	<i>Kidnapper</i>	123
	B)	Secuestro exprés	125
	C)	Secuestro aéreo	131
		1. Apoderamiento ilícito de aeronave	132
		2. Piratería aérea	139
	D)	Secuestro en el mar	140
	E)	Auto-secuestro	143
	F)	Secuestro virtual	144
	G)	Secuestro por venganza	149
	H)	Problemática del secuestro de cadáveres	150

CAPÍTULO III *ACCIÓN TÍPICA*

I.		Introducción	153
II.		Conducta típica del injusto del secuestro	159
	A)	Momentos de la conducta	159
		1. Encerrar o detener	161
		a) Encerrar	162
		b) Detención	165
		c) Delimitación conceptual del encierro y detención	167
		2. Privación de libertad	169
		3. Medios comisivos	171
		a) <i>Vis absoluta</i>	171
		b) <i>Vis compulsiva</i>	172
	B)	Resultado de la conducta del injusto del secuestro	172
III.		Otros elementos típicos: en particular, exigencia de alguna condición	176
	A)	El significado de condición	178
	B)	El propósito de obtener rescate	184
	C)	Delimitación entre condición y rescate	186
IV.		Sujetos de la conducta	187
	A)	Sujeto activo	187
	B)	Sujeto pasivo	191

CAPÍTULO IV
IMPUTACIÓN NORMATIVA EN LA TIPICIDAD DEL SECUESTRO

I.	Introducción	195
II.	El punto de partida: la teoría de los roles sociales	196
	A) El rol como fundamento y límite de la responsabilidad	199
	1. Contenido del rol y establecimiento de derechos y deberes	
	2. El rol como delimitador de esferas de competencia	201
	B) Clases de roles sociales	205
	1. Rol común	206
	2. Roles especiales	210
	C) Funciones del ejercicio de un rol	215
III.	Instituciones de la imputación objetiva	219
	A) Riesgo permitido	219
	1. Fundamentación	219
	2. Riesgo permitido en supuestos de privación de la libertad en medios de transporte público	226
	a) Autobuses públicos	226
	b) Aviones comerciales de transporte	239
	B) Principio de confianza	247
	1. Fundamentación	247
	2. Principio de confianza en el caso de eventos públicos masivos	259
	C) Imputación a la víctima	270
	D) Principio de prohibición de regreso	279
	1. Fundamentación	279
	2. Casos de prohibición de regreso en el secuestro	283
	a) Caso de la lavandera que lava la ropa del secuestrador y secuestrado	286
	a') Postura de la STS 1023/2005	286
	b') Consideración doctrinal	290
	b) Caso del transportista o taxista	297
	c) Caso del mediador en el secuestro	306
	a') Concepto de mediador	308
	b') Neutralidad del mediador	309
	E) Concurrencia de riesgos	317
	1. Fundamentación	317
	2. Supuesto que el secuestrador lleva a la víctima en un maletero del auto y muere la víctima a causa de un accidente vehicular	318

CAPÍTULO V

BIEN JURÍDICO EN EL TIPO DE INJUSTO DE SECUESTRO

I.	Estado de la cuestión de la libertad	323
A)	Libertad en la filosofía <i>kantiana</i> y <i>hegeliana</i>	327
1.	Libertad para <i>Kant</i>	327
2.	Libertad para <i>Hegel</i>	328
B)	Libertad en el Derecho penal	331
1.	Libertad para <i>von Feuerbach</i>	331
2.	Libertad para <i>Carrara</i>	331
3.	Libertad para <i>Groizard</i> y <i>Gómez de la Serna</i>	333
4.	Libertad para <i>Binding</i>	333
5.	Libertad en el causalismo neoclásico: <i>Mezger</i>	335
6.	Libertad en el finalismo: <i>Welzel</i>	336
7.	Concepción del funcionalismo normativo: <i>Jakobs</i>	338
II.	Noción penal de la libertad de movimiento	341
A)	Como derecho fundamental de la persona	342
B)	Dimensión espacial	345
C)	Estructura cibernética	346
III.	Delimitaciones conceptuales de libertad	348
A)	Libertad de actuación	349
B)	Libertad de esfera privada	351
IV.	Alcance de la protección típica de la libertad ambulatoria	351
A)	Esfera de la capacidad personal de libre voluntad locomotriz	357
B)	Esfera de la libre formación de la voluntad personal	357
C)	Esfera de la libre decisión de la voluntad de movimiento individual	
D)	Esfera del libre ejercicio de la voluntad de movimiento individual	
E)	Síntesis conceptual	361
V.	Crítica a la conexión del patrimonio con el injusto de secuestro	362
A)	Planteamiento doctrinal comparado	362
B)	Consideración crítica: la necesidad de distinción entre fin de la ley y bien jurídico	367
VI.	Conexión entre bien jurídico protegido y vigencia de la norma en el delito de secuestro	373
A)	El sentido social de la normativa del secuestro	375
B)	La libertad ambulatoria como expectativa social institucional	377
C)	Confirmación de la norma	380
1.	Función manifiesta	382
2.	Función latente	382

CAPÍTULO VI

IMPUTACIÓN SUBJETIVA

I.	Culpabilidad en el injusto del secuestro	385
A)	Aproximación al principio de culpabilidad y pena en el injusto del secuestro	385

B)	El injusto del secuestro como presupuesto de responsabilidad del autor del comportamiento antijurídico	388
C)	Imputabilidad en el secuestro	391
D)	Culpabilidad como comunicación y su relevancia contrafáctica en el tipo de secuestro	394
E)	Fidelidad al Derecho como elemento de la culpabilidad	395
II.	Realización dolosa del injusto del secuestro	397
A)	Lo subjetivo como expresión del fuero interno en relación al conocimiento mínimo de la ilicitud del secuestro	398
B)	Lo subjetivo como dato psicologicista referido al menoscabo de la privación de la libertad	399
C)	Imputación en sentido normativo al conocimiento del menoscabo de la libertad ambulatoria	404
D)	Imputación a título de dolo en el secuestro	405
III.	La imputación al dolo en los supuestos de erróneas desviaciones del curso causal lesivo	406
A)	Planteamiento de la problemática del error	406
1.	Error de tipo	406
a)	Sobre los elementos esenciales	408
b)	Sobre los elementos accidentales	409
a')	Error en la privación por más de 15 días	410
b')	Error en la privación por más de 3 días	410
2.	Error de prohibición	411
B)	Análisis de los supuestos esenciales de irrelevancia del error en el delito de detención ilegal o secuestro	414
1.	<i>Aberratio ictus</i>	414
2.	<i>Error in persona</i>	415
3.	Error sobre cualidades personales de la víctima	418

CAPÍTULO VII

EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURICIDAD Y LA CULPABILIDAD: CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y DE INCULPABILIDAD

I.	Causas de justificación en el delito de secuestro	421
A)	Legítima defensa	423
1.	Aplicabilidad de la legítima defensa	426
2.	Legítima defensa putativa	430
B)	Estado de necesidad	431
1.	Fundamentación	431
2.	Casos de estado de necesidad en el secuestro	435
a)	Dañar propiedad ajena para liberarse de la privación de la libertad	436
b)	Cumplimiento de la condición (pago del rescate)	438
C)	Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo	445

1.	Cumplimiento de un deber	445
2.	Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo	448
a)	Ejercicio del derecho de corrección	449
b)	Ejercicio legítimo de un oficio, cargo o profesión: especial relevancia a la actividad policiaca en el secuestro	450
II.	Causas de exculpación	452
A)	Exceso en la legítima defensa	452
1.	Exceso intensivo de la legítima defensa	453
2.	Exceso extensivo de la legítima defensa	453
B)	Estado de necesidad exculpante	454
1.	Fundamentación	454
2.	Secuestro de un médico	457
C)	Miedo insuperable	459

CAPÍTULO VIII

PUNIBILIDAD

I.	Introducción	463
II.	Necesidad y merecimiento de la pena en el injusto del secuestro	
A)	Necesidad	465
B)	Merecimiento	468
C)	Prevención general	472
D)	Condiciones objetivas de punibilidad	477
III.	Exigencia de una condición por el autor en el secuestro	479
A)	Elemento diferencial del secuestro (art. 164) respecto de la detención ilegal (art. 163)	479
B)	Irrelevancia del cumplimiento o no de la condición exigida por el autor para la realización del tipo del secuestro	479
IV.	La punibilidad en los tipos de secuestro (art. 164)	481
A)	Tipo básico: de 3 a 15 días (art. 163.1)	481
B)	Tipo privilegiado: hasta 3 días (art. 163.2)	482
C)	Tipos cualificados	484
1.	Más de 15 días de privación de libertad (art.163.3)	
2.	Cualidad de la víctima especialmente vulnerable	485
a)	Víctima menor de edad (art.165, inciso 2)	485
b)	Persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 165, inciso 3)	487
3.	Simulación de cualidad pública (art.165, inciso 1)	488
4.	Cualidad del autor de funcionario público en el ejercicio de sus funciones (art. 165, inciso 4)	490
V.	Delito <i>sui generis</i> de secuestro por <i>no dar razón</i> del paradero de la persona detenida (art. 166)	491
A)	Tipo básico (art. 166.1)	491
B)	Tipo cualificado (art. 166.2)	492

1.	Víctima menor de edad (art. 166.2, <i>a</i> , inciso 1)	492
2.	Persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 166.2, <i>a</i> , inciso 2)	493
3.	Atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima (art. 166.2, <i>b</i>)	493
VI.	Secuestro cometido por funcionario (art. 167)	
A)	Tipo cualificado por ser <i>funcionario</i> el autor (art. 167.1)	494
B)	Tipo <i>extensivo</i> del funcionario (art. 167.2, <i>a</i>)	496
C)	Tipo de <i>asimilación</i> al funcionario (art. 167.2, <i>b</i>)	496
D)	Penalidad cualificada funcional (art. 167.3)	497

CAPÍTULO IX *ITER CRIMINIS*

I.	Introducción	499
II.	Actos preparatorios	499
A)	Fundamentación	499
B)	Actos preparatorios en el secuestro	500
1.	Conspiración	501
2.	Proposición	503
3.	Provocación	504
4.	Apología	506
III.	Actos ejecutivos	508
A)	Consideraciones previas	508
B)	Tentativa	516
C)	Consumación delictiva	521
IV.	Desistimiento	525

CAPÍTULO X *INTERVENCIÓN DELICTIVA*

I.	Planteamiento	533
II.	Autoría directa	535
III.	Coautoría	538
IV.	Autoría mediata	547
V.	Inducción	556
VI.	Cooperación necesaria	563
VII.	Complicidad	567
	CONCLUSIONES	573
	BIBLIOGRAFÍA	583

ABREVIATURAS

AA.VV	Autores Varios
a.C.	Antes de Cristo
ADGRN	Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notario
ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales
AP	Actualidad Penal
Art.	Artículo
Cap.	Capítulo
CCA	Cuadernos de Conferencias y Artículos (Colombia)
CDJP	Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal (Argentina)
Cfr.	Confróntese
CIVC	Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología
CJHRFD	Crónica Jurídica Hispalense Revista de la Facultad de Derecho
Coord.	Coordinador
CP	Código penal
CPE	Código penal Español
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPF	Código Penal Federal
Dir.	Director
DOF	Diario Oficial de la Federación
DPC	Derecho penal y Criminología (Colombia)
DPP	Derecho penal y Procesal
<i>EAD.</i>	<i>Eadem</i> (lat.) la misma
Ed.	Editor
edic	Edición
Eds.	Editores
EUA	Estados Unidos de América
EUNAT	European Network of Advisory Teams
Etc.	Etcétera
Frac.	Fracción
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (lat.) allí mismo, en el mismo lugar
<i>ID.</i>	<i>Idem</i> (lat.) el mismo, lo mismo
INACIPE	Instituto Nacional de Ciencias Penales
Inc.	Inciso
Indret	Revista para el Análisis del Derecho
LFDO	Ley Federal contra la Delincuencia Organizada
NPP (RDCP)	Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales (República Argentina)
Num.	Número
Op., cit.	En la obra citada
Pág.	Página
Págs.	Páginas
PJ	Poder Judicial

Prof.	Profesor
RC	Revista Criminología (Colombia)
RCP	Revista de Ciencias Penales (Argentina)
RD	Revista de Derecho (Perú)
RDP	Revista de Derecho Penal
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RDPCICPC	Revista de Derecho Penal y Criminología del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas (Colombia)
RDPPP	Revista de Derecho Penal y Procesal Penal (Argentina)
RDyPC	Revista de Derecho Penal y Criminología (Argentina)
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
REI	Revista de Economía Institucional (Colombia)
RGDP	Revista General de Derecho penal
RHCS	Revista Historia y Comunicación Social
RIEEE	Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos
reimpr	Reimpresión
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RP	Revista Penal
RSP	Revista Sistema Penal (México)
Sigs.	Siguientes
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
<i>Vid.</i>	<i>Videtur</i> (Véase)
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación surgió de la inquietud que existe en la sociedad mexicana, por cuanto experimenta un problema criminológico que ha desatado una alarma social por la proliferación de ciertos delitos, entre ellos, la delincuencia organizada y sus variantes del secuestro y el narcotráfico.

Ciertamente encontrar una respuesta ante dicha problemática que tiene planteada la sociedad mexicana requiere un muy arduo estudio, en orden al examen de la realidad normativa y a la formulación de las propuestas legislativas adecuadas. No obstante, sería una solución inminente el establecimiento de normas que acompañen la intensidad de las penas a la gravedad del fenómeno, a fin de proclamar que dichos delitos no deben ser tolerados por la sociedad. Tenemos el ejemplo de la legislación española, durante su tiempo de terror social y de alarma social ante determinados delitos como secuestro, bandidaje y terrorismo, que exigieron en su momento la aprobación de leyes penales especiales.

El análisis comparado surge de la necesidad de contemplación de dos variantes: la primera de ellas, la consideración de modelos como en el de la legislación española al respecto que se halla más avanzada que la legislación mexicana, por lo que urge un reajuste y un cambio legislativo en el orden penal mexicano; la segunda reside en la exigencia de promulgación de leyes especiales que especialmente hagan patente a la ciudadanía la necesidad de una actualización reguladora de aquellas manifestaciones delictivas que por su singular carácter desestabilizador la sociedad no puede tolerar ni en la completa consumación ni en la tentativa de ejecución de los mismos.

Aunque lo anterior fue la base del desarrollo del tema de análisis, sin embargo, existe otro factor medular explicativo del porqué del estudio de un delito desde la perspectiva dogmática. Hoy en día existe un cambio de criterios de la tradicional doctrina penal, y poco a poco ha ganado terreno en la discusión dogmática el reconocimiento de las doctrinas de la imputación objetiva y de la conducta comunicativa, en virtud de las cuales cada hecho criminal tiene un sentido de comunicación defectuoso. Dichos postulados doctrinales han sido hasta ahora especialmente estudiados y debatidos en el ámbito científico de Alemania, España y otros países como Perú, pero que en México no han llegado a alcanzar ese deseable cambio de paradigma, acaso porque hay poca exploración sobre estos temas tan ricos de exploración científica y este motivo lleva a que la doctrina mexicana siga quedando rezagada en el desarrollo dogmático y legislativo, y por ello urge un cambio de paradigma de la tradicional doctrina patria, a fin de traer a colación estos nuevos criterios doctrinales que son de

insoslayable ayuda para determinar un juicio jurídico penalmente ponderado y eficaz.

En primer lugar, se analiza la perspectiva histórica del delito del secuestro, con el objetivo de encontrar el origen del delito y el por qué ha sido utilizado por diversas sociedades en el marco de la historia contemporánea de la humanidad. No obstante, se hace un estudio legislativo de los dos países en comparación que singularmente nos interesan, observándose que los dos países objeto de estudio han tenido una tasa alta del secuestro, e incluso han establecido leyes especiales para combatir tan grave manifestación criminal.

En segundo término, se estudia el concepto, modalidades y morfología del secuestro, con el objetivo de determinar en primer lugar, si hay una conceptualización universal del concepto de delito del secuestro. Con respecto a las modalidades se analiza el secuestro en su variante de extorsión, en las dos formas principales, el secuestro económico y el político, de los que se examinan los tipos de comisión y su morfología.

Se afronta el análisis fundamental de la acción del secuestro, desde una perspectiva de la acción comunicativa, estableciendo como objetivo que el injusto del secuestro está plagado de un sentido contrario a la norma y a la estabilidad normativa de sociedad, atacando la estabilidad normativa, subsecuente de un ataque a una esfera vital de interacción social para el desenvolvimiento social.

Seguidamente se estudia la moderna teoría de la imputación objetiva, que es relevante en cualquier delito, ya que la teoría de la imputación objetiva es una sábana que cubre el cuerpo del delito, hablando en términos causalistas, y va limitando los contornos del casualismo y del ontologismo de la acción, determinando el verdadero objeto de estudio del juicio jurídico penal relevante, por medio de sus institutos. El objetivo del análisis de la teoría de la imputación objetiva desde su perspectiva normativa se debe a que la misma representa el cambio de paradigma doctrinal que hoy en día tiene planteada la doctrina científica penal, y este cambio permite determinar cuándo la acción sobre pasa el umbral del riesgo permitido por la sociedad.

En el núcleo medular del contenido de injusto, se analiza el bien jurídico, que integra una de las bases del objeto del estudio. En este contexto, existe un rezago doctrinal de gran escala en los países latinoamericanos, que hoy en día siguen la tendencia de considerar que el delito del secuestro es un injusto pluri-ofensivo, determinando que tiene dos bienes, la libertad y el patrimonio. Sin embargo, esto es erróneo y ha llevado a que no se perciba debidamente la verdadera esencia y titulación del bien jurídico del secuestro.

Se procede seguidamente al examen de la imputación subjetiva del secuestro, asumiendo como objetivo principal el establecer el juicio del reproche

penal por no ser el sujeto activo del delito un ciudadano fiel al ordenamiento punitivo, por un déficit de auto-determinación por la norma reguladora de las interacciones sociales. En segundo lugar, se estudió el dolo del secuestro, desde la perspectiva del dolo normativo, en que el sujeto debe saber el sentido de su acción contraria a la norma; así como también de los tipos de errores que pueden suscitarse en la perpetración de un secuestro.

Se estudian a continuación las causas de justificación y de inculpabilidad del secuestro, con el objetivo de determinar en qué casos puede ocurrir que la actividad de privar de libertad a otro está amparada por una causa de justificación, o por una norma permisiva que cubra la reacción de repeler la agresión, salvaguardar una esfera propia o ajena y el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber. En el mismo sentido, en las causas de exculpación, pero con la diferencia que se debe de atenuar la pena por la existencia de una causa de exceso para salvaguardar las posesiones jurídicas, representadas por los bienes jurídicos o esferas de interacción social.

Singular análisis se dispensa a la problemática de la punibilidad, a fin de determinar que es necesario el establecimiento de una pena para comunicar y restaurar la vigencia de la norma y, a su vez, la expectativa social contenida en la norma del secuestro, manifestando a la sociedad que sigue vigente la expectativa social del secuestro y restaurando la comunicación entre los tres tipos de interventores sociales, el juez, el sujeto delincuente, y la sociedad. En este ámbito se estudia un punto interesante y de importancia dogmática, las condiciones objetivas de punibilidad, con el efecto de poder determinar que la condición o elemento condicional en el injusto del secuestro es una condición impropia de la punibilidad y por dicha causa representa el agravio que permite el incremento de la pena.

El examen de la intervención delictiva del secuestro tiene el objetivo de establecer las formas de comisión del secuestro desde la perspectiva de la moderna teoría de la intervención delictiva, en que ya no es relevante que exista una distinción categorial entre el autor y partícipe, así como también se realizó un filtro mediante la teoría de la imputación objetiva, y principalmente por el instituto de la prohibición de regreso.

El estudio del *iter criminis* aparece dividido en tres vectores: actos preparatorios, actos ejecutivos y el desistimiento. En el primero de ellos la afronta la cuestión de determinar qué actos preparatorios son punibles en este delito. En el segundo, se establece qué actos ejecutivos son punibles desde el comienzo de la ejecución en el grado de tentativa o por la consumación del delito. El tercero, el desistimiento, es de importancia penal para determinar la punibilidad de la acción, en función de si el sujeto activo desistió de la acción típica del secuestro, o bien se le imputará la acción básica de los delitos contra la libertad por integrar el tipo de detención ilegal.

Para finalizar este planteamiento introductorio, no quiero dejar de mencionar que vine a este país que ha dispensado acogida académica por una idea, meta, cual la de adquirir conocimiento, pero el adquirir conocimiento es una lucha constante de uno mismo, ante un mar inmenso de diversidad de libros y obra de la bibliografía especializada, y cada libro, artículo citado en este trabajo de investigación ha sido para mí un tronco de apoyo para sobre-nadar este inmenso mar que es el conocimiento, no obstante ser plenamente consciente de que queda un camino muy largo por recorrer.

La realización del presente trabajo doctoral ha sido posible gracias a la generosa acogida que encontré en la Universidad de Sevilla (que ya es cinco veces centenaria: fundada en 1505 por el arcediano Maese Rodrigo Fernández de Santaella), y en la cual he tenido el honor académico de haber sido dirigido por el Catedrático Emérito de Derecho Penal en la mencionada Universidad Hispalense Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* Miguel POLAINO NAVARRETE, quien en todo momento tuvo un minuto disponible de su tiempo y una predisposición absolutamente favorable para dialogar con este joven e inquieto discípulo que mostró tanto entusiasmo en aprender de la Ciencia jurídico penal.

No menor gratitud merecen de mi parte otros dos Profesores penalistas de la Universidad de Sevilla: el Profesor Titular Prof. Dr. Miguel POLAINO-ORTS, quien es uno de los máximos exponentes del Sistema funcionalista normativo en cuyos postulados científicos se formó en la Universidad de Bonn bajo la dirección de su maestro alemán JAKOBS, y quien a su vez es un continuador de la prestigiosa Escuela hispalense de Derecho penal a la que yo personalmente me honro en pertenecer, y su propio discípulo doctoral el Profesor Ayudante Doctor Prof. Dr. Edgar Iván COLINA RAMÍREZ, él mismo integrado recientemente en la docencia del Derecho penal en la Universidad de Sevilla, pues desde el primer momento ellos han contribuido activamente a guiarme en la elaboración de esta Tesis Doctoral, dispensándome todo tipo de ayudas que han abarcado desde atenderme en preguntas simples y observaciones directas hasta dialécticamente rebatir mis propios posicionamientos doctrinales.

Por último, pero en no menos relevante lugar, doy muy efusivas gracias al Prof. Dr. Francisco GALVÁN GONZÁLEZ, por haberme generosamente aconsejado sobre el adecuado lugar académico en que podría encontrar las fuentes de conocimiento idóneas para la elaboración de un trabajo de investigación en el plano de la Dogmática penal como el realizado, y de este modo haberme permitido afrontar el reto académico y emprender así metodológicamente el camino universitario que he de recorrer a fin de localizar la caja de pandora que guarda el saber de la Ciencia, hablando en sentido metafórico.

CAPÍTULO I

EL DELITO DE SECUESTRO EN PERSPECTIVA HISTÓRICA COMPARADA

I. Antecedentes históricos

El delito del secuestro existe desde los inicios de la humanidad, desde el momento en que el ser humano se constituye en grupos de caza y tribus¹, formándose los grupos sociales². El origen histórico de esta práctica es tan antiguo como la propia especie humana, habiendo sido utilizada por todos los pueblos desde tiempos inmemorables³.

Las primeras narraciones encontradas de este delito ancestral las encontramos en las Sagradas Escrituras (Biblia)⁴, así como en el Taroh⁵ y el Corán⁶, donde se conoce al secuestro como plagio⁷, antecedente del delito de

¹ Vid. CLUTTERBUCK, Ricardo, *Secuestro y rescate*, traducción del inglés por Andrés LINARES, Editorial Fondo de cultura económica, Madrid, 1979, pág. 18; CÓRDOBA LOBO, Fernando, *De terrorismo, secuestros y sotanas*, Editorial Gernika, México, D.F., 2008, pág. 96; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro información y terapia a víctimas*, Editorial Quimera, México, D.F., 2009, pág. 27; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 33; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, Editorial Tirant lo Blanch, México, D.F., 2012, pág. 33.

² Vid. SALDAÑA, Quintiliano, *Adiciones al tomo I del Tratado de Derecho penal de Franz VON LISZT*, 2ª. edic, Editorial Reus, Madrid, 1926, pág. 19; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis Jurídico del secuestro*, Editorial Sista, México, D.F., 2012, pág. 15.

³ Vid. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, traducción del italiano por ORTEGA TORRES, José J. / GUERRERO, Jorge, vol. II, 4ª. edic, Editorial Temis, Bogotá, 1986, pág. 489; JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*. La tutela penal del honor y de la libertad, tomo III, 5ª. edic, Editorial Porrúa, México, D.F., 1984, pág. 138; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro en México. Fundamentos político-criminales*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2007, pág. 34.

⁴ Vid. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, op. cit., pág. 489; PAX CHRISTI, *La industria del secuestro en Colombia. ¿Un negocio que nos concierne?*, Editorial Pax christi, Holanda, 2002, pág. 11; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2010, pág. 51.

⁵ Vid. REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, Editorial, Flores editor y distribuidor, México, D.F., 2009, pág. 40; BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión. Análisis de sus cinco especies delictuales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011, pág. 315.

⁶ Debemos de recordar que la Biblia católica, el Corán y el Torah contiene el antiguo testamento que compone los libros del Génesis, Éxodo, Levítico, Números y Deuteronomio.

⁷ Vid. MONTEMAYOR ACEVES, Marta Elena, *Comparación de leyes mosaicas y romanas*, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1994, pág. 39; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro. Análisis dogmático y criminológico*, 3ª. edic, Editorial Porrúa, México, D.F., 2003, pág. 12; MARTIÑÓN

secuestro. Específicamente en el libro del Génesis⁸, Éxodo⁹ y Deuteronomio¹⁰, donde se narra la abominación de este ilícito.

El delito de secuestro no es único ni particular a una determinada región, nación o durante un determinado periodo de tiempo¹¹. Desde hace siglos este ilícito ha sido cometido para extorsionar a la sociedad humana o para fijar condiciones de guerra¹², por ejemplo, en las culturas: Griega, Libia, Siria, Egiptia, Sicilia, Fenicia¹³, Romana, Vikinga, Celta y Germánica¹⁴, donde el delito de secuestro era una táctica militar, así como el rapto de las mujeres, ya sea con el propósito económico o la subsistencia bélica. En la Antigüedad el secuestro era una forma normal de sometimiento de las personas, toda vez que el

CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 33; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis Jurídico del secuestro*, op. cit., págs. 21 y 22.

⁸ En la Biblia, en el libro del Génesis capítulo 37, versículos 25 al 28; “Después ellos se sentaron para comer. Alzando los ojos divisaron una caravana de ismaelitas que venían de Galad. Sus camellos iban cargados de aromas, bálsamo y mirra, que llevaban a Egipto. Entonces Judá dijo a sus hermanos: «¿Qué sacamos con matar a nuestro hermano y ocultar su sangre?>> Venid, pues, y vendámoselo a los ismaelitas, pero no pongamos nuestra mano sobre él; es nuestro hermano y de la misma carne que nosotros». Sus hermanos le hicieron caso. Pasaron, pues, los mercaderes madianitas, y ellos sacaron a José de la cisterna. Vendieron a José a los ismaelitas, y éstos le condujeron a Egipto. La Santa Biblia, 17ª. edic, Editorial ediciones Paulinas, Madrid, 1964, pág. 52.

⁹ En la Biblia en el libro del Éxodo capítulo 21 versículos 6 al 12; “Y el que secuestre a un hombre y que en efecto lo venda, o en cuya mano haya sido hallado, ha de ser muerto sin falta.” La Santa Biblia, 17ª. edic, Editorial ediciones Paulinas, Madrid, 1964, págs. 94 y 95.

¹⁰ En la Biblia en el libro de Deuteronomio capítulo 24 versículo 7, “En caso de que se halle a un hombre secuestrado a un alma de sus hermanos de los hijos de Israel, y la haya tratado tiránicamente a éste y lo haya vendido, ese secuestrador entonces tiene que morir. Y tiene que eliminar de en medio de ti lo que es malo. La Santa Biblia, 17ª. edic, Editorial ediciones Paulinas, Madrid, 1964, pág. 241.

¹¹ Vid. JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2002, pág. 16; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México y las decisiones del Poder Judicial de la Federación en la Materia*, 2ª. edic, Editorial Porrúa, México, D.F., 2005, pág. 1; AÑEZ CASTILLO, María Alejandra / LEONTE HAN-CHEN, Pablo, “Metamorfosis del delito de secuestro en el Estado Zulia, Venezuela”, *RC*, vol. LII, Núm. 2. Bogotá, Colombia, Diciembre 2010, pág. 17.

¹² Vid. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, traducción del italiano por ORTEGA TORRES, José J. / GUERRERO, Jorge, vol. IV, 4ª. edic, Editorial Temis, Bogotá, 1987, págs. 175 y 176; JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 16; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 1; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit. pág. 33.

¹³ Vid. JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 17; CÓRDOBA LOBO, Fernando, *De terrorismo, secuestros*”, op. cit., pág. 96; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., pág. 28; REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 39.

¹⁴ Vid. ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit. pág. 27; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 1 y sigs; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis Jurídico del secuestro*, op. cit., págs. 18 y sigs.

vencedor tenía derecho de ocupar el territorio o tomar a las personas derrotadas¹⁵ como esclavos.

Entre los años 1200 al 1500 antes de Cristo, existió un gran auge de piratería en los pueblos Griegos¹⁶, Libia, Siria, Egipto, Sicilia, Fenicia, Roma, y en este periodo de tiempo fue cuando el secuestro llegó a su apogeo y se consolidó como un sistema económico¹⁷ entre dichos pueblos mercantes. Estos pueblos consideraban el delito de secuestro como una forma de sostenimiento económico con el comercio de personas, mediante la figura del esclavismo, dado el caso de que, si existía un conflicto armado, quien vencía, tenía el derecho de tomar prisioneros dentro del pueblo derrotado y su territorio.

Un ejemplo notorio lo podemos encontrar en la “Ilíada” y en el “Rapto de las Sabinas”¹⁸. De hecho el tema central de la Ilíada es la guerra de Troya, que se

¹⁵ Vid. BUROZ ARISMENDI, René, *Secuestro*, Editorial Cojo, Caracas, 1973, pág. 23; CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, vol. II, op. cit., págs. 489 y 490; ID., *Programa de Derecho Criminal*, vol. IV, op. cit., pág. 176; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., págs. XV y sigs; CÓRDOBA LOBO, Fernando, *De terrorismo, secuestros*, op. cit., pág. 96; AÑEZ CASTILLO, María Alejandra / LEONTE HAN-CHEN, Pablo, “Metamorfosis del delito de secuestro”, op. cit., pág. 17; ANZIT GUERRERO, Ramiro, *Derecho penal y paradigma criminológico en América Latina*, Editorial Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2011, págs. 145 y 146.

¹⁶ En la legislación penal de Atenas, Dracon publicó el primer Código de leyes criminales, denominando el delito de secuestro como plagio, señalando que los plagiarios eran sujetos que vendían cosas ajenas y traficaban con esclavos de otros. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Examen histórico del Derecho penal*, Editorial librería de Sánchez, Madrid, 1866 (reproducido ahora en edición facsímil por Analecta Editorial, Pamplona, 2003), págs. 22 y 26.

¹⁷ Vid. JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 17; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 1; CÓRDOBA LOBO, Fernando, *De terrorismo, secuestros*, op. cit., pág. 96; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., pág. 27; ANZIT GUERRERO, Ramiro, *Derecho penal*, op. cit., pág. 145.

¹⁸ “El rapto de las sabinas” es un episodio histórico de la Roma primitiva. Rómulo, organiza unas pruebas deportivas en honor al dios Neptuno. Para ello invita a varios pueblos vecinos, entre los que se encuentran los habitantes de una población cercana, la Sabina. La escasez de mujeres que había en la ciudad de Roma, empujó a los romanos, contraviniendo sus leyes de hospitalidad, a raptar a las sabinas. Para vengar el ultraje, los sabinos preparan una guerra, y asaltan con crueldad la ciudad romana. Pero las sabinas intervienen con la intención de parar la guerra y todo el horror y la sangre que iba a derramarse. Había sido su rapto el que había originado la guerra, y todavía era reciente en sus doloridas memorias, el desgarrar de sus ropas, de su piel, de sus ensortijados cabellos. En medio del fragor de las lanzas, de la ira de las flechas, como sombras erguidas y palpitantes, se interponen, interceden entre los dos bandos que se enfrentan. Mencionando las sabinas a los dos bandos, ¿Qué estáis haciendo?, ¿queréis que nos quedemos el mismo día huérfanas y viudas?, porque nosotras somos hijas de los sabinos, pero ahora somos esposas y madres de romanos. Las mujeres logran convencerles, y después de un gran silencio, sabinos y romanos se avienen a sellar la paz. Se alían y hermanan los dos pueblos con sus dos reyes al frente; el romano, Rómulo, y el sabino, Tito Tacio. Se firma un pacto de cordialidad al amparo de las mujeres sabinas, y ya también romanas, que habían logrado detener la guerra. MATURANA, Josela, *El rapto de las sabinas*, Editorial Centro de educación permanente de adultos María Zambrano de San Fernando, Cádiz, 2007, págs. 22 y 23; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., págs. 29 y 30.

origina por el rapto de la bella Helena llevado a cabo por Paris, y el mismo es señalado por diversos autores¹⁹ como un antecedente del secuestro y rapto, aunque yo discrepo de ello²⁰. Sin embargo, en esta obra épica de Homero se comenta el delito de secuestro perpetrado por Aquiles en varias ocasiones, cuando Aquiles secuestra a varios de los hijos de Príamo Rey de Troya, la sacerdotisa de Apolo, Criseida²¹, a Polidoro y Licaón²² y al cadáver de Héctor, después de matarlo²³.

¹⁹ Cfr. MIDDENDORFF, Wolf, *Rapto, toma de rehenes, secuestro de personas y aviones*, traducción del alemán por José BELLOCH ZIMMERMANN, vol. XIII, 2ª. edic, Editorial Espasa-calpe, Madrid, 1981, pág. 13; JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., págs. 16 y 17; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 2; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., pág. 27; BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión*, op. cit., pág. 315.

²⁰ A partir del rapto supuesto de Helena se origina esta fantástica Obra literaria de Homero. En mi opinión Helena no fue raptada por Paris, en cuyo caso cometieron el delito de adulterio que tipificaba el Código criminal de Atenas, en dicha legislación el adulterio tenía pena de la vida, a menos que no se compusiese por precio con el marido, el cual podía además vender a la adúltera, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Examen histórico del Derecho penal*, op. cit., págs. 22 y 25. Retomando la supuesta figura del rapto de Helena existía el consentimiento de Helena de irse con Paris a Troya, y el consentimiento es un elemento de inculpabilidad del delito del rapto. Helena se va con Paris, porque le convenía ambas, en cuestiones de estatus social y poder político, ya que Helena era una princesa de sangre real, hija del rey Tíndaro de Esparta o, según algunas versiones del mito, del propio Zeus; su madre fue Némesis. En cambio Menelao (ex esposo de Helena), no era un príncipe o rey legítimo de sangre real, ya que era un soldado mediocre y su familia no provenía de linaje real. Paris tampoco estaba cegado por el amor. El hecho de seducir a Helena tenía menos que ver con el placer que con el poder político. Paris pretendía utilizar a Helena para tomar posiciones en la Casa Real troyana y auparla a su país en el escenario político internacional. Por último, Helena también lo estaba utilizando a él, así que la pareja adúltera guardaba menos relación con Romeo y Julieta. STRAUSS, Barry, *La guerra de troya*, traducción del Inglés por Ignacio BLANCO, Editorial Edhasa, Madrid, 2008, págs. 55 y sigs.

²¹ Cuando los griegos desembarcan a la costa de Troya atacan a un Templo dedicado al dios Apolo, donde se encontraba la sacerdotisa Criseida, hija del Rey de Troya Príamo. Príamo al enterarse del cautiverio de Criseida, ofrece un rescate para su liberación, y, éste al acercarse al campamento de los aqueos para rescatar a su hija; y llevando con él, el precio del rescate. Pero todos los aqueos indicaron con rumores propios que si deseaba rescatar a la sacerdotisa, tendría que entregar un precio espléndido; pero aquello no satisfizo al alma de Atrida Agamenón. Posteriormente existió la conversación entre Aquiles y Príamo, donde menciona Príamo: por muy bravo que seas, Aquiles, semejante a un dios, déjame en la indigencia al rescatar a esa joven. HOMERO, *Iliada*, traducción del griego al francés por LECONTE DE LISLE, Charles Marie René, y traducción del francés al español por Germán GÓMEZ DE LA MATA / Domingo PLÁCIDO SUÁREZ, Editorial la esfera de los libros, Madrid, 2009, págs. 5 y sigs.

²² Entre las víctimas del secuestro se encontraba otros dos hijos de Príamo rey de Troya, Polidoro y su hermano Licaón, a quien antes Aquiles había perdonado la vida y vendido como esclavo. STRAUSS, Barry, *La guerra de troya*, op. cit., pág. 250.

²³ El viejo Aquiles había desaparecido, después de la muerte de Patroelo. El afable saqueador que prefería secuestrar a un enemigo a degollarlo se había convertido en una máquina de matar. Desde una torre alta, escudriñó el campo de batalla en busca de Héctor. Aquiles había sujetado el cadáver desnudo del príncipe a su carro con unas correas de cuero atadas a los tobillos del héroe troyano. El largo cabello de Héctor corrió por el polvo cuando Aquiles fustigó a sus caballos para cruzar la llanura, triunfante, arrastrado el cadáver. Zeus permitió que Héctor fuese humillado en su tierra natal. Pero después de nueve días, lo poco agrada y lo mucho cansa,

En conclusión, el delito de secuestro representa un proceso desvalorativo de la privación de la libertad personal, a cambio de un beneficio lucrativo o retributivo, que ha tenido intensa conexión con el desenvolvimiento originario del Derecho penal en las distintas fases de configuración histórico-científicas de las versiones más rudimentarias del mismo Derecho Antiguo²⁴, y por tal motivo se analizarán diversas etapas históricas del Derecho penal en relación a este tipo delictivo.

A) Secuestro en la sociedad romana

En la sociedad romana el delito de secuestro tenía un papel crucial para su desarrollo económico, capital y bélico, dado que la civilización romana utilizó muy a menudo el delito del secuestro para enriquecerse de manera económica y poblacional, recordemos el rapto que ordenó Rómulo sobre las sabinas²⁵, en los inicios de Roma. En esta civilización se perfeccionó el delito de secuestro que se conocía como “*crimen plagium*”, que consistía en el rapto de esclavos²⁶ de los pueblos abatidos por el ejército romano, con la finalidad de derrotar a sus enemigos, dado el caso que capturaban a las principales personas de un reino para cobrar rescate o tributo y conquistar más territorio para Roma, para la expansión del Imperio Romano²⁷.

el padre de los dioses exhortó a Aquiles a devolver el cadáver a Troya para su sepelio; de otro modo, debía prepararse a sufrir el castigo divino. Durante ese lapso, el cadáver de Héctor no había comenzado a descomponerse y los perros se habían mantenido alejados, milagrosos ambos hechos, a menos que «nueve días» sólo simbolice mucho tiempo. La *Iliada* nos cuenta cómo Príamo rey de Troya, con mucho valor, atravesó de noche la llanura hasta el campamento griego y rogó a Aquiles por el cadáver de Héctor a riesgo de su propia vida. El anciano cayó de rodillas y besó las manos asesinas del griego. Era humillante, pero Príamo sólo estaba adoptando una postura clásica de postración y autodegradación, e igual que un enemigo del rey hitita podía explicitar su rendición con regalos valiosos (en una ocasión fueron un trono y un cetro hechos de hierro), así iría Príamo cargado de regalos. En todos estos casos se esperaba cierta correspondencia por parte del vencedor. Los griegos garantizaron una tregua de once días para que pudiese oficiarse el funeral de Héctor; después, continuaría la guerra. STRAUSS, Barry, *La guerra de troya*, op. cit., págs. 250 y sigs.

²⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1982, pág. 32.

²⁵ Obsérvese nota al pie número 17.

²⁶ Vid. LALINDE ABADÍA, Jesús, *Derecho histórico español*, Editorial Ariel, Barcelona, 1974, pág. 383; MIDDENDORFF, Wolf, *Rapto, toma de rehenes, secuestro de personas y aviones*, op. cit., pág. 13; CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, vol. II, op. cit., pág. 492; JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 138; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 1; CÓRDOBA LOBO, Fernando, *De terrorismo, secuestros*, op. cit., pág. 96; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 34; REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 39; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 33.

²⁷ Vid. JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 18; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., págs. 1 y 2; REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 39 y 40; ANZIT GUERRERO, Ramiro, *Derecho penal*, op. cit., pág. 146; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis jurídico del secuestro*, op. cit., pág. 21.

El secuestro fue un hecho cotidiano durante toda la civilización romana desde su inicio hasta su final, es decir, abarcó todos los periodos de esta civilización, y de hecho Julio Cesar fue víctima del delito de secuestro²⁸, perpetrado por unos piratas en el mediterráneo, antes de ser cónsul de la República Romana²⁹.

En sus inicios el *crimen plagium* era sancionado por la ley militar romana y comprendía tres formas comunes de ejecución: la primera, el apoderamiento de un hombre libre, por ser considerado prisionero de guerra; en segundo lugar, la retención y aprehensión de un esclavo; y, por último, la violencia física o moral para obligar a ejecutar una acción u omitir una determinada conducta, también denominada “*crimen vis*”. Posteriormente la configuración del plagio se formuló nuevamente y consistía en eliminar las rebeliones internas del pueblo romano en

²⁸ Vid. BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 12; CÓRDOBA LOBO, Fernando, *De terrorismo, secuestros*, op. cit., pág. 96; REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 39 y 40; SOBRINO HEREDIA, José Manuel, *Piratería y terrorismo en el mar*, Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, págs. 89 y sigs; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 33; BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión*, op. cit., pág. 315; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis Jurídico del secuestro*, op. cit., pág. 21; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., 2012, pág. 33.

²⁹ Dentro de las Biografías de Julio Cesar, se narra su secuestro realizado por piratas en el mediterráneo, cuando viajaba hacia Oriente para pulir su oratoria en la famosa escuela de Rodas. Por entonces, los piratas amenazaban la seguridad de la navegación por el Mediterráneo, sobre de ellas pingües ganancias procedentes del botín, la venta de sus prisioneros como esclavos o de los rescates. En caso de piratería, las ciudades costeras de Asia Menor estaban obligadas a pagar el rescate de los ciudadanos romanos. Según los informes referentes al hecho histórico acaecido a César, exagerados a todas luces, parece que los piratas exigieron veinte talentos por un rescate, y César se burló de ellos («¡No sabéis a quién tenéis en vuestras manos!»), elevando la suma a cincuenta talentos. A continuación envió a su séquito a buscar el dinero del rescate y él se quedó, con una reducida escolta, con los piratas. Se comportó entre ellos como si fuera su rey, no como un prisionero; les infundió temor y despertó su admiración. Según las crónicas no se atrevían a perturbar su sueño, temían jugar o practicar deportes con él; escuchando incluso los poemas que componía, y en una ocasión que no lo alabaron lo suficiente, él les dijo: «Sois unos brutos sin cultura», añadiendo a continuación con una sonrisa: «Haré que os ahorquen». Tras pagar el rescate, los piratas le pusieron en libertad. César se dirigió entonces a marchas forzadas a Mileto, reclutó soldados, fletó barcos, persiguió, atajó y finalmente derrotó a los piratas, quedándose él y sus mercenarios con todas las posesiones de aquéllos, incluyendo el rescate que él mismo había satisfecho por su liberación. A los piratas supervivientes los mandó presos a la cárcel de Pérgamo, exigiendo al gobernador de la provincia de Asia que les diese un castigo ejemplar. El gobernador, sin embargo, esperaba sacar buenos dividendos con ellos y daba largas al asunto. A la vista de las circunstancias, César volvió a Pérgamo y, cumpliendo lo que había prometido en broma, los hizo crucificar, modo habitual de ejecutar las penas de muerte en aquellos tiempos, aunque para mitigar el dolor ordenó que previamente los estrangularan. OPPERMANN, Hans, *Julio Cesar*, traducción del alemán por Rosa Pilar BLANCO, Rowohlt taschenbuch Verlag GmbH, Hamburgo, 1968, (reproducido en la edición facsímil por Savalt Editorial, Barcelona, 1984, págs. 49 y 50; OPPERMANN, Hans, *Julio Cesar*, traducción del alemán por Rosa Pilar BLANCO, Rowohlt taschenbuch Verlag GmbH, Hamburgo, 1968, (reproducido ahora en 3ª edición facsímil por folio, edita ABC, Editorial, Madrid, 2004), págs. 56 y 57.

donde se plagiaba a tribus enteras enviándolas a otras regiones fuera del Imperio³⁰.

El auge del delito de secuestro en Roma contrajo una serie de problemas internos, en el periodo de la República Romana, donde los primeros tiempos de la Roma Republicana están presididos por la tensión social entre patricios y plebeyos. Las necesidades de defensa dieron un papel preponderante al ejército en la sociedad romana, haciéndose difícil la conservación del monopolio que los patricios habían tratado de asegurarse, pues no podían prescindir de la recluta en masa de los plebeyos para el ejército, y a la vez condenar a éstos a la carencia de derechos políticos. En la larga lucha entre patricios y plebeyos para alcanzar una efectiva equiparación social, política y económica, se considera la primera gran victoria de la plebe la publicación de la “Ley de las Doce Tabas”³¹, conjunto de normas que obligan por igual a todos los ciudadanos³² que tenían el estatus de romanos. Para ser considerado un ciudadano romano se necesitaba la titularidad de tres status, el *status familiae*, el *status libertatis* y el *status civitatis*³³. Por lo que sólo los romanos que acreditaban estos tres status eran amparados por el ordenamiento jurídico romano y eran considerados como un ciudadano romano, libre y *paterfamilias*³⁴.

Dentro de la codificación de las leyes romanas, en diferentes periodos de la civilización romana se protegieron diversos actos contrarios a la libertad personal, que ofrecen elementos de coincidencia con los actuales dogmas de los delitos contra la libertad personal³⁵, pero el Derecho romano no considera los ataques a la libertad como un delito en que ésta sea el objeto de tutela en sí misma considerada³⁶. No todos los hombres en Roma disfrutaban del status

³⁰ Vid. MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 34; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis Jurídico del secuestro*, op. cit., pág. 21; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 34.

³¹ Las Doce tablas contrajo un cambio político y establecieron las bases sobre las que se gestó la igualdad de clases en la primitiva República Romana, y constituyen el punto de partida para la laicización del Derecho, individualizado el *ius* (norma jurídica) del *fas* (norma religiosa). MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, Editorial Edersa, Madrid, 2001, pág. 21.

³² MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 20.

³³ PANERO GUITIÉRREZ, Ricardo, *Derecho Romano*, 3^a. edic, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 200. La libertad en Roma es un status necesario para poseer plena capacidad de obrar jurídicamente, pero la libertad para tener aplicación concreta presupone necesariamente el *status civitatis*, de forma que aquel individuo libre que no tenga un *status civitatis* no goza de ningún Derecho y, por lo tanto, no puede considerársele libre. Un hombre privado de ciudadanía es considerado como un esclavo sin ninguna personalidad frente al ordenamiento jurídico. MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 22.

³⁴ MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 21.

³⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 33.

³⁶ En la época de la Monarquía Romana, en la época republicana y durante los primeros siglos del imperio, los ataques a la libertad no aparecen como un ataque contra libertad como un bien del sujeto, sino que los tribunales romanos protegen de forma indirecta la libertad, mediante las acciones contra las injurias, porque se ataca de forma dolosa la personalidad del

jurídico de hombre libre, por lo cual sólo los que gozaban de la libertad plena podrían ser sujetos pasivos de los delitos que afectaban a la libertad³⁷.

A mediados del Siglo II a.C., y durante la República de Sila, la justicia penal se organiza en nueve tribunales³⁸, dedicados a la administración de justicia penal, de los cuales el noveno de ellos se encargaba de los asuntos del robo de hombres, y a lo largo de dicho período se aplicaba la *Lex Fabia de plagiariis*³⁹ que sancionaba la esclavitud de personas libres y el ejercicio indebido de la patria potestad⁴⁰. Se da el juicio capital de plagio, en virtud de la *Lex Fabia*, cuando un comprador adquiere a sabiendas un hombre libre, crimen en el que incurre también el vendedor cuando lo vende sabiendo⁴¹ tal condición. Asimismo, se establece en la *Lex Fabia* «que se imponga la pena correspondiente al hombre libre que ocultara a una persona libre de nacimiento o a un liberto contra su voluntad, o la tuviera preso»⁴².

hombre libre y ciudadano de Roma, su condición jurídica y, por lo tanto, su honor. MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 24.

³⁷ MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit. pág. 21.

³⁸ Estos tribunales eran dirigidos por magistrados que entendía cada uno de los delitos que le habían sido adjudicados, por razón de la materia en la que eran competentes. Los cinco primeros se encargan de los delitos contra la religión o contra la seguridad del estado, el sexto de falsedades, el séptimo de injurias graves, el octavo sobre las coacciones y el noveno para las causas del robo de hombres. MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 23.

³⁹ La expedición de la ley Fabia es desconocida, aunque anterior a Ciceron, pues la cita en una de sus oraciones, pero se castigaba el usurpar dolosamente y contra la voluntad del robado, los Derechos dominales que un ciudadano romano tuviera sobre otro ciudadano romano ó algún liberto de un romano cuando el liberto perteneciera a la clase de los latinos ó de los dediticios, y otras veces, en usurpar dolosamente y contra la voluntad de su dueño los mismos Derechos dominales de un ciudadano romano sobre sus esclavos. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Examen histórico del Derecho penal*, op. cit., págs. 44 y 45; MOMMSEN, Theodoro, *El Derecho penal Romano*, traducción del alemán por Pedro DORADO MONTERO, tomo segundo y último, la España Moderna, Madrid, 1905, (reproducido ahora en edición facsímil por Analecta Editorial, Pamplona, 1999), pág. 238; CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, vol. II, op. cit., págs. 499 y sigs; SANTALUCIA, Bernardo, *Derecho penal romano*, traducción del Italiano por Javier PARICIO / Carmen VELASCO, Editorial Ramón Areces, 1990, pág. 82.

⁴⁰ Vid. CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, *ADPCP*, tomo 17, fascículo III, Madrid, 1964, pág. 384; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal. Infracciones contra la personalidad*, puesto al día por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, tomo I, vol. II, 2^a. edic, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1972, págs. 891 y 894; CARMIGNANI, Giovanni, *Elementos de Derecho Criminal*, traducción del italiano por Antonio FORERO OTERO / Jorge GUERRERO, Editorial Temis, Bogotá, 1979, pág. 450; SANTALUCIA, Bernardo *Derecho penal Romano*, op. cit., pág. 82.

⁴¹ Vid. HERNÁNDEZ, Tajero (coordinador), *El Digesto de Iustiniano*, tomo III, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1975, pág. 716; CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. II, op. cit., págs. 499 y sigs; MONTEMAYOR ACEVES, Marta Elena, *Comparación de leyes mosaicas y romanas*, op. cit., págs. 39 y 40.

⁴² Vid. HERNÁNDEZ, Tajero (coordinador), *El Digesto de Iustiniano*, op. cit., pág. 716; CARMIGNANI, Giovanni, Antonio, *Elementos de Derecho Criminal*, op. cit., pág. 450; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 34; CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. II, op. cit., págs. 499 y sigs; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El*

La finalidad de la *Lex Fabia de plagiariis* era evitar la falsedad, el engaño intencionado, la usurpación del dominio sobre una persona, ya que la acción de la *Lex Fabia* suponía una ofensa al honor del *paterfamilias*, cuando se ve usurpada la condición de hombre libre evitando que quede sometido⁴³ al poder dominal de su *dominus*, por lo cual se protegía el dominio y patrimonio⁴⁴ del *dominus*, y daba lugar al delito de hurto o usurpación, exigiendo que la conducta de *plagium* sea dolosa⁴⁵, y que fuera castigada con la pena de muerte si el ladrón era sorprendido “*in fraganti*” o si se encontraba la cosa robada en su casa⁴⁶ o una multa de 50.000 sestercios⁴⁷, cantidad que iba dirigida al erario después de deducir una parte el actor⁴⁸, pero dicha pena quedó en desuso, al pasar los

delito de detención, Editorial Trotta, Valladolid, 1992, pág. 46; MONTEMAYOR ACEVES, Marta Elena, *Comparación de leyes mosaicas y romanas*, op. cit., págs. 39 y sigs.; ALONSO PÉREZ, Francisco, *Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Editorial La ley-actualidad, Madrid, 1997, pág. 55; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 24; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 34.

⁴³ Los esclavos carecían de total libertad, estaban sometidos al poder dominal, por lo que el delito del secuestro de un esclavo era un delito de hurto contra el *dominus*, pero no un delito contra la libertad, porque, no se puede privar de la libertad a un hombre que carece del *status libertatis*. En la antigua Roma el esclavo era regido por la figura de la *res mancipi* o cosa valiosa que se puede comprar y vender, igual que los animales o cosas, que formaban parte del patrimonio hereditario del *dominus*. Si se secuestraba a un esclavo el *dominus* ejercía la figura jurídica del *furtum*, perteneciente a la Ley Fabia, donde se veía el valor patrimonial del esclavo. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 34; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 46; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 26 y 27; PANERO GUITIÉRREZ, Ricardo, *Derecho Romano*, op. cit., págs. 219 y sigs; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 34 y 35.

⁴⁴ Vid. MOMMSEN, Theodoro, *El Derecho penal Romano*, op. cit., págs. 238 y sigs; SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo IV, 2^a. edic, Editorial Tipografica editora Argentina, Buenos Aires, 1963, pág. 13; LALINDE ABADÍA, Jesús, *Derecho histórico español*, op. cit., pág. 383; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 34; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal, Parte especial*, tomo II-A, Editorial Rebinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2011, pág. 452; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 34; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis jurídico del secuestro*, op. cit., pág. 21.

⁴⁵ No responde por el crimen de la Ley Fabia el poseedor de buena fe de un esclavo secuestrado, es decir, aquel poseedor que ignoraba que el esclavo era ajeno y creía que la venta se hacía con el consentimiento del dueño; y así la misma ley excluye al poseedor de buena fe al decir «si obrara a sabiendas con dolo malo», y muchas constituciones imperiales de «Septimio» Severo y Antonino «Caracala» afirma que los poseedores de buena fe no responde por la ley. HERNÁNDEZ, Tajero (coordinador), *El Digesto de Iustiniano*, op. cit., pág. 716; MOMMSEN, Theodoro, *El Derecho penal Romano*, op. cit., pág. 238; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 34; CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. II, op. cit., pág. 516.

⁴⁶ Vid. CARMIGNANI, Giovanni / FORERO OTERO, Antonio, *Elementos de Derecho criminal*, op. cit., pág. 451; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 24 y sigs.

⁴⁷ Vid. MOMMSEN, Teodoro, *El Derecho penal romano*, op. cit., pág. 239; MONTEMAYOR ACEVES, Marta Elena, *Comparación de leyes mosaicas y romanas*, op. cit., pág. 40.

⁴⁸ MOMMSEN, Teodoro, *El Derecho penal romano*, op. cit., pág. 239.

criminales de este delito a ser castigados en proporción a la gravedad del delito y por lo general eran sancionados a trabajos en la mina⁴⁹.

Durante el Imperio de Augusto y finales de la época clásica, el *paterfamilias* puede interponer ante los tribunales la acción de las injurias⁵⁰, prevista en la *Lex Julia de vi*, contra el que roba violentamente a alguna persona en contra de su voluntad⁵¹, constituyéndose el rapto de persona. En tiempos del Emperador Constantino, el delito del rapto se perseguía cuando se raptaba a una mujer libre, casada o soltera, con propósito de comercio carnal, bien fuese para contraer con ella matrimonio, o no. Y no existía delito cuando mediaba consentimiento de los padres o de los demás parientes de la raptada, siendo elemento esencial de este delito que la raptada hubiera caído en poder del raptor contra la voluntad de dichas personas, sin importar el consentimiento de la mujer raptada, ya que el mismo era indiferente para la determinación de la culpabilidad del raptor, y la mujer raptada que consentía el rapto era acreedora a la misma sanción que el raptor. La pena correspondiente a este delito era la pena capital, pero dicha pena prescribía a los 5 años posteriores al delito⁵².

Durante el bajo Imperio Romano, el secuestro era muy habitual entre sus pobladores, por lo que Diocleciano y Maximiano lo sancionan con la máxima severidad, estableciendo que el delito de secuestro de un hombre libre o el de un esclavo seguido de su exportación del Imperio Romano debe ser castigado con la muerte, y posteriormente Constantino impone la pena capital a los secuestradores de niños y adolescentes⁵³.

En el Derecho penal Romano encontramos muchas figuras afines al delito de secuestro, como las anteriormente mencionadas, que fueron objeto de una

⁴⁹ Vid. HERNÁNDEZ, Tajero (coordinador), *El Digesto de Iustiniano*, op. cit., pág. 717; CARMIGNANI, Giovanni / FORERO OTERO, Antonio, *Elementos de Derecho criminal*, op. cit., pág. 451.

⁵⁰ Vid. MOMMSEN, Teodoro. Cuando el rapto de una persona, de cualquier sexo, no de ser castigada como una de las modalidades de la coacción, el padre y el marido de la persona raptada podía perseguirlo por medio de la acción de injuria. MOMMSEN, Teodoro, *El Derecho penal romano*, op. cit., pág. 171. En contra SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo IV, op. cit., pág. 13; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 25; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal, Parte especial*, tomo II-A, op. cit., pág. 452. “Ya que establecen que el rapto se persigue mediante la acción de coacción”.

⁵¹ Vid. CARMIGNANI, Giovanni / FORERO OTERO, Antonio, *Elementos de Derecho criminal*, op. cit., pág. 450; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 34; PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal. Parte especial*, actualizado por Gregorio ORTIZ RICOL, vol. II, 7^a edic, Editorial Mateu cromo artes gráficas, Madrid, 1988, pág. 506; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 46; ALONSO PÉREZ, Francisco, *Detenciones ilegales cometidas por funcionarios*, op. cit., pág. 55; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 24 y sigs; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 34.

⁵² Vid. MOMMSEN, Teodoro, *El Derecho penal romano*, op. cit., pág. 172.

⁵³ Vid. SANTALUCIA, Bernardo *Derecho penal romano*, op. cit., pág. 141; LALINDE ABADÍA, Jesús, *Derecho histórico español*, op. cit., pág. 383; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 26.

regulación con la peculiaridad jurídica de la civilización romana, que vino a establecer un puente conceptual y jurídico con las actuales modalidades de los ilícitos privativos de libertad⁵⁴ y de libertad ambulatoria.

B) Secuestro en la Edad Media

La Edad Media comprende los siglos V al XV, comenzando en el año de 476 después de Cristo, con la caída del Imperio Romano de Occidente, produciéndose en dicha fecha un cambio político, militar y poblacional en la península Ibérica, por los pueblos visigodos e hispano-romanos⁵⁵. Cada pueblo tenía sus normas, los godos se regían a través de sus costumbres, los hispano-romanos se regían mediante el Derecho romano vulgar⁵⁶. Esto comportó una desestabilidad económica y social, al no existir la garantía de protección de sus intereses por parte del poder público, y tal situación llevó a que los hombres se refugiaron en la familia de un noble, el pequeño propietario entregaba sus posesiones, tierras y su libertad a aquella persona que pudiera garantizar su seguridad, al no haber un poder del Estado estable en la Península Ibérica, dando origen al feudalismo, donde el Señorío fortalece su posesión económica, patrimonial, mediante la apropiación de privilegios fiscales y judiciales, frente a la función estatal⁵⁷.

Las condiciones sociales de la Edad Media constriñó la construcción de los sistemas feudales, de grandes propiedades, donde los hombres se adhieren a las tierras del señor feudal, perdiendo su libertad ambulatoria⁵⁸, al no poder salir de los dominios del señor feudal.

Posteriormente la sociedad visigoda e hispano-romana se unen por razones sociológicas, se eliminan las barreras sociales, políticas, culturales, religiosas y legales, estableciéndose la armonización legislativa de estas culturas, creándose el *Liber Iudiciorum*⁵⁹, procurando el establecimiento de un órgano legislativo uniforme e igualitario para ambas sociedades⁶⁰.

⁵⁴ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 32 y sigs; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 34.

⁵⁵ Vid. SALDAÑA, Quintiliano, *Adiciones al tomo I del Tratado de Derecho penal de Franz VON LISZT*, op. cit., págs. 155 y sigs.; GARCÍA GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho español*, tomo I, 5ª. edic, Editorial Artes Gráficas, Madrid, 1973, págs. 52 y sigs; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 28.

⁵⁶ Vid. GARCÍA GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho español*, op. cit., pág. 53; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 28 y 29.

⁵⁷ Vid. GARCÍA DE CORTÁZAR, José Ángel, *La época medieval*, Editorial Alfaguara, Madrid, 1973, págs. 20 y 21; MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la Historia del Derecho*, tomo I, Editorial Dykinson, Madrid, 1988, pág. 296; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 28 y 29.

⁵⁸ Vid. SALDAÑA, Quintiliano, *Adiciones al tomo I del Tratado de Derecho penal de Franz VON LISZT*, op. cit., págs. 156 y 157; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 29.

⁵⁹ La creación del *Liber Iudiciorum* es del año de 654, inspirado en el Derecho Romano especialmente de Teodosio y Justiniano, donde recoge las legislaciones anteriores de los

Dentro de las leyes del *Liber Iudiciorum* se sancionaba el secuestro de las personas, según su rango social⁶¹. El que vendía a persona libre, si la misma no aparecía, pagaba el *Wergeld*⁶², como en el homicidio⁶³; si volvía a aparecer la persona, el autor pagaba la mitad. La multa era de seiscientos sueldos, a menos que volviese la persona⁶⁴.

En el año de 1241 después de Cristo, el *Liber Iudiciorum* es traducido del latín al Romance, pasando a ser denominado como *Fuero Juzgo*, ya que iba dirigido a las poblaciones de Andalucía, Murcia y Córdoba, que comprendían la población hispano-romana, habiendo sido ordenada dicha traducción por el Rey Fernando III el Santo⁶⁵.

El Fuero Juzgo tutela la libertad ambulatoria, pero hace la distinción entre persona libre y el robo de esclavos. En el Libro 5º, título IV de la ley 12⁶⁶,

visigodos y los hispano-romanos, pero estableciendo las nuevas circunstancias de una sociedad en proceso de feudalización, dicha legislación fue revisada en el Concilio de Toledo en el siglo VIII, y ordenada por el rey Eurico. Vid. GARCÍA GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho español*, op. cit., pág. 58; GARCÍA DE CORTÁZAR, José Ángel, *La época medieval*, op. cit., pág. 23; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, tomo I, Editorial Cardenas editor y distribuidor, México, D.F., 1997, pág. 351; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 29 y 30; PERONA, José (Director), *Fuero Juzgo*, Editorial Consejería de Educación y cultura: fundación Séneca, Murcia, 2002, pág. 49; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte general*, 3ª. edic, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, pág. 217.

⁶⁰ Vid GARCÍA DE CORTÁZAR, José Ángel, *La época medieval*, op. cit., pág. 23; MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la historia del Derecho*, op. cit., págs. 166 y sigs.; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 28 y 29.

⁶¹ Los rangos sociales existentes en el periodo de unificación de los visigodos e hispano-romanos, era igual que Roma, es decir sólo los nobles godos e Hispano-Romanos gozaban de la libertad ambulatoria, colonos y libertos quedan adscritos a la tierra del señor feudal, que impide su marcha, aunque jurídicamente son libres, los siervos siendo considerados como cosas bajo el dominio total del dueño. MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la Historia del Derecho*, op. cit., págs. 177 y 178; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 31 y 32.

⁶² Esta palabra envuelve un sistema penal: los germanos, sustituyen al sentimiento de venganza el principio de las composiciones, señalando como precio de sus ofensas el wergeld que en aquel idioma y en todos sus similares, representa la idea de rescate, de indemnidad, de satisfacción. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Examen histórico del Derecho penal*, op. cit., pág. 59.

⁶³ Vid. SALDAÑA, Quintiliano, *Adiciones al tomo I del Tratado de Derecho penal de Franz VON LISZT*, op. cit., pág. 231.; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 31.

⁶⁴ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Examen histórico del Derecho penal*, op. cit., pág. 68.

⁶⁵ PERONA, José (Director), *Fuero Juzgo*, op. cit., pág. 47.

⁶⁶ El que vendiese o transmitiera a una persona, ya fuese mujer u hombre, era detenido por el juez, quien le obligaba a dar libertad a la persona vendida y encima 100 sueldos de oro. No teniendo de que pagar se hacía esclavo. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Examen histórico del Derecho penal*, op. cit., pág. 116.

reglamenta la venta de hombres libres y de siervos en el mismo libro, pero el título VII contiene 21 leyes que tratan de la libertad de los siervos, si el hombre libre es acusado de ser siervo. Si un siervo liberado vuelve a la esclavitud, sus obligaciones serán nuevamente para su patrono⁶⁷. En el Libro 6º, título IV, ley 4⁶⁸, se trata de las detenciones ilegales⁶⁹ y el Libro 7º, título III⁷⁰ contiene seis leyes relativas a la captura por la fuerza, de hombres libres o siervos ajenos y su venta en otra tierra⁷¹. En el Libro 8º, varias leyes de este libro castigan la venta de personas libres⁷², que podía ser cometida por hombres libres o esclavos⁷³.

Los Fueros son confusos por el elevado número de ellos⁷⁴, ya que existía Fuero para cada provincia ibérica, la inseguridad existente en esa época y la contradicción entre los Fueros conllevó el establecimiento de diversas penas severas, de forma que el delito de secuestro se sancionaba dependiendo la jurisdicción del fuero⁷⁵ donde se cometió.

Posteriormente Alfonso X el Sabio⁷⁶ llevó a cabo una unificación legislativa entre los *Fueros* y el *Liber Iudiciorum*, con el propósito de tener una estabilidad judicial en la Península Ibérica, de esa unificación surgió la creación

⁶⁷ PERONA, José (Director), *Fuero Juzgo*, op. cit., págs. 50 y 49.

⁶⁸ La detención de un hombre libre, por persona que no era su acreedor, estaba castigada con pena pecuniaria, 5 sueldos, y en su defecto 50 azotes: siendo su acreedor estaba obligado a presentarle al juez inmediatamente. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Examen histórico del Derecho penal*, op. cit., pág. 116.

⁶⁹ PERONA, José (Director), *Fuero Juzgo*, op. cit., págs. 51.

⁷⁰ El que robe a un niño de cualquier sexo, y lo vendiese, era cedido a los padres, los cuales podían matarle, venderle o hacerse pagar la composición de homicidio de 300 sueldos (Libro 7º, título III, ley 3). Si le dejaba venir pagaba la mitad de hombres 150 sueldos. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Examen histórico del Derecho penal*, op. cit., pág. 116.

⁷¹ PERONA, José (Director), *Fuero Juzgo*, op. cit., págs. 51.

⁷² GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Examen histórico del Derecho penal*, op. cit., pág. 116.

⁷³ *Vid.* GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Examen histórico del Derecho penal*, op. cit., págs. 106 y sigs; CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., pág. 384; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 33 y 35; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 46; ALONSO PÉREZ, Francisco, *Detenciones ilegales cometidas por funcionarios*, op. cit., pág. 55; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 32; PERONA, José (Director), *Fuero Juzgo*, op. cit., págs. 43 y sigs.

⁷⁴ En la época medieval existen varios fueros entre ellos, fuero juzgo, fuero real, fuero de Plasencia, fuero de Logroño, fuero de Miranday entre otros.

⁷⁵ El Fuero de Plasencia sancionaba los delitos con la lapidación. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Examen histórico del Derecho penal*, op. cit., pág. 134; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 35.

⁷⁶ Con la muerte de Fernando III, padre de Alfonso X (sabio), se había comenzado un proceso de unificación legislativa, pero no concluyó por la muerte de Fernando III, por lo que Alfonso X terminó la obra maestra de su padre con la creación de las Siete Partidas. GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho español*, op. cit., págs. 90 y 91; SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, *Las siete partidas*, Editorial Reus, Madrid, 2004, pág. XV.

de Las Partidas de Alfonso X⁷⁷. Las Partidas legislan la materia penal en 32 títulos⁷⁸, donde se retoma el concepto de libertad de Florentino⁷⁹. Se establece que todo hombre es libre y puede ejecutar su libertad, sinónimo desde épocas anteriores de libertad de movimiento, de ir y habitar donde quiera, porque todo hombre es libre de hacer su voluntad⁸⁰. Las Partidas que protegen la libertad ambulatoria son: partida 3^a, título XXII, ley 18, partida 4^a, título XXII proemio y ley 1 y título XXVIII, ley 8⁸¹, partida 7^a, títulos IX, ley 6 título XXIX, ley 15⁸². Las Partidas consideraban los ataques contra la libertad como delito grave.

Usualmente el secuestro económico proliferó en esta época⁸³, ya que se secuestraba al hijo heredero⁸⁴ o a la mujer⁸⁵ del noble señor, siendo dicha conducta delictiva frecuentemente perpetrada por barones en quiebra⁸⁶.

⁷⁷ Vid. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Examen histórico del Derecho penal*, op. cit., págs. 163 y sigs; CERDA RUÍZ-FUNES, Joaquín, *Consideraciones sobre el hombre y sus derechos en las Partidas de Alfonso el sabio*, Editorial Universidad de Murcia, Murcia, 1963, pág. 9 y sigs; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 354; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 42 y sigs; SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, *Las Siete Partidas*, op. cit., págs. XV y sigs.

⁷⁸ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Examen histórico del Derecho penal*, op. cit., pág. 163.

⁷⁹ El concepto de libertad de Florentino es una versión clásica del Derecho romano, dado el caso que florentino era magistrado romano. Se define la libertad, es poderío que ha todo ome naturalmente, de fazer lo que quisiere; sólo que fuerça, o Derecho de ley, o de fuero non gelo embargue (partida IV, 22. 1), Amen, e cobdician naturalmente todas las criaturas del mundo la libertad, quanto mas los omes, que han entendimiento sobre todas las otras, y mayormente en aquellos que son de noble coraçon (partida IV, 22, proemio). Libertad es cosa con que plaze naturalmente a todos. E según dixeron los Sabios, todas las leyes la deuen ayudar, quandoouieren alguna carrera, o alguna razón por que lo puedan fazaer. (partida III, 22, 18). Y por último, Porque la libertad es una de las más honrradas cosas, e más caras desde mundo, por ende aquellos que la reciben, son muy tenudos de obedescer, e amar, e honrrar a sus señores que los aforran. (partida IV, 28, 8). CERDA RUÍZ-FUNES, Joaquín, *Consideraciones sobre el hombre y sus derechos en las Partidas*, op. cit., pág. 19; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 43.

⁸⁰ Vid. CERDA RUÍZ-FUNES, Joaquín, *Consideraciones sobre el hombre y sus derechos en las Partidas*, op. cit., págs. 19 y 20; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 43 y 44.

⁸¹ Véase nota al pie 81 o SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, *Las siete partidas*, op. cit., págs. 536 y sigs.

⁸² Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 35; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 47; ALONSO PÉREZ, Francisco, *Detenciones ilegales cometidas por funcionarios*, op. cit., pág. 55; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 43 a 45.

⁸³ Vid. CLUTTERBUCK, Ricardo, *Secuestro y rescate*, op. cit., pág. 18; PAX CHRISTI, *La industria del secuestro en Colombia*, op. cit., pág. 11; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 35.

⁸⁴ CLUTTERBUCK, Ricardo, *Secuestro y rescate*, op. cit., pág. 18.

⁸⁵ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, vol. IV, op. cit., pág. 176; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 35.

⁸⁶ Un secuestro notorio en ésta época, es el secuestro de Ricardo Corazón de León, cuando volvía a Inglaterra desde las Cruzadas en 1192 y, después de encallar su barco cerca de Aquilea, tuvo que seguir la peligrosa ruta terrestre que atravesaba Europa central. Fue capturado

C) Secuestro en la Edad Moderna

La Edad Moderna comprende los siglos XV a XVIII, correspondiente a los años 1492 al 1789. Se seguía practicando el delito del secuestro por todo el mediterráneo, los piratas capturaban a los cristianos y para liberarlos exigían un rescate, mientras las órdenes religiosas se encargaban de coleccionar el dinero⁸⁷, mediante los familiares de los secuestrados⁸⁸.

En la edad Moderna, se constituyó un sistema legislativo equiparable al de la anterior edad, es decir, la Edad Media. Pero con la diferencia de que hubo una renovación de los cuerpos legislativos, a finales del reinado de Isabel la Católica, dado el caso que había una controversia legislativa con todos los cuerpos legales existentes en esa época, y se realizó el Libro de las Bulas y Pragmáticas⁸⁹, donde

por Leopoldo V de Austria que lo identificó, pese a ir disfrazado o como caballero templario. Lo llevó como prisionero al emperador Enrique VI de Alemania que lo mantuvo cautivo en Dürnstein. Vease BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª. edic, Editorial José M. Cajica, Jr., S.A., México-Buenos Aires, 1957, págs. 158 y 159; REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 40; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis Jurídico del secuestro*, op. cit., pág. 22.

⁸⁷ Vid. CÓRDOBA LOBO, Fernando, *De terrorismo, secuestros...* op. cit., pág. 96; ANZIT GUERRERO, Ramiro, *Derecho penal*, op. cit., pág. 146.

⁸⁸ Hacia finales de 1575, Miguel de Cervantes Saavedra fue secuestrado, junto con su hermano Rodrigo, por corsarios argelinos, cerca de las costas españolas. Los dos hermanos pasaron a ser esclavos de un renegado griego, llamado DaliMani, teniente del albanés Arnauta Mamí. La carta de Don Juan que llevaba Miguel Cervantes Saavedra hizo creer a los piratas que podían pagar un gran rescate, y por mucho que él les repitiera que era un simple soldado, se empeñaron en tratarle como a un capitán, es decir, muy mal, con el fin de obligarle a desembolsar el pago cuanto antes. Intentó la fuga en siete ocasiones, pero ninguna con éxito, lo aprendían cada vez que lo intentaba. Su familia, informada de la cautividad de los 2 hermanos, envió a África todo el dinero que pudo reunir; pero los raptos querían un rescate mucho más elevado y sólo liberaron a Rodrigo. Fijaron el precio del rescate de Miguel Cervantes Saavedra en 500 escudos. Miguel Cervantes Saavedra sufrió el síndrome de Estocolmo, porque guardó eterno amor a su secuestrador, al que comprende y recuerda con afecto. Esto es establecido por Andrés Trapiella, dado el caso de que homenajea aquellos días de cautiverio, regalando a un moro, Cide Hamete Benengeli, la autoría de la más extraordinaria novela de la historia. En Cide Hamete, «autor arábigo y manchego», para narrador del Quijote de la Mancha. Vid. TRAPIELLO, Andrés, *Las vidas de Miguel de Cervantes*, Editorial Ediciones folio, edita ABC, Madrid, 2004, págs. 72 a 86; MÉRIMÉE, Prosper, *Vida y obra de Cervantes*, edición de Luis REVENGA, Número 10, Editorial biblioteca ELR, Madrid, 2006, págs. 22 a 24; CÓRDOBA LOBO, Fernando, *De terrorismo, secuestros*, op. cit., pág. 96; REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 40.

⁸⁹ Los Reyes Católicos encargaron al Consejo de Castilla una compilación de las Bulas Pontificias en favor de la jurisprudencia real y de las principales Pragmáticas fechas para la buena gobernación del reino. Terminada la obra, le encargó al secretario del Consejo, Juan Ramírez para que la corrigiera y se encargara de su impresión. Dicha compilación contiene bulas papales, concedidas en favor de la jurisdicción real, una ley del Fuero Real, 4 de las partidas, 9 disposiciones de Cortes, 274 disposiciones reales, aunque no sigue un orden cronológico ni un orden sistemático propiamente dicho, sino que sigue la sistemática de las Ordenanzas Reales de Castilla, pero sin la división entre libros ni títulos. MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la Historia del Derecho*, tomo II, Editorial

se acopiaron las leyes de los Fueros municipales, reales y ordenamientos existentes en un solo cuerpo legislativo, declarando las dudas y controversias legales⁹⁰. Esta nueva recopilación no alteró el sistema legislativo y judicial, dado el caso de que se seguía usando el Derecho real en primer plano, en segundo plano los Fueros municipales y como Derecho supletorio las Partidas⁹¹ de Alfonso X El Sabio.

En esta época se descubre el Continente Americano, donde se practicaba el delito de secuestro por los pueblos primitivos⁹², entre ellos, los Mayas, Tarascos y Aztecas⁹³ antes de la llegada de los Conquistadores al Golfo de México⁹⁴.

El secuestro económico y bélico⁹⁵ fue ejecutado con frecuencia por los Conquistadores Europeos por todo el Continente Americano⁹⁶, como estrategia militar y económica, al igual que en los inicios del Imperio Romano⁹⁷.

Dykinson, Madrid, 1988, pág. 202; TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manual de Historia del Derecho español*, 4ª. edic, 18ª. reimpr, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, págs. 270 y sigs.

⁹⁰ MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la Historia del Derecho*, tomo II, op. cit., págs. 202 y 203.

⁹¹ MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 53.

⁹² Vid. CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 9 y sigs.

⁹³ Por ejemplo, la cultura Azteca tenía el culto al dios Huitzilopochtli, el cual era el dios de la guerra, por lo que realizaba raptos de personas para ofrecerlas a su dios, con la finalidad de que salga el sol al siguiente día, dado el caso de que Huitzilopochtli llevaba a cabo una batalla en contra de sus hermanos en el momento del crepúsculo y finalizaba al amanecer del día siguiente, donde salía el sol como símbolo de triunfo de Huitzilopochtli.

⁹⁴ Véase las primeras páginas hasta la sociedad romana. Recordemos que el secuestro en sus inicios fue practicado por tribus primitivas, con la finalidad de obtener ganancias económicas o se practicaba su forma más simple, es decir, el rapto de mujeres de la misma forma se realizaba en el México prehispánico.

⁹⁵ Un claro ejemplo de estas dos modalidades de secuestro se ha encontrado en la conducta de Hernán Cortés. La primera de ellas, el secuestro de Moctezuma (rey Azteca), donde lo tenía cautivo en su palacio, con la finalidad de evitar alguna insurrección del pueblo Azteca, aunque existe la leyenda que Moctezuma murió por una pedrada en la frente que le arrojó Cuauhtémoc y por dicha causa murió, aunque existe otra versión, según la cual al ver Cortés que Moctezuma ya no le servía para apaciguar a su pueblo, decidió matarlo. Posteriormente Cuauhtémoc es elegido rey de los aztecas. Dentro de la guerra final del choque entre estas dos culturas. Hernán Cortés a toda costa quería secuestrar a Cuauhtémoc, en primer lugar, para conseguir más aliados de los pueblos prehispánicos, en segundo lugar, para ser reconocido por los demás pueblos como legítimo rey del nuevo continente, dado el caso de que el pueblo Azteca controlaba una gran parte de México hasta Centro América, y en tercer lugar, la economía. Se narra dentro de la batalla final, que dieron las cinco de la tarde y no se rendía el pueblo Azteca, Cortés impartió la orden de avanzar, y en un instante se ocupó de ese rincón que controlaban los Aztecas sin combatir. Los defensores se entregaron, pero Cuauhtémoc no se encontraba entre ellos. La atención se centró entonces en algunas canoas que escapaban, a las que los bergantines comenzaron a dar caza; de entre ellas destacó una, de mayores dimensiones y muy ataviada. El bergantín comandado por García Holguín pronto la alcanzó; en ella, además de Cuauhtémoc viajaba con él, Tetlepanquetzal como un gesto sin esperanza; en el caso de que hubiesen conseguido escapar a los bergantines. Todas las poblaciones ribereñas estaban ya en su contra. Los soldados españoles miraban con ojo atento a las mujeres para retener a las bonitas. Algunas se habían untado la cara con lodo y se vistieron con harapos para pasar inadvertidas. Al

Sin embargo, también se cometía el delito del secuestro en Europa, de la misma manera que en América, aunque estaba más encaminado a la guerra, dado el caso de que existía un conflicto bélico entre España y Alemania, es decir, se estaba luchando por el reconocimiento del Imperio Alemán, de Carlos V, con los Príncipes electos alemanes⁹⁸.

concluir la batalla existía la sospecha de que había oro escondido, por eso fue secuestrado Cuauhtémoc, se le aplicó tormento a él y su primo, el señor de Tacuba, dichos tormentos consistieron en untarles aceite en los pies y quemárselos, los atormentaron por codicia de oro. Es así como refiere que una parte del oro habría sido arrojada a la laguna, y otra a una alberca grande de agua, y de aquella alberca sacaron un sol de oro como el que dió Moctezuma, y muchas joyas y piezas de poco valor que eran del mismo Cuauhtémoc. Y tan ansiosos andaban para no perder su parte, que se zambulleron en el sitio que les indicaron, y siempre sacaban piecezuelas de poco precio, y sacaron de 80 a 90 piezas en sortilejos, y ánades, perritos pinjantes y collarejos. En una carta dirigida al Emperador, Hernán Cortés dice que, una vez fundido el oro, éste ascendió a más de ciento treinta mil castellanos, de los que se dio la quinta parte al tesorero de Vuestra Majestad, además, de la quinta parte de otros Derechos que a Vuestra Majestad le pertenece de derivados de esclavos y otras cosas materiales. Y el oro se repartió en Cortés y en los demás españoles, según la manera y servicio de cada uno. *Vid.* MIRALLES, Juan, *Hernán Cortés, Inventor de México*, vol. I, Editorial Ediciones folio, edita ABC, Madrid, 2001, págs. 283 y sigs; MIRALLES, Juan, *Hernán Cortés*, vol. II, op. cit., págs. 324 a 328; PACHECO SANTOS, Manuel, *Prevención contra el secuestro*, Editorial Trillas, México, D.F., 2007, pág. 17.

⁹⁶ Un ejemplo de ello son los secuestros realizados en Colombia y Perú. El primer secuestro de la historia colombiana sucedió en los tiempos del conquistador Gonzalo Jiménez de Quesada cuando éste, en el año de 1537, secuestró al zaque Quemuenchatocha, en la localidad de Hunza, hoy Tunja. REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 40; HEYCK PUYANA, Caterina, *Derecho internacional, acuerdo humanitario y resolución pacífica del secuestro*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2011, pág. 42. Como también en Perú se secuestró al rey inca Atahualpa, por Francisco Pizarro, se organizó una celada en la que cae el inca Atahualpa, de quien exige un rescate enorme. El rescate de Atahualpa es estimado en más de 1.300.000 pesos de oro, se repartió de la siguiente forma: 400.000 pesos para el rey Carlos V, entre 30.000 y 40.000 para los capitanes, 8.900 para los jinetes y 4.450 para los peones. Algunos soldados lo perdieron todo en el juego después del reparto. Este hecho causó un sonado escándalo en Europa, pero a pesar de ello Atahualpa es ejecutado. La respuesta de Pizarro a los hechos atroces que realizaba por toda Sur-américa era que él no vino a evangelizar a los indios: «No he venido por tales razones, yo he venido a quitarles el oro». *Vid.* PÉREZ, Josep, *Carlos V*, 3ª. edic, Editorial Ediciones folio, edita ABC, Madrid, 2004, págs. 147 y 212.

⁹⁷ Véase el apartado de la A), de este capítulo, correspondiente al secuestro en la sociedad romana.

⁹⁸ El 24 de abril de 1547 se libró la batalla de Mühlberg, en la que Carlos V dio un golpe de autoridad al derrotar a los príncipes alemanes que se habían unido en la Liga Smalkalda para oponerse al Gobierno imperial en Alemania. En dicha batalla es apresado Juan Federico de Sajonia, y Landgrave de Hesse se entregó días después para intentar evitar la pena de muerte que se le había impuesto por rebeldía. En ambos casos, tras diversas negociaciones esa pena fue conmutada por prisión y también a cambio de diversas tierras y bienes de ambos príncipes. Dentro de las negociaciones entre Landgrave y Carlos V, se incluían cláusulas de humillación, con puntos similares para ambos príncipes, como también la libertad de prisioneros de guerra hechos por Landgrave y la obligación de obediencia desde ese momento con la prohibición expresa de pactar con cualquier enemigo de Carlos V, etc. Se incluían también un artículo según el cual Landgrave debía pagar a Carlos V 150.000 florones en la villa de Spira, la mitad dentro de seis semanas de haber concluido las negociaciones y dentro de dos meses después del término del primer pago. Además Landgrave no sólo debía entregar muchas de sus villas, incluidas las más importantes como Cassel, y muchos de los bienes que se encontraban

Hay que recordar que el delito de secuestro siempre ha sido cometido por todas las civilizaciones de la humanidad, como una arma contra aquellos pueblos que son considerados enemigos, ya que son abatidos por el ejército vencedor, con la finalidad de revocar las instituciones de gobierno, ya que capturan a las principales personas de un Reino para cobrar mensurables rescates y obtener un poder adquisitivo económico y territorial, y formarse vastos imperios. Así como en Roma se aplicó⁹⁹, se siguió utilizando en esta época.

D) Secuestro en la Edad Contemporánea

La Edad Contemporánea se inicia a partir de la Revolución Francesa, siglo XVIII, y comprende hasta nuestro siglo. En esta época, la Europa continental se encuentra en un proceso de expansión del Imperio Napoleónico. Por tal situación se encuentra incurso en un estado de guerra.

Por dicha causa las figuras delictivas equivalentes¹⁰⁰ al secuestro se cometieron en Europa, sobre todo el secuestro bélico¹⁰¹, ya que existía un estado de guerra motivado por la expansión del territorio francés.

En el año de 1808, España celebra “El Tratado de Fontainebleau” con Francia, dicho Tratado fue suscrito entre Napoleón y Carlos IV. Este Tratado permitía al ejército francés atravesar el territorio español, para ocupar a Portugal,

en sus villas, con la artillería y la munición, sino que debía dejar derribar sus fortalezas y sus soldados capitanes habían de jurar lealtad al Emperador. El secuestro de Landgrave duró cinco años, donde Landgrave de Hesse había tenido que esperar, sin auxilio, ya que sus planes de ser rescatado no tuvieron frutos. Landgrave de Hesse, fue cautivo en una casa particular de un capitán de Carlos V, de nombre Antonio de Esquivel, sevillano, donde vivía con su familia en Malinas y allí, en una habitación a la que cegaron las ventanas. El secuestro de Landgrave de Hesse fue para que reconocieran el título nobiliario de Carlos V como Emperador de Alemania, y para lograr la paz del Imperio. PÉREZ, Josep, *Carlos V*, op. cit., pág. 63; BENAVENT, Julia /BERTOMEU, María José, *El secuestro que ordenó Carlos V*, Editorial Universidad de Valencia, Valencia, 2012, págs. 9 y sigs.

⁹⁹ Véase los apartados I. de la antecesed históricos y el inciso A) Secuestro en la sociedad romana, de este capítulo.

¹⁰⁰ Por ejemplo, hubo una conspiración para derrocar a Napoleón por Cadoudal y Enghien, en los años de 1803 a 1804, con el objeto de raptar y asesinar a Napoleón, e invadir Francia con aliados del monarca Luis XVIII, para restaurar el reinado del anterior monarca. ELLIS, Geoffrey, *Napoleón*, traducción por Pilar PLACER PEROGORDO, 3ª. edic, Editorial Ediciones folio, edita ABC, Madrid, 2004, pág. 70.

¹⁰¹ También fue secuestrado el duque de Enghien, por la conspiración en contra de Napoleón. El duque de Enghien vivía como refugiado en Ettenheim en Baden, y fue secuestrado en la noche del 14 al 15 de marzo de 1804, por orden de Napoleón, por un destacamento de caballería. En la tarde del 20 de marzo llegó a la fortaleza de Vincennes junto a París; su fosa ya había sido cavada en ese momento. Después de un proceso ficticio, fue condenado a muerte y fusilado en el foso del castillo en las primeras horas de la madrugada del 21 de marzo. *Vid.* HERRARO RUBIO, Alejandro, *Secuestro internacional de personas. Discurso de apertura del curso 1968-69*, Editorial Universidad de Valladolid, Valladolid, 1968, pág. 9; MIDDENDORFF, Wolf, *Rapto, toma de rehenes, secuestro de personas y aviones*, op. cit., 23; ELLIS, Geoffrey, *Napoleón*, op. cit., págs. 70 y sigs.

que era aliado de Inglaterra y enemigo del Imperio Napoleónico. El ejército francés aprovecha su presencia en España para ocupar el territorio español, como parte del Imperio Napoleónico, por tal motivo la población española se sublevó en contra de su propio Monarca y Carlos IV abdica en su hijo el Príncipe Fernando¹⁰². Napoleón aprovecha la incertidumbre de la Corona Española para el nombramiento del nuevo monarca, es decir, Napoleón nombra un nuevo Rey de España escogido por él, haciendo recaer la Corona Española en su hermano José Bonaparte, para lo que Napoleón captura¹⁰³ a Carlos IV y su hijo Fernando VII, con el fin de conseguir la renuncia de ambos a la Corona Española, y establecer la monarquía de José Bonaparte, ya que Fernando VII abdica en favor de José Bonaparte¹⁰⁴.

La coronación de José Bonaparte y el Imperio de Napoleón comportaron en la Península Ibérica movimientos de insurrección en contra de sus monarcas ilegítimos, formándose “el movimiento del 2 de Mayo madrileño”, el cual luchó contra el ejército invasor que ocupaban la península. Dicha insurrección propició que se llevara a cabo la Constitución de Cádiz de 1812, en la que se establecen los viejos órganos representativos de la comunidad, mediante las Cortes, así como la antigua concepción de que el poder ha sido depositado por Dios en manos del pueblo, y la soberanía recae en la Nación, y no en el Rey, por lo que se reconoce a aquélla como órgano distintivo y superior de los ciudadanos y origen del poder estatal¹⁰⁵.

Esta Constitución Española consagró un reconocimiento formal de derechos y libertades de los individuos, es decir, entre sus connacionales, como

¹⁰² MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 55.

¹⁰³ La incertidumbre de la Corona Española y la captura de sus Monarcas comportó en América, especialmente en México, una insurrección contra los órganos de gobiernos, estableciéndose la independencia de la nueva España (México). El día 12 de septiembre de 1810, el cura Miguel Hidalgo y Costilla llamó al pueblo mexicano a levantarse en armas en contra del Virreinato (grito de dolores), irónicamente dentro de su llamamiento a la lucha armada, dijo que viva Fernando VII, ya que se encontraba cautivo por Napoleón. Podría ser que este grito de ánimo a Fernando VII fuera con la finalidad de evitar el delito de rebelión o para atraer a más criollos y mestizos al movimiento de insurrección, ya que existía una desigualdad social entre el español nacido en España y el español nacido en América, mestizo, criollo, mulato, indio, etcétera. Para más información de la desigualdad social existente en las colonias españolas, véase ARTOLA, Miguel, *La burguesía revolucionaria (1808-1869)*, Editorial Alfaguara, Madrid, 1973, págs. 37 y sigs; MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la Historia del Derecho*, tomo II, op. cit., págs. 339 y sigs.

¹⁰⁴ Vid. ARTOLA, Miguel, *La burguesía revolucionaria (1808-1869)*, op. cit., págs. 9 y sigs; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 55 y sigs.

¹⁰⁵ Vid. DE ESTEBAN, Jorge, *Las constituciones de España*, Editorial Taurus, Madrid, 1981, págs. 17 y sigs; MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la historia del Derecho*, tomo II, op. cit., págs. 314 y sigs; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 56 y sigs.

la libertad civil, la privación de libertad, seguido de juicio criminal y el derecho a la propiedad entre otros derechos inherentes al ser humano¹⁰⁶.

II. Evolución legislativa en España: antecedentes del actual Código Penal español

A) Código Penal de 1822

El Código penal de 1822 fue promulgado el 9 de julio de ese año. La labor legislativa de este Código fue a cargo de una Comisión, constituida en una Corte, encabezada por José María CALATRAVA, Francisco de Paula MARTÍNEZ DE LA ROSA BERDEJO GÓMEZ Y ARROYO, el conde de Toreno José María QUEIPO DE LLANO, Álvaro FLÓRES ESTRADA y Agustín ARGÜELLES¹⁰⁷.

Para su redacción una Comisión se encargó del estudio de los textos legislativos existentes en su época, entre ellos, el Fuero Juzgo, las Partidas de Alfonso X, la Novísima Recopilación, así como los Códigos de mayor crédito y reputación en Europa, de los que destaca el Código Penal francés de 1810¹⁰⁸, así como también las ideas doctrinales de Jeremias BENTHAM¹⁰⁹, Cesare

¹⁰⁶ Vid. MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la Historia del Derecho*, tomo II, op. cit., págs. 319 y sigs; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 60.

¹⁰⁷ Vid. SALILLAS, Rafael, *Evolución penitenciaria en España*, tomo II, Editorial Imprenta clásica española, Madrid, 1918, págs. 243 y sigs; SALDAÑA, Quintiliano, *Adiciones al tomo I del Tratado de Derecho penal de Franz VON LISZT*, op. cit., págs. 441 y sigs; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal, tomo I*, Concepto del Derecho penal y de la criminología, historia y legislación penal comparada, 4^a. edic, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964, pág. 756; ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1822”, *ADPCP*, tomo 18, fascículo II, Madrid, 1965, págs. 263 y sigs; MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la Historia del Derecho*, tomo II, op. cit., págs. 540 y 541; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 60; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, con la colaboración de Alicia GIL, tomo I, 6^a. edic, 2^a. reimpr, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, pág. 127.

¹⁰⁸ El Colegio de Abogados de Madrid advertía como defecto el tomar como modelo el Código francés, «cuya dureza es menos conforme a un pueblo destinado a la libertad». En el mismo contexto, José María CALATRAVA confesaba ingenuamente haber tomado muchas cosas del Código Francés, pero no haberlo tomado por modelo. Véase SALILLAS, Rafael, *Evolución penitenciaria en España*, op. cit. págs. 252 y sigs; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 757; ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1822”, op. cit., págs. 268 y sigs; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Libertad personal y seguridad ciudadana: estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, Editorial PPU, Barcelona, 1993, pág. 68; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 128.

¹⁰⁹ Las ideas de BENTHAM jugó un papel crucial en la elaboración del Código penal de 1822, dado el caso que tuvo una ardua comunicación con la Comisión del proyecto del Código, especialmente con el conde de Toreno antes de la publicación de este Código penal, las ideas de Bentham se denotan en los fines de la pena, y la pena pública. Se estableció que la prevención general, es el fin principal de la pena y también su razón justificativa. Una pena real que no sea aparente se perderá para el público. El gran arte es aumentar la pena aparente sin aumentar la real, lo cual se consigue por la elección misma de las penas, o por las solemnidades

BECCARÍA¹¹⁰, A. BEXON, Gaetano FILANGIERI, Charles de Secondat, barón de MONTEQUIEU, Denis DIDEROT, André MORELLET, Manuel de LARDIZÁBAL Y URIBE y Claude-Adrien HELVÉTIUS¹¹¹.

Ya decía Joaquín Francisco PACHECO que este Código penal es un Código científico, en el sentido de que en él se nota la impronta de la Ciencia del Derecho y la Filosofía, digna de su siglo, con lo que se mejoraba inmensamente la situación penal de la nación. Pero es a la vez demasiado severo, difuso y sacrifica la claridad, la sencillez¹¹², el mérito legislativo, a las pretensiones artísticas y a un vanidoso aparato literario. Hay en él algo de Fuero Juzgo y de las Partidas, envuelto con el carácter del Código-Napoleón¹¹³.

Durante las discusiones de la Comisión elaboradora de este ordenamiento normativo, se discute la libertad natural del hombre y la libertad social, se llega a la conclusión que el hombre social ha depositado en manos de la sociedad toda la parte de libertad natural que es necesaria para la conservación y bienestar de la sociedad misma; pero también de que hizo esta renuncia para asegurar más el uso de sus derechos en todo lo que no contradiga a la felicidad pública ni a los principios de la moral. Por esto ningún particular puede tener oculto ni dispensar

impresionantes de que se acompañe la ejecución. Véase SALILLAS, Rafael, *Evolución penitenciaria en España*, op. cit. págs. 261 y sigs; SALDAÑA, Quintiliano, *Adiciones al tomo I del Tratado de Derecho penal de Franz VON LISZT*, op. cit., pág. 442; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 757; ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1822”, op. cit., págs. 270 y sigs; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 128.

¹¹⁰ La Comisión seguía el criterio de Beccaria, en cuestión al objeto de la pena y sus dos criterios, uno es resarcir a la sociedad los daños causados por el delito, y el otro es escarmentar a los hombres para que no incurran en semejantes excesos., es decir, la pena escarmienta por el terror que causa; pero ha de ser un terror permanente y duradero, y continuo. Véase SALILLAS, Rafael, *Evolución penitenciaria en España*, op. cit. pág. 375; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 758; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 128.

¹¹¹ Vid. SALILLAS, Rafael, *Evolución penitenciaria en España*, op. cit. págs. 256 y sigs; SALDAÑA, Quintiliano, *Adiciones al tomo I del Tratado de Derecho penal de Franz VON LISZT*, op. cit., págs. 441 y 442; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 758; ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1822”, op. cit., pág. 271; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 60; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 127.

¹¹² En el mismo sentido Bentham en una carta dirigida al conde de Toreno, donde manifiesta Bentham, “a la hora esta, apenas he leído la vigésima parte del Código. ¿Y por qué he de leer más? Y añade: si mi intención fuera examinarlo y comentarlo en su totalidad, mi vida entera no bastaría a esta tarea. Ya ve usted lo que me ha dado que hacer un solo artículo. ¿Qué será, pues, si todo el Código me parece redactado por el mismo estilo?”. SALILLAS, Rafael, *Evolución penitenciaria en España*, op. cit. pág. 270; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 757.

¹¹³ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 757; CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., pág. 386 y 387; PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal, concordado y comentado*, estudios preliminar y anotaciones de Abel TÉLLEZ AGUILERA, Editorial Edisofer, Madrid, 2000, pág. 83.

protección a otro que se ocupe en turbar el orden público, en robar¹¹⁴, y otras comisiones delictivas.

Dentro del cuerpo legislativo de este Código penal no se contemplaba los delitos contra el suicidio, la herejía, el sacrilegio, la bestialidad, la sodomía, el incesto¹¹⁵ y el secuestro. Pero sí se tipificaron figuras afines al secuestro que menoscaban a la libertad de movimiento¹¹⁶. Los delitos contra la libertad de movimiento aparecen en dos grupos de delitos. El primer grupo se establece en el capítulo IV, y comprende los delitos contra la libertad individual de los españoles, y en el título I los delitos contra la Constitución¹¹⁷ y orden político de la Monarquía, sancionándose en los artículos 243 al 246 distintas modalidades de detenciones efectuadas por funcionarios públicos¹¹⁸ y particulares. El segundo grupo incrimina los actos de fuerza relacionados con la detención, en el capítulo IV, los delitos contra el rapto, fuerza y violencia contra las personas¹¹⁹. Por último, en el título I de la parte segunda de este Código, los delitos contra las personas, donde se tipifica el delito de coacciones en el artículo 680, en lo que es considerado su antecedente¹²⁰.

Entre los delitos contra la libertad de este Código Penal, en el artículo 245 se describen los medios comisivos de la detención de una persona, para “oprimirla, mortificarla o detenerla en custodia privada”. También se describen el tipo básico, privilegiado, cualificado, de los delitos de detención ilegal realizada por particulares. En el tipo básico de la detención, la acción reside en privar de la libertad a un sujeto por un período superior entre ocho días y menor a treinta días, cuya pena es de seis a doce años de realizar obras públicas. El tipo privilegiado consiste en dar la libertad al sujeto pasivo durante los ocho días del

¹¹⁴ SALILLAS, Rafael, *Evolución penitenciaria en España*, op. cit. pág. 307.

¹¹⁵ La Audiencia de Navarra censura la falta de penas contra el suicidio, la herejía, el sacrilegio, el sortilegio, la bestialidad, la sodomía, el incesto. ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1822”, op. cit., pág. 268.

¹¹⁶ La protección a la libertad de movimiento o ambulatoria no se regula de forma unitaria, en primer lugar, se considera un ataque a un Derecho reconocido constitucionalmente, consistiendo su contenido de injusto en vulnerar de forma arbitraria la libertad ambulatoria, o bien por funcionario o particulares. MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 66.

¹¹⁷ Vid. CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal Español”, op. cit., pág. 385; VIVES ANTÓN, Tomás S. / GIMENO SENDRA, José Vicente, *La detención. Detención ilegal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1977, pág. 30; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUOLA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales españoles. Recopilación y concordancias*, Editorial Akal, Madrid, 1988, pág. 54 y sigs.

¹¹⁸ ALONSO PÉREZ, Francisco, *Detenciones ilegales cometidas por funcionarios*, op. cit., pág. 56.

¹¹⁹ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 37 y sigs; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUOLA LÓPEZ, Lourdes, *Código Penal españoles*, op. cit., pág. 149 y sig; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 47; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Libertad personal y seguridad ciudadana*, op. cit., págs. 68 y 69; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 61 y sigs.

¹²⁰ MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 47.

cautiverio, cuya pena es de dos a seis años de reclusión. Y el tipo cualificado estriba en que la privación de la libertad es superior a los treinta días, cuya pena será la de deportación. Del mismo modo en este artículo se sanciona como participación dolosa al que proporcione a sabiendas el lugar para la detención o prisión privada, y la pena será igual que las anteriores de acuerdo a los supuestos de la comisión delictiva¹²¹.

La vigencia de este ordenamiento en la sociedad española alcanza el año y medio, dado el caso de que, con la caída del régimen liberal que dio lugar a la Constitución de Cádiz y este Código penal, fueron abrogadas todas las normativas realizadas por las Cortes durante el período constitucional de las Cortes de Cádiz; regresando al antiguo régimen legislativo, donde tuvieron vigencia de nuevo la Novísima Recopilación, los Fueros y las Partidas¹²². Con lo cual España tuvo que esperar hasta mediados de siglo XIX para conseguir un Código estable que la pusiera en el sector penal a la altura de los pueblos cultos¹²³.

B) Código Penal de 1848

La elaboración del Código Penal de 1848 se debió a una situación política que vivía la Península Ibérica, tras la muerte de Fernando VII y el retorno de los grupos liberadores exiliados por el mismo. Se pensó en restaurar el antiguo Código penal de 1822, pero con reformas. De estas reformas se encargó una Comisión, que ciertamente excedió su cometido, por cuanto elaboró un nuevo proyecto de ley¹²⁴.

La Comisión encargada de la elaboración de este Código penal estuvo integrada por los penalistas Manuel SEIJAS LOZANO¹²⁵, Tomás María DE

¹²¹ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 38 y 39; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Código Penal español*, op. cit., pág. 63; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 62 y 63.

¹²² Vid. ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1822”, op. cit., págs. 274 y 275; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 67; CERESO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 130.

¹²³ ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1822”, op. cit., pág. 278.

¹²⁴ Vid. ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco PACHECO”, *ADPCP*, tomo 19, fascículo III, Madrid, 1965, págs. 473 y sigs; MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la Historia del Derecho*, tomo II, op. cit., págs. 542 y 543; PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal, concordado y comentado*, op. cit., págs. 26 y sigs; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 71 y 72; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 221 y 222.

¹²⁵ Manuel DE SEIJAS LOZANO, dentro de las discusiones del Proyecto, establecidas en el congreso antes de la publicación del Código penal de 1848, menciona que él tuvo la desgracia, por un error del señor CORTINA, de que se me hubiera encargado de la redacción del Código penal. No porque el tal, como se presenta, sea obra mía, pero al recibir el encargo hice lo que hubiera hecho cualquier otra persona a quien se hubiera encomendado. Lo primero que hice es estudiar *ad hoc* la legislación penal de todos los países europeos y de otros pueblos en que

VIZMANOS, Florencio GARCÍA GOYENA, Francisco CASTRO OROZCO, Cirilo ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA y Joaquín Francisco PACHECO¹²⁶. Este Código penal está inspirado en diversos Códigos penales, como el Francés de 1810¹²⁷, Napolitano de 1819 y Brasileño de 1830¹²⁸, así como en las ideas doctrinarias de Immanuel KANT, Georg Wilhelm Friedrich HEGEL¹²⁹ y Pellegrino ROSSI¹³⁰. El proceso de elaboración legislativa terminó el 23 de diciembre de 1845, la Comisión envió el proyecto al gobierno y éste a las Cortes, para su aprobación a principios del año de 1847, siendo promulgado el Código el 19 de marzo de 1848¹³¹.

Con respeto al delito de secuestro que estamos analizando, el mismo no se encuentra tipificado de forma autónoma, y mucho menos como un delito contra la libertad, sino que el delito de secuestro¹³² se tipifica como delito contra el

también se ha adelantado. Este estudio me reveló una verdad, y es que la Europa, puede decirse, no se rige más que por el Código francés; el Código peor redactado, peor combinado y peor calculado. ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco PACHECO”, op. cit., pág. 482.

¹²⁶ Se atribuye a Joaquín Francisco PACHECO la parte principal de la redacción del Código penal de 1848, ya que él era el más científico de todos los miembros de la Comisión, el que profesaba un sistema penal de la justicia absoluta. Así como las ideas del eclecticismo penal de ROSSI, fijando los fines de la pena en cuatro categorías: la primera la expiación, segunda la intimidación, tercera la imposibilidad de dañar y cuarta la reforma de los criminales. Vid. ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, op. cit., págs. 480 y sigs.; PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal, concordado y comentado*, op. cit., págs. 23 y sigs; CERESO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 131.

¹²⁷ Véase nota de cita número 125.

¹²⁸ Del Código Brasileño se tomó los días multa. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 760; ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, op. cit., pág. 484; CERESO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 132.

¹²⁹ Joaquín Francisco PACHECO toma las ideas alemanas, donde se mantenía la retribución moral de Kant y la jurídica de Hegel, encaminadas a la teoría absoluta de la pena. ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, op. cit., pág. 480; PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal, concordado y comentado*, op. cit., pág. 24.

¹³⁰ El Código penal de 1848 refleja la tesis retributiva de ROSSI, para quien la pena no era otra cosa que la retribución del juez legítimo de un mal por otro mal. Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 760; ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, op. cit., pág. 480; MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la historia del Derecho*, tomo II, op. cit., págs. 542 y 543; PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal, concordado y comentado*, op. cit., págs. 23 y sigs; CERESO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 131 y 132.

¹³¹ Vid. SALDAÑA, Quintiliano, *Adiciones al tomo I del Tratado de Derecho penal de Franz VON LISZT*, op. cit., págs. 463 y 464; ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, op. cit., págs. 474 y sigs.; MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la historia del Derecho*, tomo II, op. cit., págs. 542 y 543; PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal, concordado y comentado*, op. cit., págs. 31 y sigs; CERESO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 131.

¹³² En el estudio preliminar del Código penal de Pacheco, por Abel TÉLLEZ AGUILERA, se señala que se sanciona con la pena de muerte el rapto de persona para exigir dinero.

patrimonio, como un subtipo del delito de robo en el artículo 415.3¹³³, donde se castiga “el robado fuera detenido bajo rescate o por más de un día”. La comisión delictiva del secuestro en este Código penal admite las circunstancias cualificadas y atenuantes del delito. El subtipo básico del robo bajo rescate se realiza cuando el robado fuera detenido bajo rescate por un día, y se imponen las penas de cadena temporal en su grado medio a cadena perpetua, artículo 416¹³⁴. El tipo cualificado se cumple cuando la detención sea realizada en lugar despoblado y en cuadrilla¹³⁵, y se produjera alguna lesión corporal al sujeto pasivo detenido bajo rescate. La lesión corporal consiste en lesiones graves en la integridad física del sujeto pasivo, entre ellas, la demencia, inutilidad laboral, perdimiento de miembros, impotencia o deformidad¹³⁶ (artículo 334.1)¹³⁷, y la detención ha de exceder de un día, estableciéndose la pena de cadena perpetua o muerte¹³⁸. El tipo privilegiado del delito de robo bajo rescate, consistente en la

PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal, concordado y comentado*, op. cit., pág. 37. En el mismo sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal. Infracciones patrimoniales de apoderamiento*, puesto al día por Carlos GARCÍA VALDÉS, tomo II, 2ª. edic, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977, pág. 445; ORTS BERENGUER, Enrique, “El nuevo artículo 481 del Código penal”, en José Ramón CASABÓ RUIZ (Dir.), *Escritos penales, Instituto de criminología y departamento de Derecho penal*, Editorial Artes Gráficas Soler, Valencia, 1979, pág. 272; PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 506; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales (A propósito de la jurisprudencia posterior a 1983 y de la STS 4-2-187)”, *Estudios Penales y Criminológicos*, tomo XI, Universidad Santiago, Santiago de Compostela, 1988, pág. 243.

¹³³ El artículo 415.3, del Código penal de 1848, establece: El culpable de robo con violencia ó intimidación en las personas, será castigado con la pena de cadena perpetua a la de muerte: 3º Cuando se cometiere en despoblado y en cuadrilla, si con motivo u ocasión de este delito de causarle alguna de las lesiones penadas en el número 1 del artículo 324, o el robado fuera detenido bajo rescate o por más de un día.

¹³⁴ El artículo 416, señala: Cuando en el robo concurriera alguna de las circunstancias señaladas en el número 3, del artículo anterior, y no se hubiera cometido en despoblado y en cuadrilla, será castigado el culpable con la pena de cadena temporal en su grado medio a cadena perpetua.

¹³⁵ Al definir lo que la ley entiende por cuadrilla, dice que la hay cuando concurren a un robo más de tres malhechores, es decir, más de tres hombres avezados al crimen dedicados al robo o, como suele decirse, de vida airada. DE VIZMANOS, Tomás María / ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo, *Comentarios al nuevo Código penal*, tomo II, Editorial Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848, págs. 461 y 462.

¹³⁶ PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal, concordado y comentado*, op. cit., pág. 1203.

¹³⁷ Las redacciones de los Códigos penales comentados por DE VIZMANOS y PACHECO, utilizados en esta investigación, establecen que el artículo de las lesiones es el artículo 324, en el primero mencionado, está mal citado, porque es el artículo 334, en tanto que PACHECO señala que es el artículo 334, que es el artículo correcto correspondiente al Código penal de 1848. *Vid.* DE VIZMANOS, Tomás María / ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., págs. 458 y 464; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales españoles*, op. cit., págs. 273 y 290; PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal, concordado y comentado*, op. cit., pág. 1191.

¹³⁸ Joaquín Francisco PACHECO entiende que, para que se configure el delito del artículo 415.3, es necesario que concurren las tres circunstancias anteriores mencionadas en la detención bajo rescate, pero la más importante es que la acción sea realizada en lugar despoblado y por

detención de una persona bajo rescate y concurren alguna de las circunstancias de lesiones graves o la detención sea superior a un día, se sanciona con la pena de cadena temporal en su grado medio a cadena perpetua, según las circunstancias de la comisión delictiva¹³⁹.

El Código penal de 1848 no tipificaba de forma directa el delito de secuestro, sin embargo, describe un subtipo del delito de secuestro, que es el secuestro económico, donde la detención es el medio y la finalidad es el lucro¹⁴⁰, sancionando el rapto de personas para exigir el rescate¹⁴¹, por lo que la comisión delictiva exige el dolo directo¹⁴², además de un singular elemento subjetivo del injusto integrado por la intención finalista del autor¹⁴³.

Aunque el Código penal de 1848 no tutelaba de forma directa el delito de secuestro como delito contra la libertad, es un punto de partida de la tipificación del injusto del secuestro, como antecedente legislativo de este mal social, que menoscaba a cualquier sociedad moderna, de diversas formas. Ahora bien, este

cuadrilla, ya que si no existe el cúmulo de estas circunstancias cualificadoras del delito, estamos en el supuesto del atenuante de la pena del artículo 416. PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal*, concordado y comentado, op. cit., pág. 1203. En el mismo sentido, DE VIZMANOS, Tomás María / ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., pág. 461.

¹³⁹ Vid. PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal*, concordado y comentado, op. cit., págs. 1203 y 1204. En el mismo sentido DE VIZMANOS, Tomás María / ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo, *Comentarios al nuevo Código penal*, op. cit., págs. 461 y 462.

¹⁴⁰ Vid. ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte especial*, por J.A. RODRÍGUEZ MUÑOZ / T. JASO ROLDAN / J.M^a. RODRÍGUEZ DEVESA, tomo II, Editorial Gráfica, Madrid, 1946, pág. 311; MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, traducción del alemán por Conrado A. FINZI, 4^a. edición alemana de 1954, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, pág. 98; SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo IV, op. cit., págs. 45, 46, 270 y 271; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*,...tomo I, vol. II, op. cit., pág. 892; ORTS BERENGUER, Enrique, “El nuevo artículo 481 del Código penal”, op. cit., págs. 276 y sigs; CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, vol. II, op. cit., págs. 326 y sigs.; ID., *Programa de Derecho Criminal*, vol. IV, op. cit., pág. 161 y 180; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales...op. cit., pág. 318; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, tomo III, 3^a. edic, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, págs. 202, 344 y 345; CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, tomo I, 6^a. edic, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, págs. 456 y sigs; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal, Parte especial*, tomo II-B, Editorial Rebinzal-culzoni, Buenos Aires, 2001, págs. 234 y sigs.

¹⁴¹ Vid. SALILLAS, Rafael, *El delincuente español. Hampa: antropología picaresca*, Editorial Victoriano Suárez, Madrid, 1898, (reproducido ahora en edición facsímil por Analecta Editorial, Pamplona, 2004), pág. 508; PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal*, concordado y comentado, estudio preliminar y anotado de Abel TÉLLEZ AGUILERA, op. cit., pág. 37.

¹⁴² QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo I, vol. II, op. cit., págs. 895 y 896.

¹⁴³ Vid., sobre la noción técnica de esta categoría de delitos, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Anales de la Universidad de Sevilla, serie: Derecho, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, n^o. 13, Sevilla, 1972, págs. 251 y sigs.

Código penal es un parteaguas para los posteriores Códigos penales en orden al reconocimiento del injusto del secuestro, ya sea de forma directa o indirecta, es decir, estableciendo un subtipo de robo o posteriormente un subtipo de detención, hasta llegar a la autonomía del tipo de secuestro en sucesivos Códigos penales españoles -y en concreto en el vigente Código penal de 1995-, por lo cual constituye la nueva formulación y sistematización de los delitos contra la libertad de movimiento y normativa que ha perdurado en los textos legislativos y que se llega hasta nuestros días¹⁴⁴.

C) Código Penal de 1850

El gobierno español de 1848 podía proponer a las Cortes, en un plazo de tres años, las reformas a este Código que se creían oportunas, pero no llegó a concretarse dicho Decreto, si bien se expidieron varios Decretos¹⁴⁵ que autorizaban sendas reformas a este Código penal, y tal situación conllevó la expedición de un Decreto, expedido el 9 de junio de 1850, que dispuso que se llevara a cabo una nueva edición del Código penal, con todas las reformas incluidas, originándose así el Código penal de 1850¹⁴⁶.

Este Código penal conserva la misma estructura normativa que su antecesor, es decir, el Código penal de 1848, formado en tres libros, veintitrés títulos, con la variación de un aumento en el número de los artículos¹⁴⁷. Su disyuntiva estriba en la agravación de las penas para los delitos políticos, al tiempo que se introducen nuevas figuras delictivas, entre ellas el escándalo público o la tenencia, fabricación y expedición de instrumentos para el robo, se

¹⁴⁴ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, op. cit., tomo I, vol. II, op. cit., pág. 884; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 47.

¹⁴⁵ Dentro de los decretos expedidos, se pueden citar el Decreto 19 de marzo de 1848, el Decreto de 1 de julio de 1848, Decretos de 21 y 22 de septiembre de ese mismo año, el Decreto de 30 de octubre de 1848, el Decreto de 30 de mayo de 1849, los Decretos de 2 y 5 de junio de 1849, el Decreto de 28 de noviembre de 1849 y los Decretos de 7 y 8 de junio de 1850 y el Decreto del 30 de junio de 1850. Vid. SALDAÑA, Quintiliano, *Adiciones al tomo I del Tratado de Derecho pena de Franz VON LISZT*, op. cit., pág. 466; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 762; MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la historia del Derecho*, tomo II, op. cit., pág. 543; PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal, concordado y comentado*, estudio preliminar y anotado de Abel TÉLLEZ AGUILERA, op. cit., págs. 39; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 134.

¹⁴⁶ Vid. SALDAÑA, Quintiliano, *Adiciones al tomo I del Tratado de Derecho penal de Franz VON LISZT*, op. cit., pág. 466; MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la Historia del Derecho*, tomo II, op. cit., pág. 543; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales españoles...* op. cit., págs. 273 y 290; PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal, concordado y comentado*, estudio preliminar y anotado de Abel TÉLLEZ AGUILERA, op. cit., págs. 39 y sigs; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 77 y sigs.

¹⁴⁷ Vid. SALDAÑA, Quintiliano, *Adiciones al tomo I del Tratado de Derecho penal de Franz VON LISZT*, op. cit., pág. 466; MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la Historia del Derecho*, tomo II, op. cit., pág. 543.

amplía el agravante de alevosía y se admite la conspiración y proposición para delinquir en todos los delitos en general¹⁴⁸.

Con respecto al delito de secuestro, mantiene la estructura delictiva del anterior Código penal, es decir, se tipifica como un subtipo de robo, con la misma narración y normativización, que anteriormente se expusieron. Sólo varía la numeración de artículos respecto al anterior Código penal, tipificándose la figura de detención bajo rescate en los artículos 425.3 y 426 del Código penal de 1850¹⁴⁹.

D) Código Penal de 1870

El origen normativo de éste Código penal de 1870 es derivado de la Constitución de 1869, dado el caso de que el legislador de ese tiempo quería una homologación entre la Constitución liberal española del siglo XIX y su ordenamiento punitivo, ya que la Constitución de 1869 se caracterizó como una Carta Magna de los derechos individuales de los ciudadanos españoles¹⁵⁰ y rompía el contexto con el anterior Código penal¹⁵¹.

El primero de octubre de 1869, se creó una Comisión encargada de la elaboración de este Código, presidida por Manuel RUIZ ZORRILLA, e integrada por Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro GROIZARD GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Nicolás María RIVERO¹⁵², quienes representan el aspecto científico y dogmático de esta Comisión codificadora¹⁵³. El 30 de mayo de 1870, el Ministro de Gracia y Justicia Eugenio MONTERO RÍOS sorprendía a las Cortes con la

¹⁴⁸ Vid. SALDAÑA, Quintiliano, *Adiciones al tomo I del Tratado de Derecho penal de Franz VON LISZT*, op. cit., pág. 466; PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal, concordado y comentado*, estudio preliminar y anotado de Abel TÉLLEZ AGUILERA, op. cit., págs. 39 y sigs.

¹⁴⁹ Vid. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales...op. cit., pág. 243; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales españoles...op. cit., pág. 426*; PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal, concordado y comentado*, op. cit., págs. 1201 y sigs.

¹⁵⁰ Los objetivos que perseguía la Comisión elaboradora de este Código penal, era la humanización de la normativa del Código penal, conforme a las ideas de las partidas y las ideas de la ilustración. Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 763; ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1870”, *ADPCP*, tomo 23, fascículo II, Madrid, 1970, pág. 237; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 223 y 224.

¹⁵¹ Vid. SALDAÑA, Quintiliano, *Adiciones al tomo I del Tratado de Derecho penal de Franz VON LISZT*, op. cit., pág. 471; ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1870”, op. cit., págs. 235 y sigs.

¹⁵² Don Alejandro GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, representa el mismo pensamiento retribucionista, en el Código penal de 1870, así como lo representaba Joaquín Pacheco en el Código penal de 1840. Las ideas retribucionista de Alejandro GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA se denotan en los puntos de modificación y corrección de las erratas de este Código penal antes de su publicación. ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1870”, op. cit., pág. 235.

¹⁵³ ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1870”, op. cit., págs. 235 y sigs;

lectura del Proyecto del Código penal. Esta acción determinó la rápida publicación de este ordenamiento normativo, porque fue discutido y aprobado por Secciones aproximadamente en dos días. Las Secciones estaban conformadas por Vicente ROMERO GIRÓN, Venancio GONZÁLEZ, Francisco SILVELA, Julián SÁNCHEZ RUANO y ALVAREDA, produciéndose su publicación el 30 de agosto de 1870, por lo cual fue denominado como “El Código del Verano”¹⁵⁴.

Con respeto al delito de secuestro, el Código Penal de 1870 siguió la misma sistemática y terminología que sus anteriores predecesores normativos, es decir, de los Códigos penales de 1848 y 1850, donde se tutelaba el delito de robo bajo rescate, en el título 23, de los delitos contra la propiedad, capítulo I de los robos, artículo 516.2¹⁵⁵ de este ordenamiento penal. Se configuraba el secuestro como un subtipo de delito de robo, cuya acción era efectuada de un robo previo, es decir, el robado era detenido bajo rescate por más de un día. La doctrina científica de esa época señalaba que la equiparación de este grave atentado contra la libertad personal con la violación, la mutilación y las lesiones gravísimas a que el texto se refiere, la encontramos justa. El que robe a una persona haciéndola sufrir las angustias, los sobresaltos y los peligros que lleva consigo una larga detención o la exigencia de su rescate, hiere y lastima con enérgicos castigos¹⁵⁶. Para configurar el subtipo básico de robo bajo rescate, es necesaria la petición del rescate, y se sanciona con cadena temporal. Y el subtipo privilegiado se realiza cuando la detención sea superior a un día¹⁵⁷, y se sanciona con cadena temporal en su grado medio¹⁵⁸. Es decir, para que se configure esta figura delictiva, es menester que se robe previamente a un sujeto, y no saciado el ánimo lucrativo del autor, se detenga al sujeto robado bajo rescate se exigiendo a un tercero la cuantía del rescate¹⁵⁹. El tipo cualificado del robo bajo rescate se cumple cuando

¹⁵⁴ Silvela denominó a este Código, como el Código del verano, por la rápida elaboración y vigencia que se originó en el lapso de la estación del verano. *Vid.* SALDAÑA, Quintiliano, *Adiciones al tomo I del Tratado de Derecho penal de Franz VON LISZT*, op. cit., pág. 472; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 763; MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la Historia del Derecho*, tomo II, op. cit., pág. 544; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales españoles*, op. cit., pág. 489; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (Director), “Presentación”, en Agustín JORGE BARREIRO (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 17; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 135.

¹⁵⁵ Artículo 516 establece: El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado, por el número 2, con la pena de cadena temporal en su grado medio a cadena perpetua, cuando el robo fuera acompañado de violencia o mutilación causada de propósito, o con su motivo u ocasión se causara alguna de las lesiones penadas en el número 1º del artículo 431, o el robado fuere detenido bajo rescate o por más de un día.

¹⁵⁶ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo VI, Editorial Esteban-hermanos, Salamanca, 1896, pág. 77.

¹⁵⁷ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870*, tomo VI, op. cit., pág. 78.

¹⁵⁸ MASAVEU, Jaime, “Tono Jurídico y defensa social contra el bandolerismo”, *ADPCP*, tomo 16, fascículo III, Madrid, 1963, pág. 591.

¹⁵⁹ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870*, tomo VI, op. cit., págs. 78 y 79.

se ejecuta la acción de la aprehensión del robado en cuadrilla y despoblado, aunque la doctrina sustenta que este tipo cualificado sólo podrá ser considerado general al efecto de aumentar la penalidad, por la circunstancia del artículo 10.15¹⁶⁰ de este mismo ordenamiento normativo¹⁶¹. El artículo 517¹⁶² no contempla el robo bajo rescate como circunstancia agravante de la pena, a determinar en su grado máximo¹⁶³. El tipo cualificado del robo bajo rescate exige la calificación como coautoría, porque la cuadrilla debe estar formada por tres o más malhechores armados que habitualmente cometan atentados con ánimo lucrativo, indistintamente de quien ostente la cualidad de jefe de la cuadrilla, ya que el mismo está considerado como miembro de la cuadrilla ante este ordenamiento normativo (art. 518)¹⁶⁴.

En esta figura delictiva cabe la legítima defensa y el socorro del robado por un tercero: el que mata a un ladrón defendiendo su derecho y sin excederse en el límite racional para repeler la agresión que sufre, no delinque, ni tampoco el tercero que acude en idénticas condiciones y con igual energía al auxilio del agredido¹⁶⁵.

Ahora bien, el robo bajo rescate admite subsumir en la figura del artículo 516, del robo frustrado bajo rescate, siempre y cuando exista un arrepentimiento por la detención, y por ende se libere al detenido de manera voluntaria sin el cobro del rescate, por lo que se imputará a los delincuentes por delito de robo consumado comprendido en el número 5 del artículo 516 y de robo frustrado bajo rescate¹⁶⁶, dado el caso de que, para que se concrete el delito de robo bajo rescate, es necesario que se robe previamente al sujeto pasivo, y posteriormente se le detenga y se exija un rescate a un tercero.

¹⁶⁰ El artículo 10.15^a, señala, Son circunstancias agravantes: 15^a, Ejecutarlo de noche o en despoblado. Esta circunstancia la tomarán en consideración los tribunales según la naturaleza y accidentes del delito. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales españoles*, op. cit., pág. 502.

¹⁶¹ VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código Penal 1870, concordado y comentado*, tomo III, 4^a. edic, Editorial Librerías de Suárez, 1890, pág. 361.

¹⁶² El artículo 517, establece: Si los delitos de que trata los números 3º, 4º y 5º, del artículo anterior hubieran sido ejecutados en despoblado y en cuadrilla, se impondrá a los culpables la pena en el grado máximo. Al jefe de la cuadrilla, si estuviere total o parcialmente armado, se impondrá, en los mismos casos, la pena superior inmediata.

¹⁶³ BARROSO Y ARRIETA, José M, *Código Penal vigente, texto orígenes y doctrina legal*, Editorial Tipo, lit. de J. Casamojó, Barcelona, 1907, pág. 402.

¹⁶⁴ *Vid.* VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código Penal 1870*, tomo III, op. cit., págs. 375 y 376; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870*, tomo VI, op. cit., págs. 93 y sigs; BARROSO Y ARRIETA, José M, *Código Penal vigente*, op. cit., pág. 402; MASAVEU, Jaime, “Tono jurídico y defensa social contra el bandolerismo”, op. cit., pág. 591.

¹⁶⁵ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870*, tomo VI, op. cit., pág. 83.

¹⁶⁶ VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código Penal 1870*, op. cit., págs. 360 y 361; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 91.

Al igual que sus predecesores Códigos penales, no se incrimina directamente el delito de secuestro, sin embargo, se describe un subtipo del secuestro que es el secuestro económico, donde la detención es el medio y la finalidad¹⁶⁷ es el lucro¹⁶⁸, ya que se sanciona el rapto de personas para exigir el rescate¹⁶⁹, por lo que la comisión delictiva exige el dolo directo¹⁷⁰.

E) Ley de secuestro de 8 de enero de 1877

Bajo este período de tiempo de normativización del anterior Código penal, proliferó el delito de secuestro económico, bajo la modalidad que tipificaba el Código penal, es decir, de rapto bajo rescate. El secuestro económico tuvo un gran auge al sur de España, para ser específicos, en Andalucía¹⁷¹, en las provincias de Córdoba¹⁷², Sevilla, Granada¹⁷³ y Málaga¹⁷⁴, dado el caso de que en

¹⁶⁷ Vid. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo V, Editorial Esteban-Hermanos, Salamanca, 1893, pág. 567; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870*, tomo VI, op. cit., pág. 82; ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 311; ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1870”, op. cit., pág. 247; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo I, vol. II, op. cit., pág. 889; ORTS BERENGUER, Enrique, “El nuevo artículo 481 del Código penal”, op. cit., págs. 276 y sigs; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales”, op. cit., pág. 318.

¹⁶⁸ Vid. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870*, tomo V, op. cit., pág. 567; MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 98; SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo IV, op. cit., págs. 45, 46, 270 y 271; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, tomo I, vol. II, op. cit., pág. 892 y sigs; CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. II, op. cit., págs. 326 y sigs.; ID., *Programa de Derecho criminal*, vol. IV, op. cit., pág. 161 y 180; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, tomo III, op. cit., págs. 202, 344 y 345; CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, tomo I, op. cit., págs. 456 y sigs; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal, Parte especial*, tomo II-B, op. cit., págs. 234 y sigs.

¹⁶⁹ Vid. SALILLAS, RAFAEL, *El delincuente español*, op. cit., pág. 508; PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal, concordado y comentado*, estudio preliminar y anotado de Abel TÉLLEZ AGUILERA, op. cit., pág. 37.

¹⁷⁰ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo I, vol. II, op. cit., pág. 895 y 896.

¹⁷¹ Vid. DE ZUGASTI, Julián, *El bandolerismo. Estudio social y memorias históricas*, tomo I, 3ª. edic, Editorial T. Fortannet, Madrid, 1876, pág. 186; DE ZUGASTI, Julián, *El bandolerismo. Estudio social y memorias históricas*, tomo III, Editorial T. Fortannet, Madrid, 1876, págs. 35 y sigs; BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Bandolerismo y delincuencia subversiva en la baja Andalucía*, Editorial Establecimiento tipográfico de Fortannet, Madrid, 1912, págs. 9 y sigs.; DÍAZ PALOS, Fernando, “Los delitos en especie. Glosa al «Tratado» de QUINTANO RIPOLLÉS. Infracciones patrimoniales”, *ADPCP*, tomo 22, fascículo I, Madrid, 1969, pág. 55; ANTÓN ONECA, José, “Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código Penal español”, *ADPCP*, tomo 25, fascículo II, Madrid, 1972, pág. 286; BUROZ ARISMENDI, René, *Secuestro*, op.cit., pág. 23; JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 140.

¹⁷² DE ZUGASTI, Julián, *El bandolerismo*, tomo I, op. cit., pág. 186; DE ZUGASTI, Julián, *El bandolerismo*, tomo III, op. cit., págs. 35 y sigs.

¹⁷³ DE ZUGASTI, Julián, *El bandolerismo*, tomo III, op. cit., pág. 132.

la ciudad de Sevilla más de una vez, se entablaron las negociaciones del rescate, bajo la misma Giralda, a plena luz del día¹⁷⁵. Esta situación provocó una alarma social y los secuestradores llegaron a constituir un peligro tan grave para la ciudadanía de la provincia de Andalucía que ni las más prudentes medidas de seguridad adoptadas por los vecinos en sus casas libraban a éstos de ser víctimas de los secuestradores¹⁷⁶. Ahora bien, el aumento de esta comisión delictiva en esta provincia proviene de factores económicos que padecía España en esa época, ya que el modelo económico español era el de una economía dual, es decir, una economía del tercer mundo, en los que a las formas tradicionales de la vida se han sobreimpuesto formas capitalistas importadas de las regiones desarrolladas. Este modelo económico causó una crisis alimenticia derivada de las malas cosechas, produciendo el retraso de España. Las consecuencias fueron especialmente graves en el sur, debido al deficiente reparto de la propiedad en estas zonas ante la recesión, y a que los propietarios tienden a reducir la superficie cultivada con lo que desciende la demanda de jornaleros y aumenta el paro laboral¹⁷⁷. Ello explica la proliferación de la delincuencia en Andalucía, y especialmente del delito de rapto bajo rescate o secuestro económico.

Las consecuencias producidas por la crisis económica acrecentaron la delincuencia de bandoleros y del delito de rapto bajo rescate, perpetrada por bandoleros, de tal forma que ya no era suficiente la punición que establecía este Código penal, para restaurar el orden social, ya que se consideraba una alarma social este delito, por lo tanto se tomaron medidas extraordinarias para combatir estos males sociales, entre ellos, pasar la jurisdicción al fuero militar¹⁷⁸ por la Real Orden del 12 de marzo de 1875¹⁷⁹, y posteriormente se creó una ley especial del Secuestro del 8 de enero de 1877¹⁸⁰, cuya finalidad es sancionar el delito de

¹⁷⁴ DE ZUGASTI, Julián, *El bandolerismo. Estudio social y memorias históricas*, tomo II, 2ª. edic, Editorial T. Fortanet, Madrid, 1876, pág. 10.

¹⁷⁵ Vid. BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Derecho penal*, op. cit., págs. 156 y 157; DE ZUGASTI, Julián, *El bandolerismo*, tomo III, op. cit., pág. 132; JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 138; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., págs. 12 y 13.

¹⁷⁶ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo II, op. cit., pág. 449; JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 138; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 13.

¹⁷⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales españoles*, op. cit., pág. 488.

¹⁷⁸ Vid. GONZÁLEZ SERRANO, José María, “Decreto-ley sobre represión de los delitos de bandidaje y terrorismo”, *ADGRN*, tomo II, Madrid, 1940-44, pág. 5; ANTÓN ONECA, José, “Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código Penal español”, op. cit., pág. 286; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 91.

¹⁷⁹ Vid. MASAVEU, Jaime, “Tono jurídico y defensa social contra el bandolerismo”, op. cit., pág. 591; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 91.

¹⁸⁰ El origen de esta ley es derivada de la preocupación y auge del secuestro en todas las comunidades de Andalucía, en junio de 1876 se presentó al Congreso una propuesta de ley para sancionar el bandolerismo y secuestro, cuya propuesta era resultado de los trabajos efectuados por una Junta de la provincia de Málaga. MASAVEU, Jaime, “Tono jurídico y defensa social contra el bandolerismo”, op. cit., pág. 591; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte*

secuestro, aunque no se cometa el delito de robo¹⁸¹. El bien jurídico protegido por esta ley especial es la libertad individual, de la que el secuestrado se ve desposeído. La pena era determinada de acuerdo a la comisión delictiva, ya que el autor será acreedor de una penalidad cualificada el que se produzca la muerte, mutilación o violación de la persona secuestrada, o de una pena privilegiada, cuando en ningún momento haya debido temerse racionalmente por la vida e integridad física de la persona secuestrada, será de aplicación del orden común¹⁸². La penalidad será de cadena perpetua a muerte. Se admite las figuras de autoría y participación, porque los que promuevan o ejecuten un secuestro y los que concurran a la comisión de este delito, con actos sin los cuales no hubiera podido realizarse, (artículo 2)¹⁸³. En la disposición final de esta ley se suprimían los Consejos de Guerra para esta clase de delitos¹⁸⁴.

F) Código Penal de 1928

El origen de este Código penal estriban en el cúmulo de leyes especiales que se elaboraron para combatir la alarma social que existía en esa época, ya que el Código penal anterior a éste no brindaba la seguridad esencial en la sociedad española, razón por la que el régimen dictatorial del general Miguel PRIMO DE RIVERA, en 1923, determinó la promulgación de diversas leyes especiales y complementarias en auxilio del Código penal, dirigidas a confrontar la alarma social subsistente en este periodo. Posteriormente el gobierno ordenó la modificación del Código penal en vigor por la Real Orden de 12 de marzo de 1926, mediante la cual se dirige a la Sección penal de la Comisión codificadora, para reformar el Código penal de 1870¹⁸⁵. El gobierno no pretendía un nuevo Código penal, sino la homologación del Código penal y las leyes especiales. Sin embargo, la Comisión codificadora fue más allá, y creó un nuevo ordenamiento punitivo, pero que conservaba las líneas fundamentales del anterior ordenamiento. Tal Comisión codificadora era presidida por el profesor Eugenio CUELLO CALÓN¹⁸⁶.

especial del Derecho penal, tomo II, op. cit., págs. 449 y 450; PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 506; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 91; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 138.

¹⁸¹ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo II, op. cit., págs. 449 y 450; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 90.

¹⁸² GONZÁLEZ SERRANO, José María, “Decreto –ley sobre represión de los delitos de bandidaje y terrorismo”, op. cit., pág. 5.

¹⁸³ Vid. MASAVEU, Jaime, “Tono jurídico y defensa social contra el bandolerismo”, op. cit., pág. 591; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 91.

¹⁸⁴ MASAVEU, Jaime, “Tono jurídico y defensa social contra el bandolerismo”, op. cit., pág. 592.

¹⁸⁵ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 775; MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la Historia del Derecho*, tomo II, op. cit., pág. 545; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales españoles*, op. cit., págs. 666 y 667.

¹⁸⁶ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 777; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ,

Este ordenamiento fue publicado por el Real Decreto-ley del 8 de septiembre de 1928, entrando en vigor el 1 de enero de 1929¹⁸⁷. Se caracterizaba por ser un Código penal ecléctico que combinaba principios distintivos y contradictorios sin llegar a armonizarlos en un sistema lógico jurídico¹⁸⁸.

El delito de secuestro estaba tipificado en dos apartados de este Código penal, en el título XIII de los delitos contra la libertad y seguridad individuales, capítulo primero, de las detenciones ilegales, en el artículo 665.4¹⁸⁹, y en el título XIV de los delitos contra la propiedad, capítulo primero de los robos, artículo 688.2¹⁹⁰.

Este Código penal ya tutela el delito de secuestro como un delito contra la libertad ambulatoria, al implementarlo dentro de los delitos contra la libertad. Por ello, es el antecedente del actual delito de secuestra en los términos en que se tipifica en el Código penal que actualmente está en vigencia.

Es probable que el legislador de este Código penal pasara la tutela penal del delito de secuestro a los delitos contra la libertad, por la situación que azotaba a España, en el periodo de tiempo de vigencia del anterior Código penal, a razón que proliferó la comisión delictiva del secuestro, sin que existiera un robo previo¹⁹¹, como exigía el tipo de robo bajo rescate del artículo 688,2.

Lourdes, *Códigos Penales españoles*, op. cit., págs. 666 y 667; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 139.

¹⁸⁷ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 777; MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la Historia del Derecho*, tomo II, op. cit., pág. 545; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales españoles*, op. cit., pág. 667.

¹⁸⁸ MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 89.

¹⁸⁹ El artículo 665, establece: El delito de que se trata en el artículo anterior será castigado con la pena de reclusión de ocho a quince años y multa de 1.000 a 10.000 pesetas: 4º, Si se hubiere exigido rescate para ponerlo en libertad.

¹⁹⁰ El artículo 688, establece: El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, será castigado: 2º, Con la pena de catorce a treinta años de reclusión cuando el robo fuere acompañado de violación o mutilación causada de propósito, o cuando con su motivo u ocasión se causare aborto, o lesiones de cuyas resultas quedare el ofendido loco, imbecil, impotente o ciego.

La misma pena se impondrá cuando el robado o algún individuo de su familia, o amistad o servicio, fuere retenido bajo rescate o por más de un día.

¹⁹¹ GROIZARD señala que en el territorio de una de nuestras Audiencias un niño de cinco años fue llevado con engaño a un lugar solitario y allí recluido. Su madre recibió por escrito la amenaza de que le matarían, si no llevaba una cantidad a un determinado punto. Pasados pocos días dieron al niño la muerte. Los funcionarios de la Administración de justicia que intervinieron en el proceso no estuvieron conformes en la calificación del delito. El juez de 1ª instancia estimó que los hechos constituían un delito y aplicó el artículo 516 del Código penal de 1870, pero el Fiscal de la Audiencia pidió la revocación de la sentencia de primera instancia, sostenido que constituían tres delitos, uno de detención, otro de amenazas con exigencia de dinero y otro de asesinato. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, op. cit., tomo VI, op. cit., pág. 78.

Recordemos que el origen de este Código penal es derivado de la homologación entre el Código penal de 1870 con la leyes especiales y complementarias que se crearon para combatir la alarma social de los secuestros y bandolerismo, donde se sancionaba el delito de secuestro por la detención, con el fin de pedir un rescate¹⁹².

Así, el delito de secuestro era considerado como un tipo cualificado¹⁹³ de detención ilegal, por la circunstancia de la detención bajo rescate, y la concurrencia además de los elementos de agravación¹⁹⁴ de la pena de reclusión de ocho a quince años y multa de 1.000 a 10.000 pesetas. Ahora bien, el tipo cualificado del secuestro exigía para su configuración la petición del rescate, que es el elemento subjetivo del ánimo lucrativo, que presupone la exigencia de dolo en las acciones de detención y petición del rescate.

El tipo de delito de robo bajo rescate es el mismo que en el anterior Código penal, en que fue configurado como un delito cualificado de robo. Pero con la diferencia de que el sujeto pasivo de la detención es distinto, ya que no se exige que el robado sea rehén de la detención, si bien puede serlo, por lo que el tipo aumenta el ámbito de sujetos pasivos de la posible comisión delictiva de la detención, que puede recaer sobre un miembro de la familia del sujeto robado, amigo o trabajador, que fueren retenidos bajo rescate por más de un día. Por lo que el tipo admite una plurisubjetividad de sujetos pasivos, pero la comisión delictiva sigue exigiendo que se produzca un robo previo y la posterior detención bajo rescate. La sanción penal será de catorce a treinta años de reclusión.

El delito de robo bajo rescate (artículo 688.2) prevé una penalidad mayor que el delito de secuestro que contempla el tipo cualificado de detención (artículo 665.4), toda vez que en el tipo de robo bajo rescate se sancionan dos delitos: en primer lugar el robo y posteriormente la detención, exigiendo un rescate para su liberación, por lo tanto hay una doble incidencia penal, que pudiera ser materia de concurso¹⁹⁵ de delitos.

G) Código Penal de 1932

Como todo Código Penal, el origen de este Código Penal proviene de un cambio político, producido en este caso con el retorno de la Segunda

¹⁹² Vid. El anterior subtema, correspondiente al Código penal de 1870 o la ley especial del secuestro del 8 de enero de 1877.

¹⁹³ Vid. MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo, *Código Penal de 8 de septiembre de 1928*, Editorial Administración: Augusto Figueroa, Madrid, 1928, pág. 131; ORTS BERENGUER, Enrique, “El nuevo artículo 481 del Código penal”, op. cit., págs. 272 y 273; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 45; DIEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana, independencia y libertad*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1993, pág. 325.

¹⁹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 45.

¹⁹⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales”, op. cit., págs. 243 y sigs.

República Española, pues el 14 de abril de 1931 se proclama la República y el Gobierno provisional, por Decreto de 15 de abril, anula¹⁹⁶ el Código penal de 1928 y vuelve a poner en vigor el Código de 1870 en tanto no se publique un nuevo texto legal¹⁹⁷. Hay que tener en cuenta que el anterior Código penal de 1928 fue el producto de una reforma del Código penal de 1870, que a su vez había sido generado por una reforma al Código penal de 1850, como éste lo fue del Código penal de 1848, pero sólo se puso en vigencia el Código penal de 1870¹⁹⁸ con las debidas reformas anteriores al mismo.

Por el Decreto de 6 de mayo de 1931, el gobierno republicano ordena la disolución de la antigua Comisión codificadora y la reemplaza, creando una Comisión Jurídica Asesora¹⁹⁹. Esta Comisión se subdividía por materias, y la Subcomisión penal estaba Presidida por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, y compuesta por Javier ELOLA, Magistrado del Tribunal Supremo; Mariano RUIZ FUNES,

¹⁹⁶ El Decreto de 15 de abril 1931, que anula el anterior Código, decía en su artículo 1: Queda anulado sin ningún valor ni efecto, el titulado Código penal de 1928. Igual declaración de nulidad se extiende a todos los titulados Decretos-leyes de la Dictadura que establecieron o modificaron definición de delitos fijación de penas. En sus tres artículos siguientes este Decreto reivindicador de la legalidad penal establece las reglas transitorias. El Código espurio no se deroga, sino que se anula. Por eso automáticamente cesan las condenas más severas impuestas conforme a él, y se procede de oficio, a instancia de parte o del Ministerio público, a rebajar la pena o amnistiar al condenado si el delito porque se le condenó fue creación del Código gubernativo. En contrapartida, a los que fueron condenados más benignamente por el Código de 1928, que lo hubieran sido por el auténtico de 1870, no se les impone la pena más alta, pero como se anula el Estatuto faccioso en que la condena se basó, se les revalida el beneficio por indulto táctico. Así no se perjudicaba a nadie y no se daba efecto jurídico a un documento dictatorial que jamás debió tenerlos. *Vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La legislación penal de la República española*, vol, LI, Editorial Reus, Madrid, 1932, págs. 8 y 9; LÓPEZ-REY, Manuel, *La Reforma del Código Penal español*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1932, pág. 8; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 781. En el mismo sentido en cuanto a la anulación. MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la Historia del Derecho*, tomo II, op. cit., pág. 546. Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales españoles*, op. cit., pág. 971; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 93; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 141.

¹⁹⁷ *Vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La legislación penal de la República española*, op. cit., págs. 5 y sigs; LÓPEZ-REY, Manuel, *La Reforma del Código Penal español*, op. cit., págs. 5 y sigs; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 780 y 781; MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la Historia del Derecho*, tomo II, op. cit., pág. 546; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales españoles*, op. cit., pág. 971; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 93.

¹⁹⁸ *Vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La legislación penal de la República española*, op. cit., pág. 5; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 763; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 141.

¹⁹⁹ *Vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La legislación penal de la República española*, op. cit., págs. 13 y 14; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 782 y sigs. MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la Historia del Derecho*, tomo II, op. cit., pág. 546. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales españoles*, op. cit., pág. 971; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 93.

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Murcia; José ANTÓN ONECA, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Salamanca, José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia; José SANCHÍS BANÚS, Profesor de Psiquiatría en el Hospital General de Madrid; Matilde HUICI DE SAN MARTÍN, del Tribunal Tutelar de Menores de Madrid; Luis FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Abogado, y Niceto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Abogado²⁰⁰.

En la Comisión jurídica asesora, se mostraron dos tendencias respecto a la elaboración del Código penal, la primera de ellas, que deseaba realizar un Código de nuevo acuñe, y la otra, que prefería adecuar el Código penal a la realidad social española de ese periodo. Y esta última tendencia fue la que prevaleció en la elaboración del Código penal de 1932, por lo que se reformó en lo más esencial al Código penal de 1870²⁰¹. Esta postura fue la razón por la cual el Código penal de 1932, que fue promulgado el 5 de noviembre de 1932 y entró en vigor el 1 de diciembre del mismo año, mantuvo la misma sistematización y el espíritu son igual que el Código penal de 1870²⁰².

El delito de secuestro sufrió cambios sustanciales en el nuevo Código penal, pues se suprimió su tipificación en el título XIII de los delitos contra la libertad y seguridad individuales, capítulo primero detenciones ilegales, que el anterior Código penal 1928 si tipificaba en el precepto del artículo 665.4, correspondiente al secuestro, en el que se establecía: “Si se hubiera exigido rescate para ponerla en libertad”. Pero también se suprimieron el número 3 del artículo 665 del Código penal de 1928 y el número 3 del artículo 496 del Código penal de 1870, que trataba de las agravantes de las lesiones y amenazas en el delito de detención ilegal, quedando el ilícito sometida a las normas generales del concurso de delitos²⁰³.

²⁰⁰ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La legislación penal de la República española*, op. cit., págs. 13 y 14; ID., *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 784; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 141.

²⁰¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penal españoles*, op. cit., pág. 971.

²⁰² Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La legislación penal de la República española*, op. cit., págs. 15 y sigs; LÓPEZ-REY, Manuel, *La Reforma del Código Penal español*, op. cit., pág. 15; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 803 y sigs; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales españoles...* op. cit., pág. 971.

²⁰³ Vid. VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código Penal 1870*, tomo III, op. cit., págs. 360; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870*, tomo VI, op. cit., págs. 78 y 79; LÓPEZ-REY, Manuel, *La Reforma del Código Penal español*, op. cit., pág. 72; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 805; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo I, vol. II, op. cit., págs. 898 y 899; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales”, op. cit., págs. 243 y sigs.; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 94.

Al anularse el Código penal de 1928, con ello se suprimía la tipificación del delito de secuestro, bajo la rúbrica de las detenciones ilegales, lo que trajo como consecuencia la concesión de amnistía por el Estado, ya que el delito de secuestro tipificado en el anterior Código fue anulado y no existía razón de la punición. Este procedimiento de amnistía era sustanciado de oficio a instancia de parte o del Ministerio público. Ello produjo también que automáticamente cesaran las condenas más severas que impuestas conforme al Código penal de 1928, y se rebajaban las penas. En contrapartida a los que fueron condenados más benignamente por el Código de 1928, que lo hubieran sido por el auténtico de 1870, no se impone ahora la pena más alta, sino que se anula el estatuto faccioso en que la condena se basó y se revalida el beneficio por indulto. Así no se perjudica a nadie y no se da efectos jurídicos a un documento dictatorial²⁰⁴. Así fue como se resolvió la materia de punición y retroactividad de la ley penal en cuanto a los delitos y penas modificadas en el Código penal de 1932.

Sin embargo, el delito de secuestro seguía tipificado igual que en los anteriores Códigos penales, pero bajo la incriminación penal patrimonial, como delito cualificado de robo, ya que el artículo 494.2, tipificaba el delito de secuestro como robo bajo rescate, si el robado fuera detenido bajo rescate o por más de un día. La pena privista era la de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado medio. Pero se separa la agravante del artículo 10.15, del Código penal de 1870, y que en el Código penal de 1932 es el número 12, del mismo artículo²⁰⁵, correspondiente a la ejecución de noche, en despoblado, o en cuadrilla, ya que el Código penal de 1870 exigía para que se configurara la agravante que se cometiera en despoblado y en cuadrilla. En cambio, el precepto del Código penal de 1932 permitía estimar la agravante como circunstancia modificadora de la acción, es decir, de manera facultativa²⁰⁶.

H) Código Penal de 1944

El origen de este Código penal se debe al sistema político existente a la sazón en España con la dictadura del General Franco, que al momento de acceder al poder ordenó una serie de leyes especiales²⁰⁷ para adecuar el anterior Código

²⁰⁴ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La legislación penal de la República española*, op. cit., pág. 9; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 781.

²⁰⁵ Luis Jiménez de Asúa señala que el cambio de la agravante del artículo 10.12 del Código penal de 1932 es derivado por un error de imprenta que contenía el Código penal de 1870 en el artículo 10.15. Ya que decía así: Ejecutar el hecho...en despoblado, y en cuadrilla. En pluralidad, se trataba de dos agravantes distintas y por sí sustantivas: despoblado, una, y cuadrilla, la otra. De este modo se halla en el Código cubano de 1879, trasunto fiel del de la Península de 1870, y así aparece ahora en nuestra reforma. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La legislación penal de la República española*, op. cit., pág. 25; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 798.

²⁰⁶ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La legislación penal de la República española*, op. cit., pág. 25; LÓPEZ-REY, Manuel, *La Reforma del Código Penal español*, op. cit., pág. 74; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 805.

²⁰⁷ Estas leyes especiales son: la ley de vagos y maleantes, leyes que intensifican o aseguran la represión del 5 de julio de 1938, leyes relativas a la vida económica 24 de

penal, a efectos de realizar una serie de persecuciones políticas contra grupos que creía radicales para su mandato o que considera lesivos para la dictadura²⁰⁸.

Por Ley del 19 de julio de 1944, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 22 de julio del mismo año, el gobierno autoriza la refundición del Código penal, con las leyes especiales que dictó el gobierno franquista, de tal modo que el Código penal de 1944 es una adecuación a las leyes especiales y decretos que Franco expidió entre los años de 1931 y 1943, dictatoriales, donde se reforma de manera parcial el Código penal de 1848²⁰⁹.

El proyecto de codificación fue llevado a cabo por el Ministerio de Justicia con la colaboración de Federico CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, y aprobado por las Cortes el día 14 de julio de 1944 fue publicado el día 23 de diciembre de 1944 y entró en vigor el día 3 de febrero de 1945²¹⁰.

Este Código penal tipificaba el delito de secuestro igual que el Código penal de 1928, donde se describía el delito de secuestro en dos apartados del Código penal, de los delitos contra la libertad y seguridad y en los delitos contra la propiedad²¹¹. Ahora bien, en el título XII, capítulo primero de las detenciones

noviembre de 1938, leyes relativas a la protección de la moral y la familia del 12 de mayo de 1942, disposiciones que continúan la dirección preventiva especial o individualizadora del 7 de octubre de 1940, ley relativa al uso y tenencia de armas de fuego, ley contra la masonería y comunismo de 1 de mayo de 1940 y la ley de seguridad del estado del 29 de marzo de 1941. Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 811 y sigs; ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte general*, anotado y puesto al día por José Julián HERNÁNDEZ GUIJARRO / Luis BENEYTEZ MERINO, 2ª. edic, Editorial Akal, Madrid, 1986, págs. 80 y 81; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales españoles*, op. cit., pág. 1173; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., pág. 300; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., págs. 141 y sigs.

²⁰⁸ Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales españoles*, op. cit., pág. 1173; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 99.

²⁰⁹ Vid. CASTEJÓN, Federico, *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944*, Editorial Reus, Madrid, 1946, pág. 5; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 810; MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la Historia del Derecho*, tomo II, op. cit., págs. 546 y 547; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales españoles*, op. cit., págs. 1175 y sigs; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 98; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 143.

²¹⁰ Vid. CASTEJÓN, Federico, *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944*, op. cit., pág. 13; MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la Historia del Derecho*, tomo II, op. cit., págs. 546 y 547; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales españoles. Recopilación y concordancias*, op. cit., págs. 1175 y sigs; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 144.

²¹¹ Vid. CHIRINOS RIVERA, Sonia, "El delito de robo con toma de rehenes. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1986", *PJ*, 2ª época, Número 6, Madrid, junio de 1987, pág. 125.

ilegales, el artículo 481.4 de este Código penal tipifica el injusto del secuestro como forma cualificada del delito de detención ilegal, ya que requiere la exigencia “si se hubiera exigido rescate para ponerlo en libertad”²¹² como agravante de la sanción penal, que era cualificada por pedir rescate, de forma que la pena era de prisión mayor equivalente a 26 años 8 meses y un día a 30 años de prisión y la multa de 1.000 a 25.000 pesetas.

La comisión delictiva de este injusto penal del secuestro se puede producir mediante la acción de detener o encerrar, privando de la libertad ambulatoria al sujeto pasivo, y la acción es realizada por un particular que exija un rescate, habiendo de ser tal conducta ejecutada dolosamente, ya que dentro de los elementos del delito se exige el ánimo lucrativo del sujeto activo, constituyendo forma cualificada del delito de detención ilegal²¹³.

El injusto del secuestro también está tipificado como delito contra el patrimonio²¹⁴, en el título XIII, del capítulo primero, de los robos, en el artículo 501.2, al disponer “o el robado fuera detenido bajo rescate por más de un día, o cuando se intentare el secuestro de alguna persona”. La novedad de este precepto que se castiga como delito consumado la tentativa del delito de secuestro, sin lograr el ánimo lucrativo²¹⁵. La punición establecida es de pena de reclusión mayor.

²¹² Vid. FERNÁNDEZ BARRUTIA, Jesús, *Datos prácticos sobre el Código penal de 1944*, Editorial Viuda de Juan Pueyo, Madrid, 1945, pág. 14; ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 310; CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal. Conforme al nuevo Código penal, texto refundido de 1944*, tomo II, 6ª. edic, Editorial Bosch, Barcelona, 1948, pág. 650; SÁNCHEZ-TEJERINA, Isaías, *Derecho penal español. Parte especial. Obra ajustada al Código penal, texto refundido de 1944, con todas las modificaciones Introducidas*, tomo II, 5ª. edic, Editorial Reus, Madrid, 1950, págs. 362; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, tomo I, vol. II, op. cit., pág. 919; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales españoles. Recopilación y concordancias*, op. cit., págs. 1212, 1307 y 1308; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales”, op. cit., pág. 243; VIQUEIRA HINOJOSA, Antonio, “Secuestro de personas y síndrome de estocolmo”, *Eguzkilore, CIVC*, número 7, San sebastian, diciembre 1993, pág. 194; MIRAT HERNÁNDEZ, Mª Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 101.

²¹³ Vid. ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 370; SÁNCHEZ-TEJERINA, Isaías, *Derecho penal español*, op. cit., págs. 362.

²¹⁴ Vid. Esta forma de secuestro aparece tipificada en el Código penal de 1848, como un delito cualificado de robo, por lo tanto su tutela penal es el patrimonio. véase el apartado correspondiente.

²¹⁵ Vid. FERNÁNDEZ BARRUTIA, Jesús, *Datos prácticos sobre el Código penal de 1944*, op. cit., pág. 19; CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, op. cit., pág. 766; DÍAZ PALOS, Fernando, *Los delitos en especie*, op.cit., pág. 55; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo II, op. cit., págs. 446 y sigs. Este último autor atribuye la punición del delito de secuestro en su forma de tentativa, como delito consumado, derivado de la Ley de Seguridad del Estado del 29 de marzo de 1941.

Sin embargo, este precepto tipifica el secuestro como delito cualificado de robo, cuya pena es de reclusión mayor o grado máximo si concurre alguna circunstancia agravante de la pena del artículo 506. Este delito exige para su comisión que se realice un robo previo al sujeto pasivo de la detención y posteriormente se exige un rescate para su liberación a un tercero, o se cometa la detención por más de un día²¹⁶.

Estas formas de tipificación del secuestro comportaron controversias en la praxis jurídica, porque tutelaban el injusto del secuestro como un delito contra la libertad del artículo 481.4, y como un delito patrimonial del artículo 501.2, quebrantando el principio de *non bis in idem*, por lo que se resolvía esta controversia mediante la aplicación de la norma de mayor punibilidad, que es la que tipifica el delito cualificado del robo bajo rescate, del artículo 501.2, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 68 de este ordenamiento penal, es decir, indubitada absorción del delito de detención por el robo²¹⁷.

D) Desarrollo legislativo durante el franquismo

1. Decreto-Ley sobre represión de los delitos de bandidaje y terrorismo de 18 de abril de 1947

El origen de esta ley es producido por la abrogación de la ley de seguridad del Estado, y se subsumió en esta ley especial²¹⁸, cuyo artículo 4 tipificaba el delito del secuestro, estableciendo a su vez el bien jurídico tutelado por este precepto, que es la libertad individual de la que el secuestrado se ve desposeído²¹⁹. Además recogía del Código penal de 1944 el artículo 501.2, relativo a la incriminación de la tentativa del secuestro como secuestro

²¹⁶ Vid. CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, op. cit., pág. 766; DÍAZ PALOS, Fernando, *Los delitos en especie*, op. cit., pág. 55.

²¹⁷ Vid. ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 370; CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, op. cit., págs. 650 y sigs; SÁNCHEZ-TEJERINA, Isaías, *Derecho penal español*, op. cit., págs. 362 y 363; DÍAZ PALOS, Fernando, *Los delitos en especie*, op. cit., pág. 55; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo I, vol. II, op. cit., pág. 926; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo II, op. cit., pág. 445; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales”, op. cit., págs. 243 y sigs; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pág. 36 y sigs.

²¹⁸ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 820; DÍAZ PALOS, Fernando, *Los delitos en especie...op. cit.*, pág. 56; BARBERO SANTOS, Marino, “El bandolerismo en la legislación vigente”, *ADPCP*, tomo 23, fascículo II, Madrid, 1970, pág. 261; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo II, op. cit., pág. 451; LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Número 3, Colección temas penales, Editorial Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaria general técnica, Madrid, 1985, págs. 139 y 140; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 149.

²¹⁹ Vid. GONZÁLEZ SERRANO, José María, “Decreto-ley sobre represión de los delitos de bandidaje y terrorismo”, op. cit., pág. 5; LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, op. cit., pág. 141.

consumado, sancionándola con la pena de reclusión²²⁰. El tipo cualificado castigaba con la pena de muerte, en aquellos casos de sobrevenir fallecimiento de la persona secuestrada, lesiones corporales, violación y desaparición forzada. El tipo privilegiado se realizaba cuando en ningún momento se haya debido temerse racionalmente por la vida e integridad de las personas secuestradas. La jurisdicción competente para conocer de los anteriores tipos penales era la militar, mediante procedimiento sumario, con excepción del tipo privilegiado, que correspondía al orden común. Aunque parece inverosímil, la jurisdicción del tipo privilegiado nunca llegó a concretarse, porque en la praxis jurídica se destinó el conocimiento de estos injustos a la jurisdicción militar²²¹.

2. Decreto-Ley sobre los delitos de bandidaje y terrorismo, de 21 de septiembre de 1960

El anterior Decreto-ley sobre bandidaje y terrorismo del 18 de abril de 1947, se refundió con el Decreto-ley del 21 de septiembre de 1960, y se homologa con la ley del 2 de marzo de 1943²²², tipificando el delito de secuestro en el artículo 5, igual que la ley especial anterior, con idéntica punibilidad y procedimiento militar, mediante juicio sumario, asimismo se finca la base del conocimiento del orden común en aquellos casos que no considere que estuvo en peligro la vida y la integridad del secuestrado, de acuerdo con la ley de 2 de diciembre de 1963²²³.

3. Ley 42/1971, de 15 de noviembre, por la que se adicionan determinados artículos al Código de justicia militar²²⁴

Posteriormente al anterior Decreto-Ley de bandidaje y terrorismo, de 21 de septiembre de 1960, es derogado por la ley 42/1971 del 15 de noviembre de

²²⁰ Vid. ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 310; CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, op. cit., pág. 650; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo II, op. cit., pág. 451.

²²¹ Vid. GONZÁLEZ SERRANO, José María, “Decreto-ley sobre represión de los delitos de bandidaje y terrorismo”, op. cit., pág. 5; LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, op. cit., pág. 140; PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 507.

²²² Vid. MASAVEU, Jaime, “Tono jurídico y defensa social contra el bandolerismo”, op. cit., pág. 593; BARBERO SANTOS, Marino, “El Bandolerismo en la legislación vigente”, op. cit., págs. 253 y sigs; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo II, op. cit., pág. 451; LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, op. cit., pág. 143; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 149.

²²³ Vid. MASAVEU, Jaime, “Tono Jurídico y defensa social contra el bandolerismo”, op. cit., pág. 593; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo II, op. cit., págs. 451 y 452; LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, op. cit., págs. 144 y 145.

²²⁴ Véase Ley 42/1971, de 15 de noviembre, por la que se adicionan determinados artículos al Código de Justicia militar, *ADPCP*, tomo 24, fascículo III, Madrid, 1971, págs. 769-771.

1971²²⁵. Dentro de las novedades de esta ley se implementó el delito de secuestro al fuero militar, solamente en aquellos casos que es realizado por grupos terroristas o subversivos que buscan alterar la paz pública. Por lo que esta especial tipificación sancionaba el delito del secuestro en su versión político y económica en los casos en que los terroristas utilizaban esta forma de delinquir para causar alarma social o para obtener fondos para la lucha armada contra el Estado de Derecho español.

Se tipificó especialmente la figura del secuestro en el artículo 294 bis letras b y c. La letra b) establecía: Los que, perteneciendo o actuando al servicio de las organizaciones o grupos a que se refiere el artículo anterior que, con los mismos fines o con propósitos intimidativos o de represalia para favorecerlos, atentaren contra las personas, incurrirán en la pena de treinta años de reclusión o a la pena de muerte, si causaren la muerte, violación o *secuestro* de alguna persona. La letra c) del mismo artículo citado menciona que con la finalidad de allegar fondos a las organizaciones o grupos señalados en los artículos precedentes o con el propósito de favorecer sus fines, atentaren contra la propiedad, serán castigados, con la pena de treinta años de reclusión o la pena de muerte, si se produjera la muerte, mutilación, *secuestro* o lesiones graves de alguna persona²²⁶.

4. Decreto-Ley sobre prevención del terrorismo, de 26 de agosto de 1975

Alarma social subsistente en la sociedad española de este tiempo, origino la implementación de diversos Decretos-leyes que se promulgaban por cuestiones especiales y extraordinarias por la proliferación de atentados terroristas contra el Estado español y su ciudadanía, por ello, se emite otro Decreto-ley sobre el terrorismo de fecha 26 de agosto de 1975, señalando normas sustantivas, de sentido procesal y administrativas encaminadas a la prevención del delito del terrorismo, cuyo objetivo fundamental responder a la alarma social existente de delincuencia y del terrorismo en general, así como su forma de participación y *modus operandi* de estos grupos subversivos²²⁷.

En el artículo 2 de este Decreto-ley se señala la sanción punitiva para los que cometen el ilícito del secuestro, en aquellos casos que se produzca la muerte

²²⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo II, op. cit., pág. 452.

²²⁶ Ley 42/1971, de 15 de noviembre, por la que se adicionan determinados artículos al Código de justicia militar, op. cit., pág. 770.

²²⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Sobre los límites temporales de vigencia de los Decretos-leyes antiterrorismo del 26 agosto 1975 y 18 de febrero 1976”, *NPP (RDGP)*, Año 5, número 9 a 12, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1976, págs. 577-593; ID., *Estudios penales*, número 6, Editorial Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 1988, págs. 219-238. *Vid.* Circular de la Fiscalía del T.S. núm. 3/1973: Criterios de interpretación sobre el Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975, *ADPCP*, tomo 29, fascículo II, Madrid, 1976, págs. 354 y 355.

o se lesione la integridad física del sujeto pasivo de la acción, cuya pena es la muerte²²⁸. Sin embargo, se siga aplicando la ley 42/1971, de 15 de noviembre, donde se señala la incorporación total a la jurisdicción militar el conocimiento de los secuestros de personas con fines terroristas, establecido el artículo 294 bis, letras b y c, del Código militar, sancionándose el delito de secuestro, con la pena de 30 años de reclusión a muerte²²⁹.

Se crea el tipo privilegiado del secuestro, en el artículo 3 del mismo Decreto-ley, consistente en la pronta e incondicionada puesta en libertad de las personas privadas de su libertad ambulatoria, para que se configure este tipo privilegiado el plazo debe ser inferior a 24 horas, sin que se haya cumplido la finalidad del ilícito penal, es decir, que no se necesita móvil o finalidad para producir la detención, por lo que hay un arrepentimiento de la acción de la privación de libertad por el sujeto activo. Es necesario que el cálculo se realice en horas naturales, es decir, en horas del día²³⁰.

En el artículo 6, se castigan los meros actos de preparación, ya que se sanciona punitivamente la construcción, acondicionamiento de lugar donde se va privar de libertad al sujeto pasivo de acción, con la pena de prisión mayor en grado²³¹.

²²⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Sobre los límites temporales de vigencia de los Decretos-leyes antiterrorismo del 26 agosto 1975 y 18 de febrero 1976”, op. cit., pág. 579; ID., *Estudios penales*, op. cit., pág. 222. Vid. Decreto-ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo, *ADPCP*, tomo 28, fascículo III, Madrid, 1975, pág. 446. Cfr. Circular de la Fiscalía del T.S. núm. 3/1973: Criterios de interpretación sobre el Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975, op. cit., pág. 359; LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, op. cit., pág. 154; ABAD CASTELOS, Montserrat, *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional. Obligación estatales previas, coetáneas y posteriores a la comisión del delito*, Editorial Ministerio del interior, Secretaría general técnica, Madrid, 1997, pág. 93; EAD., “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, *ADPCP*, tomo 50, fascículo I, Madrid, 1997, pág. 517.

²²⁹ Vid. Circular de la Fiscalía del T.S. núm. 3/1973: Criterios de interpretación sobre el Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975, op. cit., págs. 359 y sigs; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo II, op. cit., pág. 452.

²³⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Sobre los límites temporales de vigencia de los Decretos-leyes antiterrorismo del 26 agosto 1975 y 18 de febrero 1976”, op. cit., pág. 579; ID., *Estudios penales*, op. cit., pág. 222. Vid. Decreto-ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo, op. cit., pág. 446. Cfr. Circular de la Fiscalía del TS núm. 3/1973: Criterios de interpretación sobre el Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975, op.cit., págs. 360 y 361; LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, op. cit., pág. 141.

²³¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Sobre los límites temporales de vigencia de los Decretos-leyes antiterrorismo del 26 agosto 1975 y 18 de febrero 1976”, op. cit., págs. 579 y 580; ID., *Estudios penales*, op. cit., pág. 222. Vid. Decreto-ley 10/1975, de 26 de agosto, sobre prevención del terrorismo, op. cit., pág. 446. Cfr. Circular de la Fiscalía del T.S. núm. 3/1973: Criterios de interpretación sobre el Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975, op. cit., pág. 364; LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, op. cit., págs. 154 y 248; ABAD CASTELOS, Montserrat, *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional*, op. cit., pág. 87; EAD., “La respuesta estatal a la obligación internacional de

Sin embargo, este Decreto-ley tuvo una vigencia de 6 meses, dado el caso, que fue derogado por el Decreto-ley 2/1976, del 18 de febrero de 1976²³².

5. Decreto-Ley 2/1976, de 18 de febrero, por el que se revisa el de prevención del terrorismo 10/1975, de 26 de agosto, y se regula la competencia para el enjuiciamiento de tales delitos

El presente Decreto-ley surge por una medida extraordinaria que consistía en la revisión y contenido del Decreto-ley 26 de agosto de 1975, ya que reformuló y derogó diversos preceptos del Decreto-ley de 26 de agosto, operadas en virtud del presente Decreto-ley 2/1976, que por una parte lo revisa en su contenido sustancial y por otra regula las lagunas penales de la competencia para el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo²³³.

Sin embargo, el Decreto-ley 2/1976 derogó los artículos que regulaban el delito de secuestro por el anterior Decreto-ley, entre ellos, se derogó el artículo 2 y el artículo y 3, no obstante, quedó tipificado el acto preparatorio del secuestro del artículo 6, ya que se sancionaba la construcción, acondicionamiento de lugar donde se va privar de libertad a la víctima del injusto, con la pena de prisión²³⁴.

Tal situación de la derogación de los artículos 2 y 3 del Decreto-ley de 26 de agosto planteó la problemática de ilegalidad en el proceso penal y vulnerador de los principios constitucionales de legalidad, culpabilidad, *in dubio pro reo* y reactividad de la ley penal, pues la derogación de las tipificaciones especiales y extraordinarias del secuestro implica que se habría de enjuiciar por el orden común los inculpados o sentenciados por tal delito, debiendo tenerse en cuenta que se trata de un genuino supuesto histórico-legislativo de sucesión de normas penales temporales, habiendo de aplicarse la ley penal más favorable²³⁵. Sin embargo, no fue propiamente así, ya ya que los enjuiciamientos penales por el

prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 490.

²³² QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo II, op. cit., pág. 452; POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Sobre los límites temporales de vigencia de los Decretos-leyes antiterrorismo de 26 agosto 1975 y 18 de febrero 1976”, op. cit., págs. 583 y 584; ID., *Estudios penales*, op. cit., pág. 227.

²³³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Sobre los límites temporales de vigencia de los Decretos-leyes antiterrorismo de 26 agosto 1975 y 18 de febrero 1976”, op. cit., págs. 585; ID., *Estudios penales*, op. cit., pág. 219.

²³⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Sobre los límites temporales de vigencia de los Decretos-leyes antiterrorismo de 26 agosto 1975 y 18 de febrero 1976”, op. cit., págs. 579, 580, 584, 585 y 586; ID., *Estudios penales*, op. cit., págs. 222, 223, 228. *Vid.* Decreto-Ley 2/1976, de 18 de febrero, por el que se revisa el de prevención del terrorismo 10/1975, de 26 de agosto, y se regula la competencia para el enjuiciamiento de tales delitos, *ADPCP*, tomo 29, fascículo I, Madrid, 1976, págs. 134-136.

²³⁵ Ampliamente, al respecto, POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Sobre los límites temporales de vigencia de los Decretos-leyes antiterrorismo de 26 agosto 1975 y 18 de febrero 1976”, op. cit., págs. 590-593; ID., *Estudios penales*, op. cit., págs. 229-238.

delito del secuestro se juzgaban de acuerdo a la Ley 42/1971²³⁶, de 15 de noviembre, cuyo fuero era del orden militar de acuerdo a lo artículo 294 bis, letras b y c.

J) Desarrollo legislativo durante la transición

1. Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo

La ley 82/1978 de 28 de diciembre se publicó en el Boletín Oficial del Estado el día 12 de enero de 1979, aunque dicha ley es publicada y expedida en fechas mencionadas, proviene su origen legislativo del proyecto del Decreto de ley 21/1978 de 30 de junio, sobre medidas en relación a los delitos cometidos por grupos o bandas armadas.

Los motivos de la expedición de esta ley se deben a la alarma social existente en este periodo en referencia a los grupos terroristas, que continuamente intenta la caída del régimen dictatorial del franquismo y posterior a la democracia. El terrorismo ha convertido a España en un estado de peligro permanente, por lo que afectaba a los bienes jurídicos fundamentales, ya que perturbaba la paz social, y dificulta la estabilidad de gobernabilidad²³⁷.

Esta ley contrajo un cambio sustancial al Código penal de 1944, en cuestión al delito de secuestro, porque ordena la modificación del capítulo de las detenciones ilegales y del secuestro. Dichas modificaciones afecta a la agravante del delito de detención ilegal, en cuanto a su duración, ya que se establece 15 días para el supuesto del delito cualificado de la detención ilegal, así como también se suprime las circunstancias de lesiones graves amenazas a la víctima de muerte, durante la detención. Correspondiente al delito de secuestro se implementa al artículo 481.4: “Si se hubiese exigido rescate o impuesto cualquier otra condición, o fuese constitutivo de un delito contra la propiedad”²³⁸. Como

²³⁶ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo II, op. cit., pág. 452.

²³⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Sobre los límites temporales de vigencia de los Decretos-leyes antiterrorismo de 26 agosto 1975 y 18 de febrero 1976”, op. cit., págs. 590, 591 y 592; ID., *Estudios penales*, op. cit., págs. 234, 235 y 237; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 104. *Vid.* Real Decreto-Ley 21/1978 de 30 de junio, sobre medidas en relación a los delitos cometidos por grupos o bandas armadas, *ADPCP*, tomo 31, fascículo II, Madrid, 1978, pág. 360.

²³⁸ *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 222 y 223; ORTS BERENGUER, Enrique, “El nuevo artículo 481 del Código penal”, op. cit., pág. 271; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales”, op. cit., págs. 242 y sigs; LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, op. cit., págs. 270 y sigs; COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, tomo II, Editorial Akal, Madrid, 1990, págs. 24 y sigs.; RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte especial*, puesto al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ, 14^a. edic, Editorial Dykinson, Madrid, 1991, pág. 310; Díez

también se introdujo en el Código penal el artículo 481 bis, con respeto a la cooperación necesaria en los delitos de detención ilegal²³⁹.

Además se suprime el delito de robo bajo rescate, así como la tentativa de secuestro que tipificaba ambos, en el artículo 501,2 del Código penal, por lo cual daba solución al problema concursal suscitado por la tipificación del delito de secuestro del artículo 481,4 y del artículo 501,2. Dicha supresión la establecía el artículo onceavo del Decreto-ley 21/1978²⁴⁰.

2. Reforma de 1980

El origen de esta reforma del Código penal proviene de la homologación de las leyes especiales que adecuaban el anterior Código penal, publicándose en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el proyecto de la ley Orgánica de Código penal el día 17 de enero de 1980²⁴¹.

RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, op. cit., pág. 325; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / DÍAZ MORATO Y VILLAREJO, Julio, *Manual de Derecho penal. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, 3ª. edic, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, pág. 24; CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, en Tomás S. VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 854; ABAD CASTELOS, Montserrat, *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional*, op. cit., págs. 91 y 92; EAD., “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., págs. 514 y sigs; MIRAT HERNÁNDEZ, Mª Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 104.

²³⁹ Vid. LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, op. cit., págs. 260 y sigs; ABAD CASTELOS, Montserrat, *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional*, op. cit., pág. 89; EAD., “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., págs. 519 y sigs.

²⁴⁰ Vid. Real Decreto-Ley 21/1978 de 30 de junio, sobre medidas en relación a los delitos cometidos por grupos o bandas armadas, op. cit., pág. 360; Ley 82/1978, de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo, *ADPCP*, tomo 31, fascículo III, Madrid, 1978, págs. 678 y sigs.; BAEZA AVALLONE, Vicente, “Los delitos del terrorismo en las leyes 56/1978 y 82/1978”, *Escritos penales*, Instituto de criminología y departamento de Derecho penal, Director José Ramón CASABÓ RUIZ, Editorial Artes Gráficas Soler, Valencia, 1979, pág. 42; ORTS BERENGUER, Enrique, “El nuevo Artículo 481 del Código penal”, op. cit., pág. 271; DÍAZ PALOS, Fernando, “Infracciones contra el patrimonio.El proyecto de Código penal”, *RJC*, Editorial Bosch, Barcelona, 1980, pág. 60; CHIRINOS RIVERA, Sonia, “El delito de robo con toma de rehenes. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1986”, op. cit., pág. 126; RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 440; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / PÉREZ MANZANO, Mercedes / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Manual de Derecho penal. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª. edic, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pág. 148.

²⁴¹ Vid. CÓRDOBA RODA, Juan, “El proyecto de Código penal”, Presentación, *RJC*, Editorial Bosch, Barcelona, 1980, pág. 3.

Este Código penal siguió con la misma nomenclatura que los anteriores Códigos penales, es decir, a partir del Código penal de 1928. El delito de secuestro quedó tipificado en el título XII, en el capítulo primero de las detenciones ilegales, en el artículo 481.1, estableciendo lo siguiente: “Si se hubiera exigido rescate o impuesto otra condición, o fuere consecutiva a un delito contra la propiedad”. Por lo que sigue siendo un tipo cualificado de las detenciones ilegales. Ahora bien, la disyuntiva de este precepto legal es la instauración del texto legal de la ley 82/1978, en cuestión a la punición de los secuestros políticos, terroristas y económicos, ya que se establece “o impuesto otra condición, o fuere consecutivo a un delito contra la propiedad”²⁴². La pena establecida para este delito es la 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. Este precepto comportó una problemática concursal con las demás delitos, especialmente con el delito del artículo 501.4, del robo con tomas de rehenes.

Otra modificación que afectó al ilícito del secuestro fue instaurada por la reforma del 25 de julio de 1983, en el capítulo primero de los robos, del título XII de los delitos contra la propiedad, en donde se modifica el artículo 501,4, introduciéndose la exigencia legislativa de que “se tomaren rehenes para facilitar la ejecución del delito o la fuga del culpable”²⁴³. La punición de este delito era de prisión mayor.

²⁴² Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 222 y 223; ORTS BERENQUER, Enrique, “El nuevo artículo 481 del Código penal”, op. cit., págs. 280 y sigs; PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., págs. 505 y 506; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales”, op. cit., págs. 244 y sigs; LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, op. cit., pág. 270; COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Manual de Derecho penal*, op. cit., págs. 24; GÓMEZ PAVÓN, Pilar, “De los delitos contra la libertad y seguridad”, en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / Luis RODRÍGUEZ RAMOS, *Código Penal Comentado*, Editorial Akal, 1990, pág. 909; RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., págs. 310 y 311; POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Delitos contra la libertad y seguridad”, en Manuel COBO DEL ROSAL (Director), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, tomo I, Revista de Derecho privado, Madrid, 1993, pág. 445; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / DÍAZ MORATO Y VILLAREJO, Julio, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 24; CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 854.

²⁴³ La introducción de esta línea en el artículo 501.4 proviene del Anteproyecto del Código penal de 1980 y se modificó de manera urgente con la reforma del Código penal de 25 de junio de 1983, aunque su origen es precedido de la supresión del precepto 501.2, por la ley 82/1978, del rapto bajo rescate. Dentro del proyecto del Código penal de 1980, sustentado por Fernando Díaz Palos, donde menciona la inclusión de la toma de rehenes derivado por cuestiones político criminales por las constantes robos bancarios, realizados por organizaciones terroristas. Vid. DÍAZ PALOS, Fernando, “Infracciones contra el patrimonio”...op. cit., pág. 60; CHIRINOS RIVERA, Sonia, “El delito de robo con toma de rehenes. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1986”, op. cit., pág. 126; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “El robo con toma de rehenes”, *La ley*, número 3, Madrid, 1990, pág. 806; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales”, op. cit., págs. 244 y sigs.

Este artículo 501.4, del robo con toma de rehenes, conllevó una serie de problemas concursales en la praxis, con el artículo 481.1, del delito cualificado de la detención ilegal (secuestro), ya que existía controversia si era concurso real, ideal, leyes o normas, o se podía resolver mediante la absorción del delito de robo con tomas de rehenes, con el delito cualificado de las detenciones ilegales (secuestro), o mediante la aplicación del artículo 69 y 70 del Código penal²⁴⁴.

K) Código Penal de 1995

El vigente Código penal proviene de una adecuación entre la Constitución de 1978 y el Código penal²⁴⁵, así como de las leyes especiales que existían para compartir la alarma social del injusto del secuestro, y especialmente del terrorismo.

Dentro de las características transcendentales de este ordenamiento punitivo, es adecuar los conceptos y figuras jurídicas a concepciones ético-sociales²⁴⁶. La sistematización de este ordenamiento siguió la de los proyectos del Código penal de 1980 y 1992, donde se comienza con los delitos contra la vida, como máximo bien jurídico de la persona, tipificando después todos aquellos hechos punibles que tienen por objeto bienes jurídicos fundamentales de

²⁴⁴ Véase especialmente el artículo de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA. *Vid.* ORTS BERENGUER, Enrique, “El nuevo Artículo 481 del Código penal”, op. cit., págs. 286 y sigs; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, vol. I, Editorial Bosch, Barcelona, 1986, pág. 139; CHIRINOS RIVERA, Sonia, “El delito de robo con toma de rehenes. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1986”, op. cit., págs. 126 y sigs; PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., págs. 505 y 506; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales...” op. cit., págs. 227 y sigs; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “El robo con toma de rehenes”, op. cit., págs. 806 y sigs.; COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Manual de Derecho penal...* op. cit., págs. 174 y sigs; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: Cuestiones concursales”, *Estudios penales*, Editorial PPU, Barcelona, 1991, págs. 361 y sigs; GONZÁLEZ RUS, J. J., “Los robos”, en Manuel COBO DEL ROSAL (Dirigido), *Manual de Derecho penal. Delitos contra la propiedad*, vol. 2, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1992, págs. 93 y 94; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / PÉREZ MANZANO, Mercedes / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Manual de Derecho penal. Delitos patrimoniales y económicos*, op. cit., pág. 150 y 152; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., págs. 36 y sigs.

²⁴⁵ *Vid.* JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Medidas relativas a reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos. Obstáculos en vías públicas”, en Manuel COBO DEL ROSAL (Dir.) / Miguel Bajo Fernández (Coord.), *Comentarios a la Legislación penal*, tomo XV, vol. 1º, Ley de protección de la seguridad ciudadana. Ley Orgánica de 21 de febrero de 1992, Sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, págs. 87 y 88; EAD., *Seguridad ciudadana y Derecho penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2006, págs. 11 y 12.

²⁴⁶ CERREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, op. cit., pág. 151.

naturaleza individual, y posteriormente los delitos contra la colectividad²⁴⁷, es decir, sociedad, estado y comunidad internacional. Esto no significa que la titulación de los bienes jurídicos individuales sean más importantes que los bienes jurídicos colectivos, sino que las figuras más simples deben preceder a las más complejas para una mejor comprensión de estas últimas²⁴⁸.

En el nuevo Código Penal se cambia el rubro de los delitos contra la libertad y seguridad (anterior CPE), quedando sólo los delitos contra la libertad, debiéndose tal cambio a que la doctrina científica criticaba la poca claridad que tenía el rubro del anterior Código penal, en referencia al bien jurídico tutelado en la norma jurídica de los delitos contra la libertad²⁴⁹.

Con respeto al injusto del secuestro, el Código Penal tipifica el injusto de secuestro en el artículo 164, correspondiente al título VI, de los delitos contra la libertad, en el capítulo I de las detenciones ilegales y secuestro. La descripción del secuestro en el nuevo ordenamiento penal tiene autonomía típica con *nomen juris* propio e independiente²⁵⁰, aunque doctrinalmente sigue siendo considerado como delito cualificado de las detenciones ilegales²⁵¹. Se eliminan los elementos objetivos del injusto del secuestro, como rescate o actos consecutivos de un

²⁴⁷ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2011, págs. 4 y sigs.

²⁴⁸ Vid. Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, *ADPCP*, tomo 33, fascículo I, Madrid, 1980, págs. 105 y sigs; Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal, en Tomás S. VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. I, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 38; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, “Consideración crítica en torno al Código Penal español”, *ADPCP*, tomo 52, fascículo I, Madrid, 1999, pág. 246.

²⁴⁹ Vid. JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (Director), *Comentarios al Código Penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 460; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, M^a Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, pág. 205; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 106.

²⁵⁰ Vid. ABAD CASTELOS, Montserrat, *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional*. op. cit., pág. 81; EAD., “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 514; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., pág. 32; POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Detención ilegal y secuestro”, en Miguel POLAINO NAVARRETE (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, pág. 153; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 93 y sigs. Como también las STS 1878/2001, ponente: José JIMÉNEZ VILLAREJO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 3); STS 3003/2003, ponente: Julián Artemio SÁNCHEZ MELGAR, (Fundamentos de Derecho II, pág. 7).

²⁵¹ Vid. CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 854 y 855; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, M^a Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., pág. 207; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, “Consideración crítica en torno al Código Penal español”, op. cit., pág. 251; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 108; POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 153; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 93 y sigs.

delito contra el patrimonio (anterior CP, art. 481.1), por lo que el precepto sólo mantiene la condición como elemento objetivo del injusto, en cuanto para la realización del injusto secuestro se requiere alguna condición para liberar a la víctima. La condición puede ser de cualquier índole, ya sea económica o política, aunque debe de tener cierta entidad o importancia con el injusto. Otra diferencia con el anterior Código penal es la de la punición, ya que el nuevo injusto de secuestro es sancionado con la pena de prisión de seis a diez años. Ahora bien, el artículo 164 describe subtipos de comisión delictiva del injusto del secuestro, es decir, un tipo privilegiado y un tipo cualificado. El tipo privilegiado requiere que se ponga en libertad al sujeto pasivo dentro de las 72 horas, sin haber cumplido la condición (art. 163.3), y el tipo cualificado, que el secuestro dure más de 15 días²⁵².

Se crean tres figuras cualificadas de detenciones ilegales y secuestro (art. 165) en razón del medio comisivo del injusto, en orden a la acción del sujeto activo y la edad del sujeto pasivo, de forma que se agrava la pena en razón en que el sujeto activo simule ser autoridad o funcionario público, al momento de realizar la acción; así como cuando la víctima sea menor de edad o incapaz mental o funcionario público en ejercicio de sus funciones. Ahora bien, estos tipos cualificados se establecen como formas alternativas, de tal manera que basta que se produzca una de ellas para estar en este supuesto cualificado del artículo 165 del Código Penal²⁵³. La pena para estos tipos cualificados es la mitad superior. Se crea el injusto de desaparición forzada (art. 166 CP), en virtud de no dar paradero con la persona detenida o secuestrada.

Dentro de las innovaciones de este Código penal relativas a este capítulo, es de mencionar la adecuación de la cooperación necesaria y la sustracción de menores (arts. 481 bis y 484 del anterior CP)²⁵⁴, ya que el primero de ellos se recoge en el artículo 168 CP, con respeto a los actos preparatorios del injusto del secuestro, y se eliminan los elementos objetivos del injusto de la construcción y lugar para cometer en injusto (art. 481 bis del anterior CP), y la sustracción de

²⁵² Vid. ABAD CASTELOS, Montserrat, *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional*, op. cit., págs. 91 y 92; EAD., “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., págs. 514 y sigs.; JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 474 y 475; SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 2ª. edic, Editorial Dykinson, Madrid, 1997, pág. 149; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, Mª Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., pág. 207; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., pág. 31; POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 154; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 219.

²⁵³ Vid. JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 476 y sigs.; POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 154 y sigs.; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 232 y 233.

²⁵⁴ Vid. JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 476; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., pág. 32; MIRAT HERNÁNDEZ, Mª Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 107.

menores se ubica en el nuevo capítulo de los delitos contra las relaciones familiares²⁵⁵. Se suprimen las figuras complejas de robo con violencia e intimidación en la personas, que producían un problema concursal en la praxis jurídica con nuestro injusto en razón a la toma de rehenes (art. 501.4º del anterior CP), que seguían el marco jurídico de la lucha contra el bandolerismo y terrorismo, dejando paso a la aplicación de las reglas generales²⁵⁶ y relativas a los grupos que comentan algún injusto se crean los títulos de organización criminal y terrorismo.

Con la introducción de los capítulos de organización criminal y terrorismo en el nuevo Código Penal, se crea el injusto de secuestro plurisubjetivo, en el artículo 572.2, al tipificarse el injusto del secuestro realizado por algún miembro que pertenezca a un grupo organizado o terrorista, que comenta el injusto del secuestro será sancionado de 15 a 20 años de prisión²⁵⁷. Así mismo se mutuó el artículo 481 bis del anterior Código Penal, porque se creó su tipificación en el artículo 576.2 del nuevo Código Penal, como actos de colaboración en el injusto del secuestro realizado por grupos organizados y grupos terroristas, ya que señala: “la información o vigilancia de personas, la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamiento y depósito, en el injusto del secuestro²⁵⁸. Desde la inclusión expresa de estas conductas es posible castigar aquellas conductas de personas ajenas, pero de algún modo vinculadas a una organización terrorista, que consistan, por ejemplo, en observar, vigilar o

²⁵⁵ Vid. Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores, por María del Carmen FIGUEROA NAVARRO, *ADPCP*, tomo 55, Madrid, 2002, págs. 379 y sigs.

²⁵⁶ Vid Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, por la que se aprueba el Código Penal, en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (Director), “*Comentarios al Código penal*”, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 24; SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 317; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., págs. 36 y sigs; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., pág. 6.

²⁵⁷ Vid. ABAD CASTELOS, Montserrat, *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional*, op. cit., págs. 86 y sigs; EAD., “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., págs. 499 y 500; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, M^a Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., pág. 207; CAPITA REMEZAL, Mario, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Editorial Colex, Madrid, 2008, págs. 94 y sigs; POLAINO-ORTS, Miguel, “Terrorismo”, en Miguel POLAINO NAVARRETE (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, págs. 590 y sigs.; MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, *Delitos cualificados por el resultado en el Derecho penal español*, Editorial Bosch, 2012, págs. 84 y sigs.

²⁵⁸ Vid. ABAD CASTELOS, Montserrat, *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional*, op. cit., págs. 89 y sigs; EAD., “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., págs. 492 y sigs; POLAINO-ORTS, Miguel, “Terrorismo”, op. cit., pág. 597; MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, *Delitos cualificados por el resultado*, op. cit., págs. 84 y sigs.

fotografiar a personas susceptibles de convertirse en próximas víctimas de un delito de secuestro²⁵⁹. En el mismo capítulo del terrorismo se tipifica el injusto del secuestro con móviles terroristas realizados por fines subversivos, artículo 577 del nuevo Código Penal, cuya disyuntiva es que el sujeto activo del injusto no pertenezca a algún grupo subversivo u organizado, por lo cual es un supuesto de terrorismo individual, estableciéndose la pena será en su mitad superior por el injusto cometido²⁶⁰.

L) Especial referencia a la reforma de 2015

En el preámbulo de la Ley orgánica 1/ 2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, se menciona que parte de la reformulación de los delitos contra la libertad se debe a que el legislador penal se vió en “la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido. En este mismo sentido, se revisan los delitos de homicidio, asesinato y *detención ilegal o secuestro con desaparición*, y se amplían los marcos penales dentro de los cuales los tribunales podrán fijar la pena de manera más ajustada a las circunstancias del caso concreto”²⁶¹.

Por ello, el legislador penal se vió en la tarea de revisar “...la pena con la que se sanciona el delito de *detención ilegal o secuestro con desaparición*, con la finalidad de garantizar, en estos casos de extraordinaria gravedad, una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad por el hecho. Y se añaden, además, dos supuestos agravados aplicables en los casos en los que la víctima sea menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección,

²⁵⁹ Vid. ABAD CASTELOS, Montserrat, *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional*, op. cit., págs. 90 y sigs; EAD., “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 493 y sigs.

²⁶⁰ Vid. FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, M^a Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., pág. 207; Ley Orgánica 7/2000, de 22 Diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo, por María del Carmen FIGUEROA NAVARRO, *ADPCP*, tomo 53, Madrid, 2003, pág. 464; CAPITA REMEZAL, Mario, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, op. cit., págs. 224 y 225; POLAINO-ORTS, Miguel, “Terrorismo”, op. cit., págs. 601 y 602.

²⁶¹ Ley orgánica 1/ 2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, pág. 1 (preámbulo). (Accesible en: http://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439).

o en los que el delito se haya cometido con una finalidad sexual, o bien el autor hubiera actuado posteriormente con esa finalidad”²⁶².

Esta reforma al Código penal no modificó esencialmente el título VI, capítulo I (De las detenciones ilegales y secuestro), pues sólo agregó nuevas formas de alternativas de la comisión delictiva en los tipos cualificados²⁶³, entre ellas, el artículo 165, en el que se cambió el término de incapaz y se reemplaza por el de persona con discapacidad necesitada de especial protección, derivado de que se reformuló el artículo 25 del Código penal que define la incapacidad penal, y este precepto determinó dicho cambio de la expresión de persona con discapacidad necesitada de especial protección, por lo que se reformulan todos los artículos del Código penal que protegen a estas personas con discapacidad. Asimismo se modificaron el artículo 166 de la desaparición forzada y el artículo 167 de las detenciones ilegales realizadas por funcionarios públicos, al introducirse nuevas formas alternativas de la comisión criminal de estos tipos cualificados del secuestro, en el seno de la regulación de las detenciones ilegales y secuestros por el Código penal Español.

Un sector de la doctrina jurídico penal²⁶⁴ se ha pronunciado en el sentido de entender que, dentro del catálogo de la reforma del 2015, la novedad más importante se encuentra en la definición de persona con discapacidad necesitada de especial protección, introducida en el segundo párrafo, expresión que como se ha indicado viene a sustituir a la de incapaz. La definición alude a la persona que, tenga modificada o no su capacidad de obrar por resolución judicial, requiere 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.

Ahora bien, dentro de la reforma del 2015, se reformuló y expandió el campo del deber negativo del artículo 166 del Código penal español, pues se eliminó del primer apartado la palabra demostrando haber dejado en libertad al sujeto pasivo, que es una pugna dogmática de inversión de la carga de la prueba²⁶⁵ para el sujeto activo y su defensor, y esta problemática desaparece de la

²⁶² Ley orgánica 1/ 2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, pág. 9 (preámbulo punto XI).

²⁶³ Vid. TAMARIT SUMALLA, Josep María, “El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad. ¿Tan sólo una cuestión conceptual?”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 74; RAMÓN RIBAS, Eduardo, “La reforma de la detención ilegal”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 357 y 358.

²⁶⁴ TAMARIT SUMALLA, Josep María, “El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad. ¿Tan sólo una cuestión conceptual?”, op. cit., págs. 73 y 74.

²⁶⁵ Vid. PALMA HERRERA, José Manuel, “Capítulo duodécimo. La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo”, en Lorenzo MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios sobre el Código penal reforma. Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015, págs. 378 y 379; RAMÓN RIBAS, Eduardo, “La reforma de la detención ilegal”, op. cit., pág. 354.

redacción del artículo 166, por lo que dejar en libertad a la víctima no impedirá ya eludir la aplicación de dicho precepto y de sus severas consecuencias²⁶⁶.

No sólo se cambió del artículo 166 la connotación anteriormente mencionada, sino que se agregaron dos formas alternativas de la comisión delictiva del delito de secuestro o detención ilegal con desaparición forzada de persona: la primera, que la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesaria de especial protección, y la segunda, 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 en su caso hubiera posteriormente actuado con esa finalidad²⁶⁷.

Con respecto a la primera novedad legislativa, en la que se comprende que la víctima sea menor de edad, se podría decir que es una novedad parcial en el artículo 166, porque en la redacción anterior a la reforma, este artículo permitía tener en cuenta tal circunstancia desde la perspectiva del artículo 165, que contemplaba como agravante en que la víctima sea menor de edad. Con ello, el artículo 165 del Código penal español cualificaba la pena como respuesta penal al delito del secuestro de un menor de edad previendo la imposición del agravante de la pena en el artículo 164 en su mitad superior; sin embargo, el hecho de que el artículo 166 en su redacción original no fuese directamente a la pena superior en grado, se traducían en que, desde perspectiva legal, la minoría de edad de la víctima del injusto no tenía efectos agravatorios sobre la pena cuando no se daba razón sobre el paradero del privado de libertad²⁶⁸. Por ello, es la base de la implementación de la cualificación de la pena en el delito de secuestro bajo desaparición forzada de un menor de edad, pues existía una laguna legal de aplicabilidad con respecto a la desaparición forzada de una persona secuestrada con cualidad subjetiva de ser menor de edad.

En el mismo sentido, en el artículo 166.2, letra *a*), se incorpora la protección de personas especialmente vulnerables entre ellas el menor de edad, que anteriormente establecimos, y también se incorporó la expresión de persona con discapacidad necesitada de especial protección, por lo que la nueva redacción del artículo 166.2, letra *a*), tutela de la desaparición forzada a personas especialmente vulnerables, ante la existencia del vacío legal que existía con respecto a la anterior redacción del artículo 166 del Código penal.

Sin embargo, el artículo 166 tuvo una renovación de contenido pragmático por la necesidad político criminal de la existencia del vacío o laguna legal sobre ciertos casos que hoy en día siguen sin resolver, y por el legislador vió la

²⁶⁶ RAMÓN RIBAS, Eduardo, “La reforma de la detención ilegal”, op. cit., pág. 353.

²⁶⁷ *Vid. infra* capítulo VIII Punibilidad, apartado V, Delito *sui generis* de secuestro por *no dar razón* del paradero de la persona detenida (art. 166).

²⁶⁸ PALMA HERRERA, José Manuel, “Capítulo duodécimo. La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo”, op. cit., pág. 384.

necesidad de reformularlo²⁶⁹, no sólo desde la perspectiva de la formulación original, sino de la ampliación del campo de la acción de dicho tipo penal, y así, como ya hemos indicado, se incorporaron dos formas alternativas de la comisión delictiva de este tipo cualificado del secuestro, que se encuentran recogidas en el artículo 166.2, letras *a)* y *b)*²⁷⁰.

Con respecto a la letra *b)*²⁷¹, recoge otras formas de agravación de la pena que, aunque diferentes, guardan cierta relación entre sí, cuales son que el sujeto activo haya llevado a cabo el secuestro con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o que hubiera actuado posteriormente con esa finalidad. En cualquiera de los dos casos, la pena es la misma, privación de la libertad de quince a veinte años en caso de detención ilegal y de veinte a veinticinco en caso de secuestro²⁷².

La problemática que presenta el artículo 166.2, letra *b)* estriba en el sentido de su interpretación, no tanto como una característica de un matiz sexual que rodea a la privación de la libertad, en base al hecho de considerar la privación de la libertad un acto preparatorio del ulterior atentado sexual, cuanto en la consideración del hecho de que, al no darse razón del paradero de la víctima, se evita la incriminación por el delito contra la libertad o indemnidad sexual que se pudiese haber cometido sobre ella, pues lo normal será que no pueda acreditarse si tuvo o no lugar ese atentado sexual, de qué naturaleza fue el mismo, y en qué grado de ejecución se realizó²⁷³.

Sin ninguna duda, la esencia del artículo 166.2, letra *b)* del Código penal español gira en torno a la instrumentalización que en el precepto se hace de la desaparición como forma de evitar una eventual responsabilidad penal por un delito contra la libertad o indemnidad sexual que pudiera haberse cometido. Esto quiere decir, que se da la respuesta político-criminal a aquellos casos sin resolver por la justicia penal española, en que existe un contubernio de delitos de naturaleza sexual sin contar con elementos de juicio suficientes para acreditar que el mismo se cometió, o que se realizó en unos extremos tales que permiten encadenar el hecho en un tipo penal concreto, y por ello, la respuesta que intenta

²⁶⁹ Vid. ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos contra la libertad”, en Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Director), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo III, Derecho penal. Parte especial, vol. 1, 2ª. edic, Editorial Iustel, Madrid, 2016, págs. 111 y 112

²⁷⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., 2015, págs. 144-146.

²⁷¹ Vid. *infra* capítulo VIII, Punibilidad, apartado V, Circunstancias modificativas de la punibilidad, letra B) Tipos cualificados, número 4: No dar razón del paradero del secuestro, letra c): Atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima.

²⁷² PALMA HERRERA, José Manuel, “Capítulo duodécimo. La reforma de los delitos contra la libertad operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, op. cit., pág. 385; RAMÓN RIBAS, Eduardo, “La reforma de la detención ilegal”, op. cit., págs. 358 y 359.

²⁷³ PALMA HERRERA, José Manuel, “Capítulo duodécimo. La reforma de los delitos contra la libertad operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, op. cit., pág. 385.

comunicar el legislador español en estos casos de privación de libertad con desaparición forzada en que hay indicios materiales que existió la acreción sexual²⁷⁴ y por eso debe ser sancionados, pues, va en contra de una expectativa normativa contraria a la norma y a la sociedad²⁷⁵.

Sin embargo, un sector de la doctrina²⁷⁶ no está de acuerdo con la regulación del artículo 166.2, letra *b*), al considerar que este tipo delictivo incorpora la sospecha de comisión de un delito de naturaleza sexual, en aquellos casos en los que sí se cuente con elementos suficientes para considerar acreditada la comisión de un delito sexual concreto, y por dicha causa, no debe ser un delito contra las detenciones ilegales, más bien, debemos de establecerlo como un concurso de normas o de concurso de delitos entre el artículo 166.2, letra *b*), y la figura delictiva contra la libertad o indemnidad sexual de que se trate, partiendo de la base del enfoque atribuido a esta cualificación y acreditada la comisión del delito sexual, por ello, no debe ser aplicable la letra *b*) del artículo 166.2, debiendo recurrir al esquema del concurso de delitos entre el artículo 166.1, artículo 164, o el artículo 166.2, letra *a*), si la víctima es menor de edad o persona discapacitada y necesitada de especial protección, y el delito sexual que se trate. Esto plantea que el responsable del delito sea castigado con una pena inferior de la que habría procedido en caso de aplicársele el artículo 166.2, letra *b*), lo que llegado el caso, podría constituir un estímulo para confesar el delito sexual que hubiere podido cometer.

Dentro del catálogo de reformas que se realizaron al Código penal español, también se reformuló y amplió el campo de aplicabilidad del artículo 167 del mismo ordenamiento citado. Los cambios realizados a este artículo son: el incremento de la pena privativa de libertad, la incorporación de la modalidad delictiva de desaparición forzada de personas realizada por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones,²⁷⁷ y el establecimiento de la pena de inhabilitación de cargo²⁷⁸.

²⁷⁴ PALMA HERRERA, José Manuel, “Capítulo duodécimo. La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo”, op. cit., pág. 386, nota al pie de página número 22. Este autor menciona que un indicio o prueba plena de la utilización de la víctima para agredirla sexualmente puede ser “que se descubra material pornográfico en cuya elaboración se utilizó al menor que fue detenido o secuestrado y puede acreditarse que fue responsable de su elaboración el mismo sujeto que llevó a cabo la privación de libertad. O que se encuentren testigos que reconozcan haber mantenido relaciones sexuales con un menor privado de libertad y prostituido por su captor”.

²⁷⁵ PALMA HERRERA, José Manuel, “Capítulo duodécimo. La reforma de los delitos contra la libertad operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, op. cit., pág. 385.

²⁷⁶ PALMA HERRERA, José Manuel, “Capítulo duodécimo. La reforma de los delitos contra la libertad operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, op. cit., pág. 386; RAMÓN RIBAS, Eduardo, “La reforma de la detención ilegal”, op. cit., págs. 355 y 559.

²⁷⁷ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2015, págs. 149-151.

²⁷⁸ *Vid. infra* capítulo III, Acción típica, epígrafe IV, Sujetos de la conducta, letras A) Sujeto activo y B) Sujeto pasivo. Como también capítulo VII, Punibilidad, epígrafe VI, Secuestro cometido por funcionario (art. 167).

Por ello, con su reformulación, el artículo 167 del Código penal español ha pasado a tener tres apartados. El primero coincide sustancialmente con la conducta que recogía la redacción original del artículo mencionado, sólo se le agregó y cambio la palabras de “los hechos descritos en los artículos anteriores” por “los hechos descritos en este Capítulo”, un cambio, que no es de mucha importancia sustancial, únicamente de estética legislativa. El segundo apartado establece el tipo delictivo de desaparición forzada realizada por funcionarios públicos. Y, por último, se mantiene la misma pena de inhabilitación absoluta por el tiempo de ocho a doce años que preveía la redacción original del artículo 167 para la única conducta que contemplaba, pero que se trate ahora al final del precepto con el fin de que resulte aplicable tanto al supuesto del apartado primero como a los del apartado segundo en la medida en que el hecho sea cometido por autoridad o funcionario²⁷⁹.

Respecto a los cambios realizados en el artículo 167.2, letra *a*), deben ser interpretados en el contexto en el que la figura delictiva se encuentra, en cuestión a la realidad a la que se hace frente es, en cualquier caso, la desaparición de sujetos que fueron privados ilegalmente de su libertad por agentes del estado que no reconocen haber llevado a cabo tales detenciones, o que, pudiendo acreditarse que la privación de libertad se produjo, no dan razón sobre la situación o paradero de la persona detenida. Esto quiere decir, que nos encontramos en una mera violación de derechos que asisten al privado de libertad, que también puede ser el derecho a que se ponga en conocimiento del familiar, o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento, con referencia con el artículo 520.2 letra *d*) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Desde el punto y hora en que se niega la propia privación de la libertad o no se da noticia sobre la ubicación o el paradero del detenido llevado así a su desaparición, estamos ante la violación más grave de los derechos más elementales que asisten a quien es privado de su libertad por personas que tienen un rol social especial, y que en este caso, es el rol social de funcionario público. Los derechos enunciados que violenta el funcionario público a privar de la libertad ambulatoria a un ciudadano, no sólo violan derechos fundamentales, además, la seguridad del ciudadano frente al poder estatal. Por ello, la privación de los derechos constitucionales o legales del privado de libertad a que alude al apartado final del artículo 167.2, letra *a*), del Código penal español, aunque parece estar conectados sólo a la segunda modalidad comisiva de la descripción legal del precepto citado que alude a “ocultar la situación paradero”, en realidad constituye un elemento común para ambas modalidades, pues, también cuando se acuerda, practica o prolonga una privación de libertad que luego es negada, se calculan tales derechos. En la misma línea, será denominador común a los casos en los que medie, y en los que no, causa por delito²⁸⁰, pues cuando el Código

²⁷⁹ PALMA HERRERA, José Manuel, “Capítulo duodécimo. La reforma de los delitos contra la libertad operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, op. cit., págs. 387 y 388.

²⁸⁰ *Vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., 2015, pág. 149.

penal alude a los derechos constitucionales y legales del privado de libertad se refiere a las garantías que disfruta frente a cualquier detención por autoridad o funcionario público que actúe en el ejercicio de sus funciones, exista o no una mínima cobertura legal para practicarla²⁸¹.

Ante ello, la doctrina científica no está muy de acuerdo con la reforma del artículo 167.2, letra *a*), porque el detener ilegalmente o secuestrar sin dar razón del paradero de la víctima, es una modalidad de conducta que ya existe en un artículo anterior a este, en el artículo 166 del Código penal español, y por ello, responde a los presupuestos del concurso de normas sin que pueda afirmarse que este último precepto sea especial al respecto artículo 167, con relación con el artículo 166, ya que alguno de estos artículos se aplicaría subsidiariamente con el otro, o que exista una relación de consunción. Ni siquiera la alternativa permite resolver la situación concursal, puesto que la pena del artículo 167, con relación el artículo 166, es exactamente igual que en los números 1 y 2, del artículo 167, al remitirse al primer número. Por ello, un sector de la doctrina determina que existe un solapamiento total y absoluto entre los artículos 167 y 166, esto quiere decir que era innecesaria la reformulación y aplicación del artículo 167, con referencia al número 2, cuando no por medie causa del delito²⁸².

M) Leyes reglamentarias de la indemnización por el delito del secuestro

1. Ley 32/1999, de 8 de octubre de solidaridad con las víctimas del terrorismo

El objetivo de esta ley especial es la indemnización de las víctimas del terrorismo o de hechos perpetrados por personas integradas en bandas o grupos armados que alteren la paz pública y seguridad ciudadana, porque el Estado español asume la responsabilidad civil, por la alarma social constante que sufría la sociedad española²⁸³.

²⁸¹ PALMA HERRERA, José Manuel, “Capítulo duodécimo. La reforma de los delitos contra la libertad operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, op. cit., págs. 390 y 391; ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 114-116

²⁸² PALMA HERRERA, José Manuel, “Capítulo duodécimo. La reforma de los delitos contra la libertad operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, op. cit., pág. 391; LLORIA GARCÍA, Paz, “Delitos contra la libertad 1. Detenciones ilegales y secuestro”, en Javier BOIX REIG (Director), *Derecho penal. Parte especial*, vol. 1, La protección penal de los intereses jurídicos personales, Adaptado a la reforma de 2015 del Código penal, 2ª. edic, Editorial Iustel, Madrid, 2016, págs. 238 y sigs.

²⁸³ *Vid.* Ley 32/1999, de 8 de Octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, por María del Carmen FIGUEROA NAVARRO, *ADPCP*, tomo 52, fascículo I, Madrid, 1999, pág. 609; Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de Octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, por María del Carmen FIGUEROA NAVARRO, *ADPCP*, tomo 52, fascículo I, Madrid, 1999, pág. 616; DAZA BONACHELA, María del Mar / JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Compensación a las víctimas de delitos violentos en España. Distintos raseros”, *CPC*, número 110, Madrid, 2013, pág. 120 nota al pie de página número 7.

Se crea una Comisión de Evaluación técnica administrativa, representada por diversos Ministerios y presidida por el Secretario General Técnico del Ministerio del Interior, realizando la actividad de regulador de los procedimientos y contingencias, establecidos por esta ley especial, sobre fallecimiento, invalidez o incapacidad en todos sus grados y las lesiones permanentes, secuestro, reconocidas por sentencias judiciales ser víctimas del terrorismo o no, con el objetivo que no quede ninguna víctima del terrorismo o sus beneficiarios sin ser indemnizados, por lo que se establece los procedimientos de indemnización dentro de los límites señalados por la ley de solidaridad, así como las ayudas específicas para financiar aquellos tratamientos médicos, prótesis e intervenciones quirúrgicas que sean necesarias, siempre que no estén cubiertas por los sistemas de sanidad pública o privada²⁸⁴.

El artículo 6 de esta ley especial 32/1999 determina qué las víctimas pueden pedir indemnización por los injustos del terrorismo, entre ellos el injusto típico del secuestro²⁸⁵.

El artículo 25 del capítulo IV, con el título Indemnizaciones por secuestro, del reglamento de ejecución de la ley 32/1999 señala el monto de las indemnizaciones por el injusto del secuestro realizado por grupos subversivos que hayan puesto alguna condición para liberar a una persona, que serán objeto de indemnización con la cantidad de 2.000.000 de pesetas por el acto del secuestro y 30.000 pesetas por cada día de duración del mismo, hasta el límite máximo de 6.000.000 de pesetas.

2. Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo

En el artículo 18 de la Ley 29/2011, se determina una indemnización a las víctimas del delito de secuestro perpetrado por terroristas. Dicha indemnización es establecida por la tabla número III de la misma ley citada, cuyo monto de ayuda mínimo es de 12,000 + 3 x IPREM/día, además de la responsabilidad civil de la sentencia cuyo monto máximo es de Máx. IP Parcial 75,000 euros²⁸⁶.

²⁸⁴ Vid. Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, por María del Carmen FIGUEROA NAVARRO, *ADPCP*, tomo 52, fascículo I, Madrid, 1999, pág. 615.

²⁸⁵ Vid. Ley 32/1999, de 8 de Octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, op. cit., pág. 611.

²⁸⁶ Vid. DAZA BONACHELA, María del Mar / JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Compensación a las víctimas de delitos violentos en España. Distintos raseros”, *CPC*, número 110, Madrid, 2013, págs. 116-118, 130, 150 y 151.

III. Evolución legislativa en México: antecedentes del Código Penal Federal

A) Código Penal de 1871

El primer Código Penal que normativizaba a la República Mexicana es el Código Penal de 1871²⁸⁷. El día 7 de diciembre de 1867, siendo Presidente Don Benito JUÁREZ, dictó una serie de disposiciones legales para restaurar el orden de gobernabilidad, en razón a que en territorio Mexicano existía una lucha interna entre dos bandos, un bando conservador y un liberal. El primero de ellos pedía la restauración del Imperio Mexicano, y nombrar un rey de sangre real europea, y el bando liberal era quien precedía la República, pero su forma de gobierno atrajo a un enemigo más poderoso, la iglesia católica, porque se promulgó dentro de la constitución de 1857, las bases de separación de iglesia y Estado²⁸⁸, y el nombramiento de un Estado laico, dentro de esas bases se exigía la extinción del dominio del patrimonio de la iglesia, y pasaba a dominio del estado, así como también, se decretaba que el registro civil será facultad única e inherente al Estado Mexicano. Este suceso derivó que la iglesia católica se aliara con el poder conservador, provocando una situación de inestabilidad política y ciudadana, dado el caso que se deriva la intervención francesa decretada por Napoleón III, y nombrando como Emperador de México a Maximiliano de Hamburgo, ayudados por el grupo conservador.

Benito JUÁREZ atribuyó la tarea de codificación del Código penal al Secretario de Instrucciones Públicas Antonio MARTÍNEZ DE CASTRO, quien a su vez constituyó la Comisión Codificadora, presidida por él. Las labores de codificación del Código penal comenzaron el día 6 de octubre de 1862, elaborando un proyecto de Código penal, aunque este proyecto sólo contenía el primer libro del Código penal. Las labores de codificación se suspendieron por la invasión francesa²⁸⁹, y por el gobierno apócrifo del Emperador Maximiliano de Hamburgo. Dentro de los sucesos de insurrección e invasión, ganando el estado legítimo de derecho por el poder liberal.

Restaurado el Gobierno Mexicano por Benito JUÁREZ, se crea una nueva Comisión el día 28 de septiembre de 1868, integrada por Antonio MARTÍNEZ DE CASTRO, presidida por él y como vocales, José María LAFRAGUA, Manuel ORTIZ DE MONTELLANO y Manuel M. DE ZAMACONA. Tomaron como boceto el

²⁸⁷ Vid. COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *La evolución de la Política criminal*, Editorial Flores editor, México, D.F., 2016, págs. 25 y 26.

²⁸⁸ Vid. CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del Derecho en México*, Editorial Oxford, México, D.F., 1999, pág. 574.

²⁸⁹ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 1241; CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl / CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, 19ª. edic, Editorial Porrúa, México, D.F., 1997, pág. 125; CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho penal. Parte general*, 37ª. edic, Editorial Porrúa, México, D.F., 1997, pág. 46; CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del Derecho en México*, op. cit., pág. 576.

proyecto del libro primero de la anterior Comisión, trabajando durante dos años y medio para elaborar el proyecto del Código penal, una vez terminado es presentado ante las Cámaras de diputados y senadores para su estudio y la aprobación, se promulgó el 7 de diciembre de 1871, y su vigencia comenzó el 1º de abril de 1872²⁹⁰ en todo el territorio nacional, decretándose en su artículo primero, la vigencia territorial, para todos los habitantes del Distrito Federal y territorio de la Baja California.

El Código penal de 1872 tomó como modelo el Código penal de España de 1850, y el Código penal español de 1870, e inspirado en la doctrina de ORTOLÁN, para la Parte general (libro I y II), y por CHAUVEAU y HÉLIE, para la especial (Libro III), así como teniendo en cuenta el arquetipo español se promulgó el Código penal mexicano de 1871, con un contenido numeral de 1152 artículos²⁹¹. Este Código Penal de 1871 se dictó en México, como su modelo español de 1870, es decir, con carácter provisional, y por rara casualidad su vigencia se extendió hasta 1929²⁹².

El Código penal de 1871 tipificaba el delito de secuestro²⁹³, en el artículo 626 con el *nomen iuris* de plagio, ubicado en el capítulo XIII, dentro del título segundo de los delitos contra las personas. La tipificación de plagio lo señala de la siguiente forma el Código Penal; “el delito de plagio se comete apoderándose de otro, por medio de la violencia de amagos, de amenazas, de la seducción o del engaño”. Es decir, la acción se realiza mediante *vis absoluta* y *vis compulsiva*²⁹⁴. Ahora bien, se admite dos circunstancias para cometer este ilícito, señaladas en

²⁹⁰ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 1242; LEVENE, Ricardo / ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Los Códigos penales latinoamericanos*, tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1978, págs. 15 y 16; CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl / CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 125; CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos elementales*, op. cit., pág. 46; CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del Derecho en México*, op. cit., pág. 577; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Elementos de Derecho penal mexicano*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2006, pág. 101; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 41; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 19.

²⁹¹ Luis JIMÉNEZ DE ASÚA menciona que el principal defecto de este Código penal es su extensión numeral. Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 1242; LEVENE, Ricardo / ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Los Códigos penales latinoamericanos*, op. cit., pág. 16. Cfr. COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *La evolución de la Política criminal*, op. cit., págs. 25 y 26.

²⁹² Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 1242 y 1243; GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *El Código penal comentado*, 4ª. edic, Editorial Porrúa, México, D.F., 1978, pág. 21; BUSTOS RAMÍREZ, Juan / VALENZUELA BEJAS, Manuel, *Derecho penal latinoamericano comparado. Parte general*, tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1981, pág. 26; CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl / CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Derecho penal mexicano*, op. cit., págs. 126 y 127.

²⁹³ Vid. GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis, “El secuestro en México”, *La gaceta caese*, número 18, Bogotá, 2006, pág. 5; ARELLANO TREJO, Efrén, *Secuestro actualización del marco jurídico*, Editorial Centro de Estudios Sociales y de opinión pública, México, D.F., 2009, pág. 20.

²⁹⁴ Vid. MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., págs. 87 y 88.

las fracciones I y II del mismo artículo. La fracción I: “para vender al plagiado, ponerlo contra su voluntad al servicio público o de un particular en un país extranjero²⁹⁵, engancharlo en el ejército de otra nación, o disponer de él a su arbitrio de cualquier otro modo”²⁹⁶; con esta previsión legal se pretendía sancionar y erradicar todo vestigio de la esclavitud y de la explotación laboral²⁹⁷. La fracción II: “obligar a pagar rescate; a entregar una cosa mueble; a extender o firmar un documento que importe obligación, o que contenga disposición que pueda causarle daño o perjuicio en sus intereses, o en los de un tercero o para obligar que ejecute alguna de los actos mencionados”²⁹⁸. Por tanto, el tipo básico de este ilícito de plagio admite dos modalidades, integradas por cada uno de los supuestos señalados en las fracciones I y II del mismo art. 626 del Código penal. La penalidad para el tipo básico de este ilícito era de cuatro a doce años de prisión y multa de quinientos a tres mil pesos e inhabilitación perpetua para desempeñar toda clase de cargos, empleos u honores.

Se tipificaba un tipo privilegiado en el artículo 628 del Código Penal, en razón al *post factum*, es decir, que exista un arrepentimiento espontáneo en el sujeto activo y ponga en libertad a la víctima del ilícito, pero dicho arrepentimiento debe ser antes de cumplir los 3 días de la privación de libertad (art. 631, frac. I, CP.), sino estaríamos ante un tipo cualificado. Para poder determinar el tipo privilegiado o cualificado, se establece un método progresivo partiendo de la etapa procesal, antes de haber iniciado el procedimiento de averiguación previa para determinar la pena, por lo tanto, se determina la punición de la siguiente manera: cuatro años si se libera a la víctima antes de que conozca la autoridad sobre el ilícito (frac. I del anterior art.), ocho años cuando exista averiguación previa sobre el ilícito (frac. II) y doce años si se libera a la víctima y posteriormente se logra la aprehensión del sujeto activo (frac. III).

Para que se realice el *post factum*, aparte del arrepentimiento espontáneo del sujeto activo para liberar a la víctima del ilícito antes de los 3 días, es necesario que no se haya realizado las conductas tipificadas en las fracciones I y II del artículo 626,²⁹⁹ Código penal, es decir, que no se haya pedido un rescate

²⁹⁵ Véase el apartado de la sociedad romana, porque este supuesto de plagio es un vestigio de la *Lex Fabia plagiaris*.

²⁹⁶ Vid. MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 100; CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. II, op. cit., págs. 490 y sigs; MERKEL, Adolf, *Derecho penal. Parte especial*, traducción del alemán por Pedro DORADO MONTERO, tomo II, la España Moderna, Madrid, (reproducido ahora en edición facsímil por Analecta Editorial, Pamplona, 2003), págs. 42 y 43.

²⁹⁷ Vid. PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 42.

²⁹⁸ Vid. JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 63; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 26; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 13; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 42; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 21.

²⁹⁹ Vid. MARTÍNEZ DE CASTRO, Antonio, *Código penal para el Distrito federal y territorio de la Baja California. Exposición de motivos*, Editorial ilustración, Veracruz, 1878,

para liberar a la sujeto pasivo o no se haya puesto en servidumbre al sujeto pasivo, por lo que la consumación de este ilícito se logra a partir de la exteriorización del sujeto activo a pedir el rescate, venta o ponga en servidumbre a la víctima del ilícito penal (supuestos de las frac. I y II art. 626 CP.)³⁰⁰.

Además del tipo privilegiado y cualificado antes mencionado, el mismo artículo 628 Código penal, tipifica un tipo cualificado en razón de la comisión delictiva en donde se plagia a la víctima en camino público, y se realice algún mal a la integridad física de la víctima, es decir, que se ejecute con tormentos, maltratado gravemente de obra o causado daño en su persona. Su punición era la pena capital, es decir, pena de muerte. La razón de la pena capital tiene que ver por las consideraciones político-criminales, por la lesividad de este ilícito, ya que se considera un peligro para la ciudadanía, y es considerado agravante de la acción por la frecuencia que se cometía por todo el territorio nacional³⁰¹.

También se incriminan otros tipos cualificados, en el artículo 629 del Código penal, en razón al sujeto pasivo de la acción, ya sea por ser, menor de 10 años de edad o mujeres víctimas de este ilícito, o falleciera el sujeto pasivo durante el tiempo de la detención, indistintamente de su característica personal. La pena para estos casos es de cuarta clase, sin poder gozar de los beneficios penitenciarios, por tal motivo no era acreedor a la libertad preparatoria³⁰² (art. 630 Código penal). La agravación de la pena en este artículo tiene que ver con la especial vulnerabilidad de la víctima, tanto, del menor de 10 años como la mujer. Las razones de la agravación de la pena en el caso de que un menor de 10 años sea víctima son que el mismo sufrirá un mal innecesario derivado de la detención ya sea físico o mental, que éste podrá perdurar por toda su vida, además de que por su menor edad es incapaz de defenderse de algún mal social, estando por tal motivo especialmente expuesto. Ahora bien, se entiende que la vulneración de la

pág. 56. JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 63; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 26; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 13; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 43; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 21 y 22.

³⁰⁰ Antonio Martínez de Castro, en la exposición de motivos del Código penal de 1871, señala que la Comisión ha creído que no se les debe aplicar a los plagiarios el suplicio de la pena capital, sino la de prisión, cuando el plagiario, libera a la víctima antes de ser aprehendido, sin haber maltratado a la víctima, ni obligando a cumplir el objetivo por lo que lo plagio. Así se presentaría a los plagiarios un estímulo para que ponga en libertad a sus víctimas, y para que las traten con Humanidad. De otro modo harían lo contrario, sabiendo que en todo caso se les impondrá la pena de capital. MARTÍNEZ DE CASTRO, Antonio, *Código penal para el distrito federal*, op. cit., págs. 56 y 57.

³⁰¹ Vid. MARTÍNEZ DE CASTRO, Antonio, *Código penal para el distrito federal*, op. cit., pág. 56; ORTEGA, José Antonio, *El secuestro en México*, Editorial Planeta, México, D.F., 2008, pág. 27.

³⁰² Vid. JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 63; MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, 7ª. edic, Editorial Porrúa, México, D.F., 2010, págs. 645 y 646.

mujer está plagada por razones sociales, ya que se considera que la misma ha sido deshonrada³⁰³.

Las penas accesorias para los condenados a prisión por este ilícito el artículo 632 las establece, entre ellas, multa de 500 a 3,000 pesos mexicanos, inhabilitación perpetuamente para cualquier cargo, empleo u honores, sujetos a la vigilancia de segunda clase, la privación de leer y escribir, la disminución de los alimentos, los trabajos fuertes o el aumento de las horas de trabajo, incomunicación absoluta, de acuerdo al catálogo de penas (art. 95 CP.) y medidas preventivas (art. 94 CP.), y mediante el arbitrio del juzgador³⁰⁴.

Desde un ámbito de la Criminología³⁰⁵, el primer secuestro del siglo XX en México se llevó a cabo el 9 de febrero de 1913, por “la banda del Automóvil gris”³⁰⁶, la primera víctima fue Alicia Thomas de origen francés, hija de Francis Thomasque era acaudalado comerciante del Distrito Federal³⁰⁷, esta situación

³⁰³ Vid. MARTÍNEZ DE CASTRO, Antonio, *Código penal para el distrito federal*, op. cit., pág. 57; MORENO, Antonio de P., *Curso de Derecho penal mexicano. Parte especial: Delitos en particular*, vol. VIII, Editorial Jus, México, D.F., 1944, pág. 390.

³⁰⁴ Vid. JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 64; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., págs. 26 y 27; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 13; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 43; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 22.

³⁰⁵ BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Derecho penal*, op. cit., pág. 157, menciona que México sufrió un fenómeno igual al caso español del bandorelismo en Andalucía, donde se intercambia al réhen por el dinero (rescate) a plena luz del día en la Giralda (Sevilla, España), y en México, Distrito Federal, se intercambiaba en el monumento al Caballito. Véase página 37 de este capítulo.

³⁰⁶ El origen de esta banda se originó en la cárcel de Belem, donde se dieron a la fuga, por causas de un problema armado que suscitó la ciudad de México, entre el ejército mexicano que combatía a los insurrectos generales Félix Díaz y Manuel Mondragón, dado el caso de que México cruzaba un conflicto armado denominado Revolución y los generales insurrectos ordenaron abrir fuego al fortín de la ciudad usando cañones, y entre los disparos aislados perforaron el muro de la cárcel, cuya situación aprovecharon varios reclusos para escapar, entre ellos los miembros de la banda, compuesta por Higinio Granda de nacionalidad Española y jefe de la misma, Santiago Risco, Enrique Rubio Navarrete, Rafael Mercadante, Ángel Fernández Teixeira, Francisco Oviedo de nacionalidad española, “el pifas”, “el gurrumino”, Ángel García Chao, Luis Hernández, Luis Lara, Manuel León Cedillo, José Fernández Bernardo Quintero y José A. García. Se le denominó la banda del automóvil gris en razón por el medio usado para cometer sus actos delictivos, que fue un Lancia gris. Véase DE LAS CASAS, Tere, *Banda del Automóvil gris*, Editorial Selector, México, D.F., 2003, págs. 9 y sigs; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., págs. 60 y 61; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis jurídico del secuestro*, op. cit., pág. 29.

³⁰⁷ Vid. JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 18; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 18; DE LAS CASAS, Tere, *Banda del Automóvil gris*, op. cit., págs. 9 y sigs; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 3; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 37; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., págs. 60 y 61; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis jurídico del secuestro*, op. cit., págs. 28 y 29.

contrajo problemas diplomáticos con la cancillería de Francia. El modus operandi³⁰⁸ de esta banda no fue otro que enamorar a Magdalena, sirvienta de Alicia, de modo que Magdalena contaba al “Apache” (miembro de la banda) los lugares que recorría con Alicia. La privación de la libertad de Alicia se logró entre las calles Colón y San Diego, levantándolas en el auto gris, dejando ir a Magdalena con la comisión de entregar la demanda al padre de la víctima. Esta banda estaba tan estructurada que cada individuo tenía un papel crucial en la elaboración del plan, uno vigilaba la residencia de Thomas, otro el barrio de la residencia de la joven, y los otros cuidaban el lugar donde estaba detenida la víctima, mientras esto sucedía la joven era maltratada y violada. La exigencia para liberar a la víctima consistía en cien mil pesos en oro, tardó tres días para conseguir la exigencia de los secuestradores, una vez acordado el lugar de entrega del dinero y de la víctima, se liberó a la joven en el bosque de Chapultepec, por la noche. No sólo se les atribuye este ilícito, sino también otros muchos ilícitos de secuestro y robo a casa habitación³⁰⁹.

B) Código Penal de 1929

Al terminar la Revolución Mexicana con el triunfo de los revolucionarios, se llevó a cabo un estudio minucioso de las leyes existentes en México, para poder homologar los ideales de la revolución que fueron plasmadas en la Constitución de 1917, ya que se establecía el digno reparto de la riqueza en México, la igualdad de la sociedad Mexicana, etc., se nombró una Comisión revisora del Código penal vigente en México, con la intención de reformar y adecuar el Código penal a los ideales de la revolución y la política criminal, que regía el país. La Comisión se formó en el año de 1925 creando un anteproyecto de Código penal y concluyendo su proyecto hasta el año de 1929. Esta Comisión fue liderada por José ALMARAZ y Luis CHICO GOERNE, se publicó el día 30 de septiembre de 1929, con la rúbrica del presidente Emilio PORTES GIL, y entró en vigencia el 15 de diciembre del mismo año³¹⁰. Este Código penal es un Código de transición entre el antiguo gobierno dictatorial y el nuevo gobierno revolucionario. El contenido numeral de este ordenamiento punitivo, contaba con 1233 artículos y cinco artículos transitorios.

³⁰⁸ Dentro de los diversos móviles usados era vestirse con el uniforme del ejército zapatista, por el conflicto interno que cruzaba México, por su Revolución. Véase DE LAS CASAS, Tere, *Banda del Automóvil gris*, op. cit., págs. 9 y sigs; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., pág. 61.

³⁰⁹ Vid. DE LAS CASAS, Tere, *Banda del automóvil gris*, op. cit., págs. 9 y sigs; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro...* op. cit., págs. 60 y 61; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis jurídico del secuestro*, op. cit., págs. 28 y 29.

³¹⁰ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 1244; GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *El Código penal comentado*, op. cit., pág. 23; CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl / CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 128; CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos elementales...* op. cit., pág. 46; CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del Derecho en México*, op. cit., pág. 581 y 582; JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 66. Cfr. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Elementos de Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 102.

La disyuntiva de este ordenamiento normativo son las ideas de la defensa social, derivados del anteproyecto de FERRI que publicó en Italia en el año de 1921, así como los ideales de la escuela positivista italiana, rompiendo con el modelo de la escuela clásica, aunque es considerado un Código eclético³¹¹, que establece penas para los sujetos imputables y medidas de seguridad para los inimputables.

El delito de secuestro se tipificaba en el capítulo II, del título decimonoveno, de los delitos contra de la libertad individual, en el artículo 1105, pero los cambios hechos al capítulo del secuestro fueron mínimos, por lo que siguió con las mismas tipologías y tipificaciones que el anterior Código penal, pero la disyuntiva trascendental en esta nueva tipificación fue el cambio de la palabra plagio a secuestro³¹². Dentro del cambio del texto legal se eliminan las acciones de amago y las amenazas, para poder lograr la privación de libertad, que contenía el anterior Código penal de 1871. Por lo cual el tipo básico de secuestro es “el delito de secuestro se comete apoderándose de otro, por medio de la violencia física o moral, la seducción o del engaño. Contiene dos fracciones igual que el anterior Código penal, y guardando idéntico modo de comisión del delito³¹³, sin embargo, el cambio en la punición de la fracción II, del mismo artículo, pues el secuestro bajo rescate su penalidad incrementa a 8 años de privación de libertad, esto es, 3 años más que en el Código penal de 1871.

Se establecen los mismos tipos privilegiados y cualificados, del Código penal de 1871. Al igual que en el Código penal de 1871 se prevé el mismo procedimiento progresista del *post factum*, dependiente de la etapa procesal que se encuentra, cuya variante es la pena ya que en el artículo 1105 en la fracción I, son 5 años de prisión, si se encuentra en averiguación previa, fracción II, son 10 años si ya existe orden de aprehensión, fracción III, 15 años si es después de la aprehensión del delincuente³¹⁴.

Otro cambio fue introducido en el tipo cualificado de secuestro de menores de edad, ya que se agrava la pena de prisión dependiendo la edad del

³¹¹ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 1245 y 1249; BUSTOS RAMÍREZ, Juan / VALENZUELA BEJAS, Manuel, *Derecho penal latinoamericano comparado*, op. cit., pág. 27; CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl / CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 128; CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos elementales*, op. cit., págs. 46 y 47; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *La evolución de la Política criminal*, op. cit., pág. 26.

³¹² Vid. JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., págs. 64 y 65; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 27; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 13; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 44; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 23 y 24.

³¹³ Véase el apartado anterior, correspondiente al Código penal de 1871.

³¹⁴ Véase el apartado anterior de *post factum*.

sujeto activo, se señala 2 tipos de agravantes de la pena el primero, si la víctima es menor de 16 años, y el segundo si es mayor de 16 años, pero menor de 21 años, esto es por la especial vulneración del sujeto pasivo en el momento de la ejecución del ilícito penal³¹⁵. Su pena máxima puede ser 20 años de prisión (artículo 1107 CP.).

Otro cambio fundamental que tuvo este ordenamiento normativo fue la derogación de la pena capital, es decir, de la pena de muerte, sustituyéndola por la de relegación³¹⁶ y la pena de prisión cambia a segregación³¹⁷. Se fija la multa para este ilícito de 80 a 100 días multa y cuya pena accesoria de inhabilitación por 20 años, de cualquier cargo, empleo y honores.

C) Código Penal de 1931

Origen del actual Código penal vigente para la Federación mexicana, es derivado de las dificultades en la praxis que tenía el anterior Código penal, ya que contenía una extensa numeración, por lo que el mismo presidente que ordenó la publicación y vigencia del anterior Código penal, solicitó la abrogación total del Código penal de 1929, dando paso a una nueva Comisión redactora, la que elabora el vigente ordenamiento punitivo.

La Comisión redactora estaba integrada por el secretario de gobernación, José Ángel CENICEROS, por el procurador general de la república José LÓPEZ LIRA, los magistrados del supremo tribunal de justicia del Distrito Federal Alfonso TEJA ZABRE, Carlos L. ÁNGELES, por el procurador del Distrito Federal Luis GARRIDO y por los jueces Ernesto G. GARZA, Alberto R. VELA, Rafael MATOS ESCOBEDO y Francisco GONZÁLEZ DE LA VEGA, y profesores Emilio PARDO ASPE y Luis CHICO GOERNE. La Comisión redactó el Código penal con 403 artículos y 3 artículos transitorios, se publicó con el presidente Ortiz Rubio el 13 de agosto de 1931, con el carácter de normativizar todo el territorio nacional en materia común y para la República para materia Federal³¹⁸.

³¹⁵ Vid. JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 65; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 27; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 13; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 44; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 23 y 25.

³¹⁶ La pena de relegación, consistía en la privación de la libertad parcial del delincuente, ya que es cumplida en colonias penitenciarias ubicadas al exterior, es decir, en islas o lugares de difícil acceso al resto de la ciudadanía. Su punición es menor a un año.

³¹⁷ La segregación no es otra cosa que la pena de prisión, ya que es la privación de la libertad en la cárcel o celda, de uno a 20 años.

³¹⁸ Vid. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, "El proyecto de reforma penal de 1949", *ADPCP*, tomo IV, fascículo III, Madrid, 1951, págs. 569 y sigs; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 1253; GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *El Código penal comentado*, op. cit., págs. 24 y 25 BUSTOS RAMÍREZ, Juan / VALENZUELA BEJAS, Manuel, *Derecho penal latinoamericano comparado*, op. cit., pág. 27; CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl / CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Derecho penal mexicano*, op. cit., págs. 130 y 131;

La inspiración de la Comisión redactora se guió por las ideas de Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, Quintiliano SALDAÑA y Eugenio CUELLO CALÓN. Sin embargo, el primer penalista mencionado aclara que él no está conforme con la creencia de que la redacción del Código se guiara por los tres autores citados, ya que Luis JIMÉNEZ DE ASÚA³¹⁹ consideraba que eran muy variadas las ideas de los tres autores españoles, y por ello, se trataría de un Código penal totalmente ecléctico³²⁰.

Con respecto al ilícito del secuestro, este ordenamiento normativo lo contenía en el libro segundo, del título vigésimo primero, aunque sin ninguna dominación, por lo que estaba contenido en el capítulo I, de la privación ilegal de la libertad. Este capítulo se componía por los artículos 364 y 366. En el artículo 364, tipificaba las acciones referentes a la privación de la libertad, ya sea cárcel privada, violación a los derechos constitucionales y el artículo 365 de la explotación laboral y la servidumbre³²¹.

Ahora bien, el artículo 366 tipifica el ilícito del secuestro como tipo cualificado de la detención ilegal (privación ilegal de la libertad), ya que su punición es agravante de la detención ilegal cuando tenga carácter de plagio o secuestro³²². Se usa la palabra plagio y secuestro como sinónimo, aunque es erróneo esta nomenclatura de plagio o secuestro³²³. Es agravante por los

CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos elementales*, op. cit., págs. 47 y 48; CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del Derecho en México*, op. cit., pág. 582; JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Elementos de Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 103; MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 6; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 25 y 26.

³¹⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 1252 y 1253.

³²⁰ En el mismo sentido lo denominan como Código ecléctico, LEVENE, Ricardo / ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Los Códigos penales latinoamericanos*, op. cit., pág. 16; GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *El Código penal comentado*, op. cit., pág. 24 y 25; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *La evolución de la Política criminal*, op. cit., págs. 26 y 27.

³²¹ Vid. JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 66; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 28; MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 12; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 14; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 46; ARELLANO TREJO, Efrén, *Secuestro actualización del marco jurídico*, op. cit., pág. 20; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 26.

³²² Vid. MORENO, Antonio de P., *Curso de Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 388; CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl / CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Código penal anotado*, 12ª. edic, Editorial Porrúa, México, D.F., 1987, págs. 828 y 829; ABAD CASTELOS, Montserrat, *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional*, op. cit., pág. 81; EAD., "La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito", op. cit., págs. 473 y 475.

³²³ Para que exista el plagio, es preciso que el fin del agente no se dirija a la lesión de otros Derechos, bien sean universales, como la justicia, bien particulares, como la propiedad o como la integridad del cuerpo. Cuando se lleva por la fuerza a un hombre por fines de venganza, no se quiere ofender al enemigo sino quitándole la libertad, precisamente; cuando se le sustrae

siguientes móviles, de obtención de rescate (secuestro económico), o de causar daños o perjuicios a la víctima u otra persona relacionada (frac. I), cuando se hace amenazas, maltratos o tormentos a la víctima (frac. II), cuando la detención sea en camino público o paraje solitario (frac. III), cuando los plagiaros obren en grupo o bandas, es decir, en bandolerismo (frac. IV) y cuando se robe a menor de 7 años de edad, un extraño a la familia, es decir, que se exige que el sujeto activo no sea familiar del menor y se protege la especial vulneración de la víctima del ilícito penal. La punición por la comisión delictiva de estos móviles es de 5 a 20 años de prisión y multa de cien mil pesos³²⁴.

El mismo artículo 366 en su último párrafo tipifica el tipo privilegiado del ilícito del plagio o secuestro, mediante la figura del *post factum*, al igual que en los Códigos penales anteriores, se establece para los requisitos del *post factum*, que se realice mediante un arrepentimiento espontáneo del sujeto activo del ilícito, poniendo en libertad a la víctima del secuestro, dentro del plazo de 3 días de haber cometido el ilícito, sin que se logre los objetivos fijados, por la privación de la libertad de acuerdo a las fracciones del artículo 366, porque si se logran los objetivos será consumado el delito de plagio o secuestro. Este tipo privilegiado se catalogará como un delito de detención ilegal de acuerdo a los artículos 364 y 365, cuya punición será de uno a seis meses y de tres a un año de prisión.

La disyuntiva que tiene este artículo en cuanto al tipo privilegiado y cualificado, con los anteriores Códigos penales es que se elimina el sistema progresista dependiente de la etapa procesal, ya que la pena variaba por la etapa procesal en que se encontraba en la praxis jurídica³²⁵, como también la supresión de los elementos objetivos como la seducción, el engaño, los amagos, aunque se agrega las amenazas, pero que sean graves, es decir, amenazas graves a la integridad de la víctima, y la utilización de los vocablos plagio o secuestro como sinónimo³²⁶.

para obtener ganancia con él, pero sin quitarle su patrimonio pecuniario, no se le priva sino de la libertad. Por lo tanto, la libertad personal es el único objeto posible del delito concebido en estos términos. Es decir, hay plagio si se sustrae a un hombre para hacerlo esclavo del que se lo lleva, o para venderlo a otros como esclavos, o para obligarlo a un servicio en provecho ajeno. Así lo establece CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. II, op. cit., pág. 497, en el mismo sentido CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl / CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Código penal anotado*, op. cit., pág. 829.

³²⁴ Vid. MORENO, Antonio de P., *Curso de Derecho penal mexicano*, op. cit., págs. 388 y sigs; JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 66; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 28; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 14; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 46; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 26.

³²⁵ Véase los apartados anteriores de los Códigos penales mexicanos.

³²⁶ Vid. JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 56; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., pág. 83 y 84.

Sin embargo, existió un problema concursal con el delito de asalto de los artículos 286 y 287, con el ilícito del secuestro del artículo 366, el problema concursal es derivado de los elementos subjetivos del tipo de asalto del artículo 286, ya que la acción se podía realizar bajo la finalidad de un rescate, es decir, de un lucro, como también causar un mal, que tipificaba las fracciones I y II del artículo 366 del ilícito del secuestro, y este problema concursal se resolvía considerando al delito de asalto como un delito de tránsito, es decir, para alcanzar la finalidad³²⁷ del lucro³²⁸, y por ende, queda consumado en el delito de secuestro o contra la privación ilegal de la libertad, pues sancionar ambos delitos es sancionar dos veces el mismo ilícito penal, uno apoyado en la acción y el otro el base al resultado material, y esto es una vulneración al principio non bis in ídem. Por lo que contradice los elementos principales que regulan el concurso de delitos, aplicándose la lege ferenda, es decir, se sanciona por el delito de mayor pena³²⁹ (art. 59), que en este caso es el artículo 366 Código penal federal³³⁰. Este problema concursal es el mismo que existió en los Códigos penales españoles de 1928, 1944 y de la reforma de 1980³³¹.

³²⁷ En el mismo sentido, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo V, op. cit., pág. 567; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870*, tomo VI, op. cit., pág. 82; ONECA, José, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 311; ANTÓN ONECA, José, “Historia del Código Penal de 1870”, op. cit., pág. 247; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, tomo I, vol. II, op. cit., pág. 889; ORTS BERENGUER, Enrique, “El nuevo Artículo 481 del Código penal”, op. cit., págs. 276 y sigs; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales*, op. cit., pág. 318.

³²⁸ En el mismo sentido, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870*, tomo V, op. cit., pág. 567; MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 98; SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo IV, op. cit., págs. 45, 46, 270 y 271; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte Especial del Derecho penal*, tomo I, vol. II, op. cit., pág. 892 y sigs; CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, vol. II, op. cit., págs. 326 y sigs.; ID., *Programa de Derecho Criminal*, vol. IV, op. cit., pág. 161 y 180; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, tomo III, op. cit., págs. 202, 344 y 345; CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, tomo I, op. cit., págs. 456 y sigs; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal, Parte especial*, tomo II-B, op. cit., págs. 234 y sigs.

³²⁹ En el mismo sentido, ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 370; CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, op. cit., págs. 650 y sigs; SÁNCHEZ-TEJERINA, Isaías, *Derecho penal español*, op. cit., págs. 362 y 363; DÍAZ PALOS, Fernando, *Los delitos en especie*, op. cit., pág. 55; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, tomo I, vol. II, op. cit., pág. 926; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo II, op. cit., pág. 445; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales”, op. cit., págs. 243 y sigs. Como también la Tesis aislada, registro 234399, ponente: Manuel RIVERA SILVA, “Secuestro y asalto, absorción entre los delitos de prevaleciendo el primero”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, materia penal, volumen 169-174, segunda parte, Séptima época, 14 de febrero de 1983, pág. 149.

³³⁰ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, op. cit., págs. 154 y 155.

³³¹ Véase el apartado correspondiente de los Códigos españoles.

Al ser este ordenamiento punitivo el vigente para la federación hasta la actualidad ha tenido varias reformas inherentes a nuestro ilícito penal del secuestro, que a continuación se analizará.

D) Reformas legislativas en la segunda mitad del siglo XX y principios del XXI

1. Reforma de 1951

Bajo, la presidencia de Lic. Miguel ALEMÁN VALDEZ, sufrió una reforma el título vigésimo primero que tutela los ilícitos de privación de la libertad, ya que se modificó el título, denominándole privación de la libertad y las garantías individuales, y volviéndose en capítulo único. Así mismo se modifica el artículo 366 del Código penal federal, estas modificaciones se publicaron en el Diario Oficial de la Federación de fecha 15 de enero de 1951.

La modificación que sufrió el artículo 366 es en razón al aumento de la pena del ilícito del secuestro, cuya pena incrementa de 5 a 30 años de prisión y multa de diez mil pesos, en las diversas modalidades que ofrecen las fracciones I, II, III IV y V, del mismo artículo. Como también se modifica la fracción V, correspondiente al robo de infante, donde se eleva la edad del sujeto pasivo a 12 años, por la especial vulneración de la víctima, así mismo se introduce el elemento objetivo de no ejercer la patria potestad sobre el menor, es decir, que el sujeto pasivo no sea familiar y mucho menos tenga la patria potestad del menor de edad de 12 años. El aumento de la pena es derivado por las cuestiones político criminales existentes en el país, por la reiterada comisión del ilícito del secuestro³³².

2. Reforma de 1955

La reforma de 1955 introduce el aumento de la pena a 40 años de prisión del ilícito penal del secuestro, siendo dicha reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 5 de enero del mismo año³³³.

3. Reforma de 1970

La reforma que modificó el artículo 366 del ilícito del secuestro, se publicó el día 29 de julio de 1970. Las modificaciones del artículo 366 CPF.,

³³² Vid. GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *El Código penal comentado*, op. cit., págs. 394 y sigs; JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 68; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 28; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 15; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 48 y 49; ARELLANO TREJO, Efrén, *Secuestro actualización del marco jurídico*, op. cit., págs. 20 y 21; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 27.

³³³ *Ibidem*.

consisten, la primera de ellas, en el aumento de la multa de mil a veinte mil pesos, es decir, se duplica la multa. Así mismo se agrega una fracción más al artículo mencionado, y se tipifica otra forma de comisión del ilícito del secuestro, se agrega la fracción III, y las demás fracciones se modifican de acuerdo con los numerales subsecuentes, es decir, que ahora se tipifican VI fracciones en el artículo 366.

La nueva fracción III tipifica el secuestro político, previendo que “se detenga en calidad de rehén a una persona y amenazar con privarla de la vida o con causarle daño si la autoridad no realiza o deja de realizar un acto de cualquier naturaleza”. Esta nueva figura delictiva no admite el beneficio del *post factum*³³⁴. Dentro de la exposición de motivos de la reforma, se entiende que en este tipo penal, derivado de la transformación del orden jurídico y social, alterando la tranquilidad pública, tiende a menoscabar la autoridad del Estado, estamos ante un supuesto de secuestro político, en la modalidad de secuestro terrorista³³⁵⁻³³⁶.

También se reforma la fracción del robo de infante que ahora corresponde al numeral VI, es decir, a la fracción VI, del artículo 366, pero el cambio sustancial es en la característica del sujeto activo, ya que se especifica nuevos elementos objetivos, que son: “que el sujeto activo no ejerza la patria potestad sobre el infante”, “que no ejerza la tutela sobre el menor”, además, se agrega un párrafo por la comisión del ilícito por un familiar del menor que no ejerza sobre el menor la patria potestad ni la tutela, a quien será sancionado de 6 meses a 5 años de prisión³³⁷.

4. Reforma de 1984

La reforma de 1984, que se publicó el día 13 de enero, en el Diario Oficial de la Federación (DOF), introduce el incremento de la pena mínima a 6 años de

³³⁴ Vid. ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 475; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 28; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 15; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 50; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 28 y 29.

³³⁵ Véase especialmente el artículo de Montserrat ABAD CASTELOS, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., págs. 457 y sigs. En el mismo sentido, CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl / CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Código penal anotado*, op. cit., págs. 829 y 830; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 50.

³³⁶ Véase el apartado de España correspondiente a la reforma de 1980, ya que sucedió lo mismo al establecerse el robo con toma de rehenes.

³³⁷ Vid. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl / CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Código penal anotado*, op. cit., págs. 830 y 831; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 15; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 50; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 28 y 29.

prisión, con la finalidad que el reo de secuestro no pueda acceder a los beneficios penitenciarios, como la libertad bajo caución, y modifica la sanción pecuniaria al señalarse en días multa, fijándose en doscientos a quinientos días multa, para todas las modalidades del ilícito del secuestro³³⁸.

Además se crea el artículo 366 bis, relativo al tráfico de menores, que se sanciona por igual que en la entrega de menores de edad de la fracción VI del artículo 366, con penas de dos a nueve años de prisión y de doscientos a quinientos días multa, cuando la entrega del menor sea con la finalidad lucrativa, es decir, de un beneficio económico.

5. Reforma de 1989

La reforma del 3 de enero de 1989, publicada en DOF., consiste en agravar la pena de secuestro a 50 años de prisión en el caso que el sujeto activo del ilícito prive de la vida a la persona secuestrada³³⁹.

6. Reforma de 1996

En la exposición de motivos de la reforma como sustento de la nueva política criminal para combatir el ilícito del secuestro, consiste en emitir un claro mensaje a los secuestradores de que no contarán con las extremas facilidades que obtienen de la ley por ausencia y lagunas, de ésta. La reforma de 1996 se publicó en el diario oficial de la federación el día 13 de mayo del mismo año.

Se modifica el artículo 366 CPF., suprimiéndose los vocablos “plagio o secuestro” para denominarse la acción privación de la libertad, con esta supresión el legislador da solución al problema de los vocablos usados como sinónimos del anterior artículo 366 CPF³⁴⁰. Esta modificación contrajo una reestructuración para punir la privación de la libertad, con las siguientes modalidades: para obtener rescate, detener a la víctima en calidad de rehén y amenazar con privarla de la vida o causarle daño, para que la autoridad o un particular realice o deje de realizar un acto cualquiera, o causar daño perjuicio a la persona privada de su libertad o a cualquier otra. La punición por la realización de las anteriores modalidades es de 10 a 40 años de prisión y de cien a quinientos días multa (frac. I CPF).

La fracción II del artículo 366 establece los tipos cualificados, por la concurrencia de alguna de las modalidades de la privación de la libertad de la

³³⁸ *Ibidem*.

³³⁹ *Vid.* JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 69; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 28; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 16; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 50; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 30.

³⁴⁰ Cfr. ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., págs. 83 y 84.

fracción I del mismo artículo. El primer tipo cualificado exige que se realice en camino público o en lugar desprotegido o solitario; segundo, que el autor sea o haya sido integrante de alguna institución de seguridad pública, o se ostente como tal sin serlo; tercero, que quienes lo lleven a cabo obren en grupos de dos o más personas; cuarta, que se realice con violencia; quinta, que la víctima sea menor de dieciséis o mayor de sesenta años de edad, o que por cualquier otra circunstancia se encuentre en inferioridad física o mental respecto de quien ejecuta la privación de la libertad, es decir, por especial vulneración de la víctima. Ahora bien, para que se realice la consumación del tipo cualificado de la privación de la libertad es menester la concurrencia de alguno de los supuestos de la fracción I, con algunas de las modalidades que establece la fracción II, porque si no concurre los móviles de la fracción I, con las modalidades de la fracción II, se aplicará el tipo básico de la privación de la libertad del artículo 364, por lo que el artículo 366 sigue siendo el tipo cualificado de las privaciones ilegales de la libertad, cuya punición será de quince a cuarenta años de prisión³⁴¹.

Se modifica el tipo privilegiado del *post factum*, además se crea un nuevo tipo privilegiado. En el cambio que sufrió el *post factum* del arrepentimiento espontáneo y voluntario del sujeto activo, dejando en libertad al sujeto pasivo, dentro de los 3 días siguientes de la privación de la libertad, siempre que no se hayan concretado alguno de los móviles de la fracción I o alguna de las modalidades de la fracción II del artículo 366, será considerado como delito consumado, la penalidad será uno a cuatro años de prisión y cincuenta a ciento cincuenta días multa. Sin embargo, se crea el tipo privilegiado, sobre algún agravante de concurrencia entre las fracciones I y II del artículo 366, cuya pena será tres a diez años de prisión y de doscientos cincuenta a quinientos días multa, pero para que se constituya este tipo privilegiado es necesario que se libere a la víctima antes de los 3 días de la privación de la libertad³⁴².

Dentro del paquete de reformas se introduce la modificación del artículo 366 bis, en donde se tipifican nuevas formas de comisión delictuales derivadas del ilícito penal del secuestro, se crean VI fracciones, la primera de ellas, la intermediación en la negociación, sin el acuerdo de quienes representen o gestionen a favor de la víctima; segunda, difusión pública de las pretensiones o mensajes de los secuestradores, fuera del estricto derecho a la información; tercera, la asesoría con fines lucrativos de quienes gestionando en favor de la víctima, eviten información o colaborar con la autoridad, cuarta, aconseje no presentar la denuncia, no colaborar u obstruir la actuación de las autoridades; quinta, efectúe cambio de moneda nacional por divisas o viceversa, sabiendo que

³⁴¹ Vid. JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., págs. 69 y sigs; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 28; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., págs. 16 y 17; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 51 y sigs; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 30 y sigs.

³⁴² *Ibidem*.

es con el propósito de pagar el rescate; y por último, sexta intimide a la víctima o sus familiares o a su representante o gestor, antes o después del secuestro, para que no colabore con las autoridades, la punición por las anteriores acciones será de uno a ocho años y doscientos a mil días multa³⁴³. Estas modalidades del artículo 366 bis no son otra cosa que la autoría y participación e *iter criminis* del ilícito del secuestro.

Este Código penal ya contenía un artículo 366 bis que tipificaba el tráfico de menores antes de esta reforma, por lo que sólo sufrió el cambio de nomenclatura, al nuevo artículo 366 ter, en vez de bis, con la misma tipificación y contenido.

7. Reforma de 1999

La reforma del 17 de mayo de 1999 incide en varios ámbitos. Incrementa la pena de prisión y la multa para el ilícito del secuestro. Aumenta la pena pecuniaria de quinientos a dos mil (antes de la reforma de cien a quinientos) días multa para los casos señalados en la fracción I, del artículo 366. Así mismo incrementa la pena para los casos de la fracción II del artículo 366, cuya punición será de veinte (antes era quince) a cuarenta años de prisión y de dos mil a cuatro mil (antes era de doscientos a setecientos) días multa. También incrementa la pena en el tipo cualificado en el caso que el sujeto activo prive la vida a la víctima, al establecer que la pena será de cuarenta a sesenta años de prisión³⁴⁴, quebrantando los principios de adecuación social y readaptación del delincuente, así como de la proporcionalidad de la pena de prisión, toda vez que no pasa el examen de la idoneidad del principio de ponderación.

8. Reforma de 2000

La reforma al Código Penal de la Federación, del día 12 de junio de 2000, publicado en el Diario Oficial de la Federación, se adiciona una nueva fracción ubicándola con el numeral III del artículo 366, esta fracción se tipifica un tipo cualificado de la privación de la libertad, cuando se efectúa con el fin de trasladar a un menor de 16 años fuera del territorio nacional, con el propósito de obtener un beneficio económico indebido por la venta o entrega del menor, cuya punibilidad será de 25 a 50 años de prisión y de cuatro mil a ocho mil días multa. La instauración de esta modalidad en el ordenamiento penal mexicano es derivado de la suscripción del Convenio Interamericano sobre el Tráfico Internacional de Menores, ratificado por el Senado de la República el 29 de abril

³⁴³ *Ibidem*.

³⁴⁴ *Vid.* JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., págs. 71 y 72; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., págs. 28 y 29; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 18; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 56 y 57; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 33 y sigs.

de 1996 y de la convención sobre los Derechos del Niño aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificado el 21 de septiembre de 1990³⁴⁵.

Además se modifica la penalidad para diversas figuras que regulan el ilícito del secuestro, entre ellas el incremento de la pena por el tipo privilegiado, en cuestión al *pos fuctum*, así mismo se agrava la pena de prisión a sesenta años, en los casos en que el sujeto activo de la muerte a la víctima del ilícito penal. Como también, se incrementa la pena para el artículo 366 bis, en los casos que exista intermediación en los secuestros, la sanción será de dos a diez años de prisión³⁴⁶.

9. Reforma de 2005

En la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de junio del 2005, se configura una nueva tipología denominada de secuestros exprés, ubicándola en la fracción I del artículo 366 apartado *d*), que tipifica el secuestro exprés en los siguientes términos: “cometer secuestro exprés, desde el momento mismo de su realización, entendiéndose por éste, el que, para ejecutar los delitos de robo o extorción, prive de la libertad a otro. Sin independencia de las demás comisiones delictivas derivadas de otros delitos que de su acción resulten de la ejecución de este ilícito, la punibilidad será de quince a cuarenta años de prisión.

En la Exposición de Motivos de la tipificación del secuestro exprés, la fundamentación de la tipificación y punición del ilícito penal deriva de razones político criminales, entre ellas dar respuesta inmediata a las peticiones realizadas por la sociedad por la comisión reiterada de este ilícito, además con la creación de este tipo penal y considerado como tipo cualificado de la privación de la libertad, se instaura en el catálogo de delitos graves, por lo que el delincuente no podrá acceder a los beneficios penitenciarios. Asimismo se intenta dar resolución al problema concursal presentado entre si es una acción contra la privación ilegal de la libertad, o un robo con violencia o una simple extorción, ya que en la praxis judicial suscitaba controversias de ámbito concursal³⁴⁷.

³⁴⁵ GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 19.

³⁴⁶ Vid. BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 29; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 19; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 58 y 59.

³⁴⁷ Vid. PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 59 y 60; ORTIZ MAYAGOITIA, Guillermo I. (Coord.), *Reseñas del pleno y de las salas. Secuestro express*, Editorial Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, D.F., 2008, págs. 5 y sigs.

E) Ley Federal contra la delincuencia organizada

Esta ley se publicó el 7 de noviembre de 1996 en el Diario Oficial de la Federación, dentro de la presidencia de Ernesto ZEDILLO PONCE DE LEÓN. En la Exposición de Motivos de Ley Federal contra la delincuencia organizada, se menciona que se toma como prototipo las leyes contra la delincuencia organizada de los Estados Unidos, Francia, Inglaterra, Italia³⁴⁸, España³⁴⁹, Colombia³⁵⁰ y Venezuela³⁵¹, ya que han tenido que asumir reglamentos especiales para enfrentar a la delincuencia organizada³⁵², con objeto de garantizar su viabilidad como Estado y de asegurar el desarrollo material y moral de sus pueblos. México, como Estado democrático y de Derecho que es, y que igualmente enfrenta dicho problema tendrá que hacer lo propio para consolidar su esencia y estar en mayores posibilidades de cumplir con las altas misiones que el pueblo le ha encomendado³⁵³.

La creación de esta ley es derivado por cuestiones político criminal para atacar la alarma social que suscita la ciudadanía mexicana, en contra de la

³⁴⁸ Véase la Ley de antisequestro de Italia. En marzo de 1978, tras el secuestro de Aldo Moro, el Parlamento italiano, incluyendo al Partido Comunista, aprobó por abrumadora mayoría las medidas gubernamentales destinadas a conceder a la policía mayores poderes para retener e interrogar a los sospechosos, incluyendo la autorización para interrogarles sin la presencia de sus abogados; así como una mayor autoridad para los registros, intervención de teléfonos, etc. CLUTTERBUCK, Ricardo, *Secuestro y rescate*, op. cit., pág. 109.

³⁴⁹ Véase el apartado anterior de los antecedentes del Código penal español, con referencias a las leyes especiales que han estado vigentes en España y que han regulado el injusto del bandolerismo, secuestro y terrorismo.

³⁵⁰ Véase la ley antisequestro de 1993 donde se prohíbe el pago. El proceso legislativo contra la extorsión y el secuestro en Colombia se inició con el Decreto de 1680 de 1991, pero la ley 40 de 1993, conocida en Colombia como la “Ley antisequestro”, fue la que estableció el punto de referencia más importante. La población civil fue la que promovió esta ley, la cual está basada en la legislación italiana contra el secuestro de 1991. Tal y como la Ley antisequestro de Italia, la ley 40 de Colombia autorizó la congelación de los activos de las familias de las víctimas con el fin de evitar el pago del rescate, declaró la venta de póliza de seguros contra secuestro y rescate ilegales y prohibió el apoyo de negociadores externos (negociadores profesionales del secuestro). PAX CHRISTI, *La industria del secuestro en Colombia*, op. cit., pág. 41; HEYCK PUYANA, Caterina, *Derecho internacional*, op. cit., págs. 332 y sigs.

³⁵¹ Vid. BUROZ ARISMENDI, René, *Secuestro*, op.cit., pág. 41 y sigs; AÑEZ CASTILLO, María Alejandra / LEONTE HAN-CHEN, Pablo, “Metamorfosis del delito de secuestro”, op. cit., págs. 19 y sigs; AÑEZ CASTILLO, María Alejandra / LEONTE HAN-CHEN, Pablo, “La política en Venezuela. Especial referencia a la conflictividades social en torno al delito de secuestro”, *Política criminal, Revista electrónica semestral de políticas públicas en materia penales*, vol. 6, Núm. 11, Chile, julio 2011, págs. 34 y sigs. (Accesible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos>); AÑEZ CASTILLO, María Alejandra / LEONTE HAN-CHEN, Pablo, *La política en Venezuela. Especial referencia al delito de secuestro*, Editorial Académica española, U.S.A., 2012, págs. 33 y sigs.

³⁵² Vid. CLUTTERBUCK, Ricardo, *Secuestro y rescate*, op. cit., pág. 106 y sigs.

³⁵³ GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 24.

delincuencia organizada, sobre todos en los casos de narcotráfico y secuestro³⁵⁴, y otras acciones derivantes, ya que pone en riesgo la estabilidad de gobernabilidad y ciudadanía, y que se refleja en la propia seguridad³⁵⁵ nacional. La intención principal de esta ley especial es intentar inhibir conductas delincuenciales, aumentar la penalidad de los injustos que considera realizados por la delincuencia organizada y sobretodo disuadir a los delincuentes de formar parte de bandas o grupos criminales de alto impacto social³⁵⁶.

La ley federal contra la delincuencia organizada, tiene por objeto establecer las reglas para la investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, por los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada. Sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional (art. 1 LFDO).

Ahora bien, esta ley define a la delincuencia organizada, cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado

³⁵⁴ Francisco CARRARA está en contra de establecer leyes especiales que combatan frontalmente contra la delincuencia organizada y sus derivados, entre ellos, el injusto del secuestro, ya que menciona: “Lo que le da colorido especial de maldad a este hecho es la formación de bandas, puestas en lucha abierta con la autoridad, que amenazan al gobierno mismo. Pero en este caso ya no nos hallamos dentro de los términos del mero robo por rescate, sino de una verdadera guerra civil, y muy sangrienta, cuyo remedio no debe esperarse del Derecho penal, sino de los cañones, y los principios del Derecho penal deben remplazarse por los Derechos de guerra, de una guerra empeñada contra un enemigo feroz e injusto, que al negar cuartel no tiene motivo para esperarlo... En la guerra civil, la autoridad preeve como puede a las necesidades que se presentan; los conceptos de ejemplo y de defensa indirecta palidecen ante la suprema necesidad de la defensa directa; la posibilidad repetición de un delito no se toma como mero cálculo de probabilidad, pues nos hallamos ante la mano amenazante de una horda de enemigos listos a batallar contra todas las propiedades, contra todas las vidas; entonces todo se vuelve excepcional, tanto en el procedimiento como en las sanciones penales; ya no se trata de castigar, sino de salvarse. Un Código penal no puede tratar de esos casos, y así como sería absurdo buscar en dichos peligros regular de procedimientos y cálculo moderado de los castigos, también sería absurdo querer sacar de esas emergencias un tipo que sirviera para los ordenamientos generales del procedimiento o de los castigos. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, vol. IV, op. cit., págs. 178 y 179.

³⁵⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, “Criminalidad organizada. Fundamentos dogmáticos y límites normativos, Con referencia a la Ley federal mexicana contra la delincuencia organizada”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO-ORTS, *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el Derecho penal*, Editorial Flores editores, México, Distrito Federal, 2013, págs. 93 y sigs; ID., *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de Justicia penal. Fundamentos y función del Derecho penal, Autodeterminación e imputación normativa. Criminalidad organizada y Derecho penal del enemigo*, Editorial Flores editores, México, Distrito Federal, 2016, págs. 299-311.

³⁵⁶ Vid. GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 21; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 66; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 107 y 108; OCHOA ROMERO, Roberto A., “Política Criminal mexicana en materia de delincuencia organizada”, en Juan José GONZÁLEZ RUS (Director), *La criminalidad organizada*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 219 y sigs.

cometer alguno o algunos de los delitos de terrorismo, narcotráfico, acopio y tráfico de armas, secuestro, tráfico de indocumentados, falsificación y alteración de moneda, robo de vehículo, y lavado de dinero (art. 2 de LFDO)³⁵⁷.

Dentro de sus características de persecución de los anteriores delitos mencionados, se aumenta el término constitucional por tratarse de un injusto de esta naturaleza, ya que el nuevo término constitucional que tienen las autoridades para imputar a los delincuentes por organización criminal es de 48 a 96 horas (art. 6 LFDO), por lo tanto contiene normas orgánicas, sustantivas, adjetivas y penitenciarias. Y por eso, se trata de una legislación especial, toda vez que dentro de ella se encuentran disposiciones generales que describen puntualmente su objetivo la lucha contra la delincuencia organizada³⁵⁸.

Por tal motivo se considera el injusto de la delincuencia organizada, como tipo autónomo que prohíbe la pertenencia a estas organizaciones criminales, diferenciando la sanción en razón del rango jerárquico del imputado, es decir, entre mayor rango jerárquico mayor será la punición³⁵⁹.

El injusto del secuestro está tipificado en el artículo 2 fracción V de esta ley especial, que tipifica el secuestro realizado por delincuencia organizada: “los asaltos, previsto en los artículos 286 y 287; secuestro; previsto en el artículo 366; tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter” del Código penal federal. El injusto del secuestro realizado por delincuencia organizada será punible de acuerdo a esta ley y de acuerdo a su papel delictivo en la ejecución del injusto, así que tenga funciones de administración, dirección o supervisión en un secuestro realizado por una organización criminal, se le aplicará una sanción de ocho a dieciséis años prisión, y quien no posea las funciones anteriores, será sancionado con cuatro a ocho años de prisión, independientemente de las penas que correspondan por el delito de secuestro (art. 4, frac. II LFDO). Tratándose de servidores públicos que participan en la realización de los secuestros, la pena se aumenta hasta en una mitad, además de la destitución e inhabilitación para desempeñar cualquier cargo o comisión pública (art. 5, frac. I LFDO).

Por lo anteriormente mencionado, el injusto de delincuencia organizada es un delito federal que debe conocer la federación, y por tal motivo el injusto del secuestro ejecutado por la delincuencia organizada es ámbito de la federación, cuya acción de persecución e imputación podrá realizarse mediante la facultad de atracción que tiene la federación (arts. 3 y 4 LFDO)³⁶⁰.

³⁵⁷ Vid. GUTIÉRREZ SANTOS, Óscar, *Conducta típica e imputación objetiva en Derecho penal. Referencia al tipo penal de delincuencia organizada*, Editorial Flores editores, México, D.F., 2015, págs. 28-32.

³⁵⁸ *Ibidem*, nota al pie de página número 355.

³⁵⁹ Vid. PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 68; OCHOA ROMERO, Roberto A., “Política Criminal mexicana en materia de delincuencia organizada”, op. cit., págs. 224 y sigs.

³⁶⁰ Vid. MARCHISIO, Adrián (Director), *El secuestro extorsivo en la República Argentina. Magnitud del fenómeno y estrategias de persecución penal en el contexto local y*

1. Reforma de 2004

El día 21 de diciembre del 2004 se reforma la ley federal contra la delincuencia organizada, pero es una reforma parcial, que afecta al artículo 37 de la misma ley mencionada. Con referencia a nuestro injusto de secuestro se establece la posibilidad de ofrecer recompensas a cambio de información sobre el injusto del secuestro, pero dicha recompensa será dada a quienes sin haber participado en el delito, auxiliien con cualquier información que resulte cierta y eficaz para la liberación de las víctimas o la aprehensión de los presuntos responsables. Por lo tanto se pretende impulsar y estimular la participación ciudadana en la lucha contra los secuestros³⁶¹.

2. Reforma de 2008

La reforma de junio del 2008 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del artículo 16, aunque no es a la ley federal contra la delincuencia organizada, sí tiene que ver con ella, ya que quita la facultad de autolegislar a los Estados y al Distrito Federal para poder legislar y conocer de los delitos contra la delincuencia organizada, es decir, que el delito de delincuencia organizada es de ámbito federal únicamente y exclusivo de la federación, ya que será tipificado, sancionado por la ley federal contra la delincuencia organizada³⁶².

3. Reforma de 2010

La reforma del 30 de noviembre del 2010 modifica el artículo 2º de la fracción V de la Ley Federal contra la delincuencia organizada y se crea una fracción especial para el injusto del secuestro, cuyo numeral actual es la fracción VII, que tipifica las acciones previstas en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos³⁶³.

regional, Editorial Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay, 2006, pág. 236; ARELLANO TREJO, Efrén, *Secuestro actualización del marco jurídico*, op. cit., pág. 21; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 109 y sigs.

³⁶¹ PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 72; OCHOA ROMERO, Roberto A., “Política Criminal mexicana en materia de delincuencia organizada”, op. cit., págs. 226 y sigs.

³⁶² Vid. FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *Nuevo Política criminal para el combate del delito de secuestro*, Editorial Ubijus, México, D.F., 2010, págs. 54 y 55.

³⁶³ Vid. FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, “Observaciones críticas a la ley general para prevenir y sancionar los delitos de secuestro: delitos graves y libertad”, en *La situación actual del sistema penal en México: XI Jornadas sobre Justicia penal*, Coordinadores Sergio GARCÍA RAMÍREZ y Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2011, pág. 364.

La modificación de la fracción 2º de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se debe a la creación de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que tipifica y determina la tipología del injusto de secuestro así como los tipos cualificados y privilegiados de este injusto penal, que también se trata de una ley especial de ámbito para toda la federación, que a continuación describiré su contenido y su ámbito de aplicación.

4. Reforma de 2016

La Ley Federal contra la delincuencia Organizada fue modificada en varios de sus preceptos legales por el Decreto del 16 de junio de 2016, publicándose dicha reforma en el Diario Oficial de la Federación, con la misma fecha del decreto que aplica la reforma de esta ley especial³⁶⁴.

Dentro del catálogo de reforma en el ámbito del delito de secuestro, se reformulan los artículos 3 y 4. El artículo 3 pone fin a la falta de comprensión de las leyes especiales de delincuencia organizada y del secuestro, ya que establece expresamente que el ámbito de la competencia de esta ley y de la ley especial anti-secuestro es del fuero federal, cuando el hecho es realizado por un grupo de delincuencia organizada, en el caso del artículo 3 de la LFDO y en el mismo sentido se debe entender la competencia de la federación para perseguir y sancionar el secuestro mediante la Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro.

El artículo 4 se reformula su fracción I, donde se adicionan diversos delitos, entre ellos, el delito del secuestro. En dicho artículo se sanciona la conducta de pertenecer a una organización criminal que realice o pretenda ejecutar los delitos contra la salud; operaciones con recursos de procedencia ilícita a que refiere la fracción I; trata de personas que refiere la fracción VI; secuestro que refiere la fracción VII y delitos cometidos en materia de robo de hidrocarburos que refiere la fracción IX, del artículo 2o. de esta Ley. Este precepto legal establece una división de la punibilidad de los intervinientes en el delito, ya que en la fracción I, letra a), se sanciona de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a veinticinco mil días multa a quien tenga el cargo de funciones de administración, dirección o supervisión del grupo organizado, y en cambio la letra b) del mismo artículo sanciona, con la pena de diez a veinte años de prisión y de doscientos cincuenta a doce mil quinientos días multa, a quien no tenga dichas funciones en la organización criminal.

³⁶⁴ Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo penal constitucional*, op. cit., págs. 299 y sigs.

F) Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

1. Prescripciones de la ley

El origen de esta ley deriva de la discusión suscitada el día 9 de diciembre del 2008 del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la que se votó la modificación de este artículo en referencia a la fracción XXI, para expedir las leyes generales en materia de delincuencia organizada y de secuestro, que establezcan, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencia y las formas de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios; el dictamen de la reforma fue votado a favor por 351 diputados provenientes de todos los partidos políticos, se aprobó un dictamen de la adición al artículo 73 fracción XXI, pasó a la Cámara revisora, compuesta por la Cámara de Senado, en la que obtuvo 97 votos a favor y una abstención. Con dicha reforma constitucional, que después debe ser aprobada por las Legislaciones Estatales, la Federación tiene la facultad de expedir las leyes generales en materia de delincuencia organizada y de secuestro³⁶⁵.

En la presidencia del Lic. Felipe de Jesús CALDERÓN HINOJOSA se crea la Ley General del Secuestro, se publica el día 30 de noviembre de 2010 en el diario oficial de la federación, la ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI, del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En la exposición de motivos que dió origen a esta reforma, se precisó que la finalidad era unificar el tipo penal y la sanción correspondiente, así como establecer las bases generales de una política criminal para combatir ese ilícito y los instrumentos o herramientas que podrían utilizar tanto la Federación como las entidades federativas; que el delito de secuestro seguiría siendo de competencia local, investigado, perseguido y sancionado por autoridades de dicho orden³⁶⁶.

Ahora bien, de la interpretación sistemática y teológica de la ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, se precisa que es una ley de las denominadas “Leyes Generales”, son aquellas que pueden incidir

³⁶⁵ Vid. ARELLANO TREJO, Efrén, *Secuestro actualización del marco jurídico*, op. cit., págs. 24 y sigs; FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *Nueva Política criminal para el combate*, op. cit., págs. 43 y sigs; ID., “Observaciones críticas a la ley general para prevenir y sancionar los delitos de secuestro: delitos graves y libertad”, op. cit., págs. 362 y sigs; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *La evolución de la Política criminal*, op. cit., págs. 160-165.

³⁶⁶ Tesis aislada, registro 2003860, tesis: ii.2o.p.29 p (10a.), ponente: Óscar ESPINOSA DURÁN, “Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro. Es aplicable tanto para los ilícitos cometidos en el ámbito local como los del fuero federal”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, libro XXI, materia(s): constitucional, penal, tomo 2, Décima época, junio de 2013, pág. 1269.

válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano, y que no se trata de leyes federales (aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal), de modo que, una vez promulgadas y publicadas, deben ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales³⁶⁷.

La consecuencia que contrajo la creación de esta ley es la derogación de los artículos 366 y 366 bis del Código Penal Federal, referentes al injusto del secuestro, ya que dentro del Decreto de aplicación y vigencia de esta ley, se estipula en el transitorio tercero que se derogan todas las disposiciones legales que se opongan a la presente ley. Por ende la doctrina señala que debe ser derogado todos los artículos del injusto del secuestro de los Códigos penales estatales, al tener únicamente y exclusivamente la facultad de tipificar el injusto del secuestro es para la Federación³⁶⁸.

El objetivo de esta ley general es establecer los tipos penales, sus sanciones³⁶⁹, las medidas de protección, atención y asistencia a ofendidos y víctimas, la distribución de competencias y formas de coordinación entre los órdenes de ofendidos y víctimas, la distribución de competencias y formas de coordinación entre los órdenes de gobierno. Para ello la Federación y las Entidades Federativas, en el ámbito de sus competencias, estarán obligadas a coordinarse en el cumplimiento del objetivo de esta Ley (art. 1 de esta ley).

En el capítulo II, del título de los delitos en materia de secuestro, de esta ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, se tipifica los tipos y tipologías del injusto del secuestro³⁷⁰.

El tipo básico del injusto del secuestro está tipificado en el artículo 9 de esta ley general, cuya acción es privar de la libertad a otro con los móviles siguientes: a) obtener rescate o cualquier beneficio, para el sujeto activo o para un tercero, 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; d) Cometer secuestro exprés desde el momento mismo de su realización, entendiéndose por éste, el que, para ejecutar los delitos de robo o extorsión, priva de la libertad a otro. Si observamos que es transcripción íntegra del artículo 366 fracción I del Código Penal de Federal, hasta la reforma del 2005³⁷¹. La punición por la realización del tipo básico por

³⁶⁷ *Ibidem*.

³⁶⁸ *Vid.* FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *Nuevo política criminal para el combate*, op. cit., pág. 40.

³⁶⁹ COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *La evolución de la Política criminal*, op. cit., pág. 161.

³⁷⁰ *Vid.* FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, “Observaciones críticas a la ley general para prevenir y sancionar los delitos de secuestro: delitos graves y libertad”, op. cit., pág. 364.

³⁷¹ Véase el apartado correspondiente.

uno de los diversos móviles señalados será de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a dos mil días multa.

El tipo cualificado del secuestro está establecido en el artículo 10 en las fracciones I y II, de la misma ley, cuya circunstancias agravantes de la fracción I son: a) que se realice en camino público o en lugar desprotegido o solitario; b) que quienes la lleven a cabo obren en grupos de dos o más personas, c) que se realice con violencia, d) que para privar a una persona de su libertad se allane el inmueble en el que ésta se encuentra, e) que la víctima sea menor de dieciocho años o mayor de sesenta años de edad, o que por cualquier otra circunstancia no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o capacidad para resistirlo y f) que la víctima sea una mujer en estado de gravidez. Estas circunstancias agravantes son las mismas que contenía el Código penal federal en su artículo 366 fracción II, pero con la novedad de la inclusión de personas mayores de sesenta años, como de mujeres embarazadas, la inclusión de las personas mayores de sesenta años es debido a que en el Código penal del Distrito Federal la comprendía como circunstancia agravante, en el artículo 164 fracción V, y con respecto a la mujeres embarazadas se retoma del Código penal de 1871, donde ya se cualificaba la punición por ser víctima una mujer³⁷², aquí la novedad es que se incorpora que esté en estado de gravidez, dentro de las dos novedades del tipo cualificado del injusto del secuestro corresponde a la especial vulneración de la víctima. La punición por la ejecución de alguna de estas circunstancias agravantes de la acción es de veinticinco a cuarenta y cinco años de prisión y de dos mil a cuatro mil días multa.

La fracción II del artículo 10 de esta ley establece otros tipos cualificados, entre ellos: a) que él o los autores sean o hayan sido integrantes de alguna institución de seguridad pública, de procuración o administración de justicia, o de las fuerzas armadas mexicanas, o se ostente como tales sin serlo; b) que el o los autores tenga vínculos de parentesco, amistad, gratitud, confianza o relación laboral con la víctima o personas relacionadas con ésta; c) que durante su cautiverio a cause alguna lesiones que perturbe para siempre la vista, o disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna, o cualquier otro órgano, o alguna de las facultades mentales (art. 291 CPF), lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna o de un pie, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre, cualquiera función orgánica o cuando el ofendido quede sordo, impotente o con una deformidad incorregible, o una lesión a consecuencia de la cual resulte incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vista o del habla o de las funciones sexuales (art. 292 CPF), o una lesiones que pongan en peligro la vida (art. 293 CPF); d) que en contra de víctima se hayan ejercido actos de tortura o violencia sexual; e) que durante o después de su cautiverio, la víctima muera debido a cualquier

³⁷² Véase el apartado correspondiente al Código penal de 1871.

alteración de su salud que sea consecuencia de la privación de la libertad, o por enfermedad previa que no hubiera sido atendida en forma adecuada por los autores o partícipes del delito. La punición por las circunstancias agravante es de veinticinco a cincuenta años de prisión y de cuatro mil a ocho mil días multa.

Otro tipo cualificado es si la víctima del injusto del secuestro es privada de su vida por los sujetos activos del injusto, cuya pena será de cuarenta a setenta años de prisión y de seis mil a doce mil días multa (art. 11 de esta ley).

El tipo privilegiado está establecido en el artículo 12 de esta ley, cuya acción es el *post factum*, es decir, que el sujeto activo libere espontáneamente a la víctima del injusto del secuestro, dentro de los tres días de la privación de la libertad, sin lograr alguno de los móviles del artículo 9 de esta ley, y sin haber presentado alguno de los tipos cualificadores del artículo 10 de esta ley. La pena será de dos a seis años de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa. De la misma manera, si se libera a la víctima del injusto del secuestro dentro de los primeros diez días, la punición será de ocho a quince años y de doscientos cincuenta hasta quinientos días multa.

Se establecen otros tipos privilegiados en el artículo 12 de esta ley, en cuestión a que uno de los sujetos activos, se arrepiente del injusto y colabore con las autoridades para que la víctima sea rescatada con vida, cuya pena será de dos a seis años de prisión y de cincuenta a ciento cincuenta días multa. Así mismo, si la víctima del injusto del secuestro se le ha causado alguna lesión de los artículos 291 a 293 del Código penal federal, la pena será de nueve a dieciséis años de prisión y de trescientos a quinientos días multa, así como la penas accesorias y medidas de seguridad de colocación de los dispositivos de localización y vigilancia por la autoridad policial hasta por los cinco años posteriores a su liberación.

Ahora bien, se tipifica un delito autónomo de simulación de secuestro, en el artículo 13 de esta ley, al que simule por sí o por interposición personal, de alguno de los móviles previstos en el artículo 9 de esta ley. La punición será de cien a trescientos cincuenta jornadas de trabajo a favor de la comunidad. Como también se sanciona al que simule la privación de la libertad de una persona con alguno de los móviles señalados por el artículo 9 de esta ley, será sancionado de dos a ocho años de prisión (art. 14 de esta ley), doctrinalmente en México a este injusto lo denominan secuestro virtual.

También se tipifica la amenaza de secuestro en el artículo 14 de esta ley, cuya acción es amenazar a cualquier persona con privarle de su libertad o amenazar con privar de la libertad de movimiento algún miembro de su familia o con que esté ligado con algún vínculo relacional, con alguno de los móviles tipificados en el artículo 9 de esta ley. La pena será de dos a ocho años de prisión.

La autoría y participación del injusto del secuestro está tipificada en el artículo 15 de esta ley, donde se tipifica las acciones realizadas antes, durante y después de la ejecución del injusto, así mismo como la cooperación necesaria en este injusto, cuya pena será de dos a ocho años de prisión y de setecientos a mil quinientos días multa.

También se tipifican las acciones realizadas por las autoridades investigadoras que divulguen información sobre el injusto del secuestro, estableciéndose la penalidad de dos a ocho años de prisión (art. 16 de esta ley), y en el artículo 17 de esta ley se sanciona la acción de abstención de no denunciar ante la autoridad competente por los hechos e informaciones sobre el injusto del secuestro que pudieran saber cualquier servidor público que tenga en materia de prevención, investigación, vigilancia y custodia en los centros de readaptación social, imponiéndose la pena de cuatro años y seis meses a trece años de prisión y de doscientos a mil días multa, y la pena accesoria de inhabilitación para ocupar un empleo, cargo o comisión en el servicio público federal, local, desde un plazo igual a la pena de prisión, hasta la inhabilitación definitiva. El plazo de la pena accesoria de inhabilitación correrá a partir de que concluya la pena de prisión (art. 18 de esta ley).

Las consecuencias jurídicas derivadas del injusto del secuestro no tener beneficios penitenciarios, entre ellos, la libertad preparatoria, sustitución, conmutación de la pena (art. 19). Con la exención de los sentenciados que hayan colaborado reiteradamente con las autoridades para dar y libertar con la víctima del injusto del secuestro, es decir, en los supuestos del tipo privilegiado de colaboración continua y reiteradamente con las autoridades investigadoras, y con los siguientes requisitos: que la pena no exceda de cuatro años de prisión (art. 19 frac. I); que el sentenciado acepte la colocación de un dispositivo de localización por el tiempo que falta cumplir la pena de prisión y pague el costo de su operación y mantenimiento (art. 19 frac. II); que el sentenciado sea primo delincuente (art. 19 frac. III); cubra la totalidad de la reparación del daño o de manera proporcional, cuando haya sido condenado en forma solidaria y mancomunada y sean determinada dicha reparación (art. 19 frac. IV); que cuente con una persona conocida que se comprometa y garantice a la autoridad penitenciaria el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el sentenciado (art. 19 frac. V); compruebe fehacientemente contar con un oficio, arte o profesión o exhiba las constancias adecuadas que acrediten que continuará estudiando (art. 19 frac. VI); cuente con fiador (art. 19 frac. VII); se obligue a no molestar a la víctima y a los testigos que depusieron en su contra, así como a sus parientes o personas vinculadas a éstos (art. 19 frac. VIII).

Otra consecuencia jurídica por la ejecución de este injusto es que el injusto del secuestro no prescribe, es decir, es imprescriptible, tanto la acción como la ejecución de la sentencia (art. 5 de esta ley).

Como también la aplicación de la medida de seguridad de vigilancia por las autoridades policiales hasta por cinco años posteriores a la libertad del sentenciado. Esta medida se podrá aplicar de manera cautelar tratándose mientras dure la averiguación previa del injusto del secuestro (art. 20 de esta ley).

En el ámbito de aplicación de esta ley en la praxis jurídica, los Estados de la República y el Distrito Federal conocerán de la materia del injusto del secuestro en los casos que no actúe la delincuencia organizada³⁷³, es decir, el injusto de secuestro realizado por dos sujetos activos o por uno, o el secuestro ejecutado por un grupo de jóvenes que repentina y ocasionalmente deciden privarle de la libertad, los cuales son de conocimiento local. Sin embargo, la Federación tiene la facultad de atracción mediante los supuestos que señalan el artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación³⁷⁴. Por tanto, la Federación dentro el monopolio de tipificación sobre el injusto de secuestro, y la persecución del injusto del secuestro ejecutada por delincuencia organizada, también tendrá el monopolio de la acción penal³⁷⁵, excluyéndose sólo el

³⁷³ Véase el apartado correspondiente de la Ley federal contra la delincuencia organizada.

³⁷⁴ Artículo 50. Los jueces federales penales conocerán: I. De los delitos del orden federal. Son delitos del orden federal: a) Los previstos en las leyes federales y en los Tratados internacionales. En el caso del Código Penal Federal, tendrán ese carácter los delitos a que se refieren los apartados b) a l) de esta fracción; b) Los señalados en los artículos 2 a 5 del Código Penal; c) Los cometidos en el extranjero por los agentes diplomáticos, personal oficial de las legaciones de la República y cónsules mexicanos; d) Los cometidos en las embajadas y legislaciones extranjeras; e) Aquellos en que la Federación sea sujeto pasivo; f) Los cometidos por un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas; g) Los cometidos en contra de un servidor público o empleado federal, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, así como los cometidos contra el Presidente de la República, los secretarios del despacho, el Procurador General de la República, los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los ministros, magistrados y jueces del Poder Judicial Federal, los miembros de Consejo de la Judicatura Federal, los magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los miembros del Consejo General del Instituto Federal Electoral, el presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, los directores o miembros de las Juntas de Gobierno o sus equivalentes de los organismos descentralizados; h) Los perpetrados con motivo del funcionamiento de un servicio público federal, aunque dicho servicio esté descentralizado o concesionado; i) Los perpetrados en contra del funcionamiento de un servicio público federal o en menoscabo de los bienes afectados a la satisfacción de dicho servicio, aunque éste se encuentre descentralizado o concesionado; j) Todos aquéllos que ataquen, dificulten o imposibiliten el ejercicio de alguna atribución o facultad reservada a la Federación; k) Los señalados en el artículo 389 del Código Penal cuando se prometa o se proporcione un trabajo en dependencia, organismo descentralizado o empresa de participación estatal del Gobierno Federal; l) Los cometidos por o en contra de funcionarios electorales federales o de funcionarios partidistas en los términos de la fracción II del artículo 401 del Código Penal, y m) Los previstos en los artículos 366, fracción III; 366 ter y 366 quáter del Código Penal Federal, cuando el delito sea con el propósito de trasladar o entregar al menor fuera del territorio nacional. II. De los procedimientos de extradición, salvo lo que se disponga en los Tratados internacionales. III.- De las autorizaciones para intervenir cualquier comunicación privada. IV.- De los delitos del fuero común respecto de los cuales el Ministerio Público de la Federación hubiere ejercido la facultad de atracción.

³⁷⁵ Vid. ARELLANO TREJO, Efrén, *Secuestro actualización del marco jurídico*, op. cit., pág. 28; FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *Nuevo política criminal para el combate*, op. cit., pág. 40;

conocimiento del injusto del secuestro cuando no se trate de delincuencia organizada, y permaneciendo como supletorios los Códigos penales sustantivos y procesales.

2. Especial referencia a la reforma de 2014

La reforma del 3 de junio del 2014 a la Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformó los artículos 9 fracción I, 10 fracción I y II, 11, 12, 13, 15, 16 y 17, correspondiente a la penalidad del injusto, dado el caso, que incrementó la pena de prisión y los días multa al doble.

Por lo cual, el artículo 9 sanciona el injusto del secuestro, con la pena de cuarenta a ochenta años de prisión y de mil a cuatro mil días multa. El artículo 10, fracciones I y II, describe los tipos cualificados del injusto del secuestro: en la fracción I sanciona el secuestro de cincuenta a noventa días de prisión y de cuatro mil a ocho mil días multa; en la fracción II sanciona el secuestro con la pena de cincuenta a cien días de prisión y de ocho mil a dieciséis mil días multa. El artículo 11 tipifica la muerte del secuestrado, estableciendo la sanción de ochenta a ciento cuarenta años de prisión y de dos mil a veinticuatro mil días multa.

El artículo, 12 párrafo I, que es el tipo privilegiado *post factum*, incrimina el injusto del secuestro en su forma privilegiada, con la pena de cuatro a doce años de prisión y de cien a trescientos días multa. En el mismo artículo, pero en el párrafo IV, se tipifica el injusto del secuestro en su forma agravada, por lesiones que ponga en peligro la vida de la víctima durante el cautivo, la pena es de dieciocho a treinta y dos años de prisión y de seiscientos a mil días multa. En el párrafo V, se duplica la pena del arrepentimiento del sujeto activo que libera a la víctima después de los 10 días de cautivo, de modo que la sanción será de dieciséis a treinta años de prisión y de quinientos hasta mil días multa.

Se duplica la pena del artículo 13, que tipifica la simulación de un secuestro, en su forma de auto-secuestro, cuya imputación será de doscientos a setecientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad. El artículo 14, que tipifica la simulación de secuestro de una tercera persona, o amenace con secuestrar, establece la sanción de cuatro a dieciséis años de prisión.

Se modifica la punición del artículo 15, que tipifica la intervención delictiva, es decir, sanciona la autoría y participación de los interventores en la comisión delictiva, imponiendo la pena será de cuatro a dieciséis años de prisión y de mil cuatrocientos a tres mil días multa.

FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, “Observaciones críticas a la ley general para prevenir y sancionar los delitos de secuestro: delitos graves y libertad”, op. cit., págs. 365 y sigs.

Se duplica la pena del artículo 16, que tipifica la divulgación de información de la averiguación previa o causa penal por las autoridades correspondientes, estableciéndose la pena de cuatro a dieciséis años de prisión y de cuatrocientos a dos mil días multa. En el mismo sentido el artículo 17, que sanciona la abstención de no denunciar ante las autoridades competentes sobre el injusto del secuestro alguna información de utilidad para imputar a los sujetos activos del injusto, establece la punición de nueve a veintiséis años de prisión y de cuatrocientos a dos mil días multa.

CAPÍTULO II

NOCIÓN Y TIPOLOGÍA LEGISLATIVA DEL SECUESTRO

I. Concepto de secuestro

A) Significado etimológico

La palabra secuestro proviene del vocablo latino “*sequestrum*” que a su vez se declina en la acción de “*sequestro-are*”³⁷⁶, “*sequester-tris*”³⁷⁷ derivado de *sequi*, que significa retener indebidamente a una persona para exigir dinero por su rescate, o para otros fines privar de su libertad a una persona ilegalmente. Este vocablo tiene varias connotaciones gramaticales, según las cuales puede ser usado para varias acciones en donde se priva de libertad a un sujeto o varios, por ejemplo: tomar por la fuerza la tripulación de una aeronave o medio de transporte, acción de exigir rescate de una suma determinada de dinero o pretensiones ilícitas para liberar al rehén³⁷⁸.

B) Concepto legal

1) Concepto legal en el Código penal español

El concepto legal del secuestro se determina en la descripción típica de los Códigos penales vigentes, por ejemplo, el artículo 164 del Código penal español, describe el secuestro de la siguiente manera: “El secuestro de una persona

³⁷⁶ Este vocablo también es usado en la lengua francesa como séquester. *Vid.* AMORÓS RICA, Narciso / MERLIN WALCH, Olivier, *Dictionnaire Juridique (Diccionario Jurídico)*, español-francés, 3ª. edic., Editorial Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1993, pág. 345.

³⁷⁷ *Vid.* PIMENTEL ÁLVAREZ, Julio, *Breve diccionario latín-español*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2004, pág. 672. Cfr. COROMINES, Joan, *Breve Diccionario etimológico de la lengua castellana*, Editorial Gredos, Madrid, 2008, pág. 499.

³⁷⁸ *Vid.* CAMPOS AZUARA, Alejandro, *El secuestro económico la nueva forma de criminalidad en el México neoliberal*, Editorial Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, D.F., 2003, pág. 95; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 7; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 31; REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 5; MARTÍNÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 45; ANZIT GUERRERO, Ramiro, *Derecho penal*, op. cit., págs. 147 y 148; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis Jurídico del secuestro*, op. cit., págs. 17 y 55.

exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años³⁷⁹.

2. Concepto legal en la Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

De la misma manera, la Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tipifica y describe la acción del secuestro, en su artículo 9, disponiendo que el delito de secuestro es una privación de la libertad con el objeto de pedir un rescate, cualquier beneficio, o realización de un acto³⁸⁰.

C) Concepto jurisprudenciales

1. Concepto jurisprudencial en España

El Tribunal Supremo español ha entendido el injusto del secuestro como “la denominación común convertida en *“nomen juris”* por el nuevo Código penal, es decir, un tipo agravado de detención ilegal en el que el término de la privación de libertad se condiciona, por los autores del delito, a la realización de un hecho-acción u omisión- que consiguientemente se exige. Es preciso, pues, para la integración del tipo de secuestro, en primer lugar, que se prive de libertad a una persona encerrándola o deteniéndola y, en segundo lugar, que se advierta por los autores al sujeto pasivo o a otras personas que la recuperación de la libertad de aquél dependa del cumplimiento de la condición³⁸¹ impuesta³⁸²”.

³⁷⁹ Véase el Código penal español vigente hasta la fecha.

³⁸⁰ Véase la Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Asimismo véase las páginas 79 y sigs., de la presente investigación.

³⁸¹ En la misma terminología, la STS 21/2007, ponente: Juan SAAVEDRA RUIZ, (Fundamentos de Derecho II, pág. 6): “Efectivamente, esta última figura delictiva establece una relación precisa entre la puesta en libertad del detenido y el cumplimiento de la condición, lo que dará lugar en su caso a la agravación o atenuación prevista en el propio precepto en relación con el básico de detenciones ilegales”; STS 2910/2012, ponente: Miguel Colmenero MENÉNDEZ DE LUARCA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 5): “Privación de libertad al denunciante y lo sometieron a malos tratos físicos, manteniéndolo detenido hasta que percibieron el dinero exigido a sus familiares para su puesta en libertad”.

³⁸² *Vid.* STS 1878/2001, ponente: José JIMÉNEZ VILLAREJO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 3): “El delito de secuestro -denominación común convertida en *“nomen iuris”* por el nuevo Código Penal- es un tipo agravado de detención ilegal en el que el término de la privación de libertad se condiciona, por los autores del delito, a la realización de un hecho -acción u omisión- que consiguientemente se exige. Es preciso, pues, para la integración del tipo de secuestro, en primer lugar, que se prive de libertad a una persona encerrándola o deteniéndola, y, en segundo lugar, que se advierta por los autores al sujeto pasivo o a otras personas que la recuperación de la libertad de aquél depende del cumplimiento de la condición impuesta”; en el mismo sentido que la anterior sentencia, la STS 3003/2003, ponente: Julián

2. Concepto jurisprudencial en México

Asimismo, la Suprema Corte de la Nación de México define el injusto de secuestro, como un delito cualificado del delito de privación de la libertad³⁸³, por lo que, este injusto tutela la libertad externa de la persona, cuyo elemento subjetivo (dolo), se conforma con la conciencia y la voluntad del delincuente para privar de libertad a alguien con el fin de pedir rescate³⁸⁴ o de causarle daño³⁸⁵.

D) Concepto doctrinal

El concepto doctrinal del injusto del secuestro no tiene uniformidad de definición, antes bien es objeto de una diversidad de entendimiento penal. Sin embargo, todos los conceptos del injusto de secuestro llegan a una semejanza de aceptación de elementos objetivos y subjetivos, cuales son: la privación de la libertad, mediante la acción de encerrar o detener a un sujeto en calidad de rehén, cuya liberación se condicionará a las exigencias del captor, a un tercero o al rehén, ya sea de cualquier índole, por ejemplo, material, económica, política o por venganza³⁸⁶.

Artemio SÁNCHEZ MELGAR, (Fundamentos de Derecho II, pág. 7); STS 8065/2011, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 16): “en los tipos de secuestro es preciso que se prive de libertad y que se advierta por los autores al sujeto pasivo o a otras personas que la recuperación de la libertad de aquel depende de la condición impuesta”.

³⁸³ Vid. Tesis aislada, registro 175841, tesis 1ª. VI/2006, ponente: Sergio A. VALLS HERNÁNDEZ, “Privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro”. El artículo 229 del Código penal del Estado de Chihuahua, vigente en 1997, que prevé ese delito, no viola el artículo 14 de la Constitución Federal, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, materia constitucional y penal, tomo 23, Novena época, febrero de 2006, pág. 636.

³⁸⁴ Vid. Tesis aislada, registró 215686, tesis XI.1º.73-p, ponente: Joel GONZÁLEZ JIMÉNEZ, “Secuestro. El tipo de ese delito, no siempre requiere del activo la pretensión de rescate”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, materia penal, tomo 12, Octava época, agosto de 1993, pág. 566; en la misma línea Tesis aislada, registro 234399, ponente: Manuel RIVERA SILVA, “Secuestro y asalto, absorción entre los delitos de prevaleciendo el primero”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, materia penal, volumen 169-174, segunda parte, Séptima época, 14 de febrero de 1983, pág. 149. Como también, CAMPOS AZUARA, Alejandro, *El secuestro económico*, op. cit., pág. 98.

³⁸⁵ Vid. Tesis aislada, registro 194846, tesis XX. 1º. 118 P, ponente: Luis Rubén BALTAZAR ACEVES, “Plagio o secuestro. Es irrelevante quien de los responsables exigió el rescate”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, materia penal, tomo 9, Novena época, enero 1999, pág. 892; Jurisprudencia, registro 1005697, tesis 319, ponente: Francisco PAVÓN VASCONCELOS, “Violación tumultuaria y secuestro. Inconsistencia de los delitos”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, Apéndice 1917, materia penal, tomo 3, Séptima época, septiembre 2011, pág. 288.

³⁸⁶ Vid. BARBERO SANTOS, Marino, “El Bandolerismo en la legislación vigente”, op. cit., pág. 273; MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973, pág. 21; BUROZ ARISMENDI, René, *Secuestro*, op. cit., págs. 28 y 29; CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. IV, op. cit., pág. 177; DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, actualizado por Juan Pablo DE PINA GARCÍA, 19ª. edic, Editorial Porrúa, México, D.F., 1993; VIQUEIRA HINOJOSA, Antonio, “Secuestro de personas y

E) Concepto de secuestro en los Tratados Internacionales

En el ámbito internacional el concepto de secuestro no está regulado como tal, ni su denominación es secuestro, sino que se usa como sinónimo la “toma de rehenes”³⁸⁷, menoscabándose la libertad ambulatoria, con el objetivo de imponer una o varias exigencias al agraviado³⁸⁸.

El artículo 3.1, letra b), de la Convención de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las armadas en campaña, señala que la toma de rehenes está prohibida. Esta normativa entró en vigor el 21 de octubre de 1950, con el objetivo de proteger a las víctimas de guerra³⁸⁹. El origen de este precepto es derivado de las hostilidades de la segunda guerra mundial, donde el ejército alemán practicaba la retención de personas y amenazaba con su ejecución en caso de resistirse al arresto de los territorios ocupados por el mismo³⁹⁰.

síndrome de Estocolmo”, op. cit., pág. 194; PAX CHRISTI, *La industria del secuestro en Colombia*, op. cit., pág. 11; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 9; CAMPOS AZUARA, Alejandro, *El secuestro económico*, op. cit., pág. 96; SALILLAS, Rafael, *El delincuente español*, op. cit., pág. 508; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 10; CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, actualizado por Guillermo CABANELLAS DE LA CUEVAS, Tomo 7, 29ª. edic, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006, págs. 344 y 345; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 32; FLORES ARNAUD, Gerardo / MARTÍNEZ RÍOS, Selene, “La Política criminal bajo la cínica sombra del secuestro”, *RSP*, número 5, Editorial Ubijus, México, D.F., 2009, pág. 153; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit. pág. 45; AMESCUA CHÁVEZ, Cristina, “El secuestro virtual en el continuum de la violencia. Visibilizar lo que se oscurece”. *Trace*, número 57, México, D.F., junio 2010, pág. 115; ANZIT GUERRERO, Ramiro, *Derecho penal*, op. cit., pág. 148; BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión*, op. cit., págs. 315 y 316; GARCÍA ROVERSI, Susana P., “El rol de la mujer en el delito de secuestro. ¿Delincuente, cómplice o víctima?”, *El perfilador*, número 7, Madrid, marzo 2012, pág. 146; SÁNCHEZ G., Gonzalo (Coord.), *Una Sociedad secuestrada*, Editorial Centro nacional de memoria histórica, Bogotá, 2013, pág. 21.

³⁸⁷ Vid. ABAD CASTELOS, Montserrat, *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional*, op. cit., pág. 91; EAD., “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 501; HEYCK PUYANA, Caterina, *Derecho internacional*, op. cit., pág. 213.

³⁸⁸ Cfr. ABAD CASTELOS, Montserrat, *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional*, op. cit., pág. 80; EAD., “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 468. Aunque esta autora señala que el injusto de secuestro es usado como analogía de la toma de rehenes, en las normativas internas de los países, el problema es que el concepto jurídico del injusto del secuestro es más amplio que la toma de rehenes, pues la toma de rehenes no tiene que incluir necesariamente la coacción a un tercero.

³⁸⁹ Vid. DE SOLÁ DOMINGO, Mercedes, “La Convención internacional contra la toma de rehenes”, *REDI*, vol. XXXV, número 1, Madrid, 1983, pág. 90; Comité internacional de la Cruz Roja, *Los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Editorial Comité internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2012, págs. 37 y 38.

³⁹⁰ Vid. HEYCK PUYANA, Caterina, *Derecho internacional*, op. cit., págs. 211 a 213.

En la misma conjetura que el anterior Convenio Internacional, el Convenio Internacional contra la Toma de Rehenes, de 17 de diciembre de 1979, define al injusto del secuestro como un delito de toma de rehenes³⁹¹, y en su artículo primero señala que comete el delito de toma de rehenes toda persona que se apodere de otro, en calidad de rehén, o la retenga, y amenace con matarla, herirla o mantenerla retenida, a fin de obligar a un tercero, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona física o jurídica, o un grupo de personas, a realización una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén³⁹². La competencia jurídica de este Convenio está estipulada en el artículo 13, señalando que no se aplicará en el caso de que el delito de toma de rehenes (secuestro) haya sido cometido dentro de un solo Estado y el rehén y el presunto delincuente sean nacionales de dicho Estado y el autor se encuentre en el territorio de ese Estado. Así, el ámbito de aplicación de este Convenio es internacional³⁹³.

Asimismo, el Convenio de Washington, de 2 de febrero de 1971, y el Convenio Europeo, de 27 de enero 1977, referente al terrorismo, tipifican los injustos contra las personas y la extorsión, cuando son producidos por grupos terroristas y repercuten en el ámbito internacional. El Convenio de Washington tipifica el injusto del secuestro en los delitos contra las personas; el sustento de esta tipificación estriba en que el Estado tiene la obligación de proteger a sus connacionales, conforme al derecho internacional. En cambio, el Convenio Europeo tipifica el injusto de secuestro igual que el Convenio de Ginebra, es decir, equiparando el delito de toma de rehenes y las detenciones ilegales, catalogado como delito grave³⁹⁴.

De los Convenios anteriores podemos concluir que el injusto del secuestro en el ámbito internacional es sinónimo de “toma de rehenes” y catalogado como delito grave, y asimismo el sistema de clasificación uniforme de los delitos, diseñado por la división de estadísticas de las Naciones Unidas, establece que el injusto del secuestro pertenece al grupos de injustos violentos y se define como

³⁹¹ Vid. ABAD CASTELOS, Montserrat, *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional*, op. cit., pág. 91; EAD., “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 501.

³⁹² Vid. DE SOLÁ DOMINGO, Mercedes, “La Convención internacional contra la toma de rehenes”, op. cit., pág. 90; ABAD CASTELOS, Montserrat, *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional*, op. cit., pág. 92; EAD., “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 516; Convenio internacional contra la toma de rehenes, <http://v.lex.com/vid/internacional-toma-rehenes-67147124>, visto el 29 de septiembre del 2014, a las 20:31 horas.

³⁹³ Vid. DE SOLÁ DOMINGO, Mercedes, “La Convención internacional contra la toma de rehenes”, op. cit., pág. 88; Convenio internacional contra la toma de rehenes, <http://v.lex.com/vid/internacional-toma-rehenes-67147124>, visto el 29 de septiembre del 2014, a las 20:31 horas.

³⁹⁴ DE SOLÁ DOMINGO, Mercedes, “La Convención internacional contra la toma de rehenes”, op. cit., págs. 87 y 88.

reclusión por la fuerza, en la modalidad de “toma de rehenes”³⁹⁵. Siguiendo el criterio anterior, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas define el injusto del secuestro como la acción de detener ilícitamente a una persona o personas en contra de su voluntad con la finalidad de exigir por su liberación un provecho ilícito o cualquier utilidad de tipo económico u otro beneficio de orden material, o a fin de obligar a alguien a que haga o deje de hacer algo³⁹⁶.

II. Modalidades del secuestro

Doctrinalmente no hay una unanimidad en la clasificación típica del injusto del secuestro, pues hay quien lo clasifica por sus modalidades³⁹⁷ y otros los distribuyen en dos grupos, el primero de ellos es el género³⁹⁸, y el segundo es integrado por las modalidades del primer grupo³⁹⁹, que constituye la morfología del tipo nuclear del secuestro. Sin embargo, y de acuerdo al sistema penal español⁴⁰⁰ y mexicano, las modalidades del secuestro del primer grupo sólo integran el secuestro extorsivo, cuya relevancia jurídica será analizada a continuación.

³⁹⁵ Vid. PAX CHRISTI, *La industria del secuestro en Colombia*, op. cit., pág. 105; AÑEZ CASTILLO, María Alejandra / LEONTE HAN-CHEN, Pablo, “Metamorfosis del delito de secuestro”, op. cit., pág. 19.

³⁹⁶ Vid. Cooperación internacional en prevenir combatir y eliminar el secuestro y en prestar asistencia a las víctimas, resolución 2002/16, 37ª sesión plenaria, 24 de julio de 2002, en *Resoluciones y decisiones aprobadas por el Consejo Económico y social en su período de sesiones sustantivo de 2002*, registro E/2002/INF/2/Add.2, Consejo Económico y social de las Naciones Unidas, Viena, 13 de agosto de 2002, pág. 78. Vid. <http://www.cinu.org.mx/negocios/resoluciones.pdf?Open&DS=E/2002/INF/2/>; Naciones Unidas, Oficina contra la droga y el delito, Viena, *Manual de lucha contra el secuestro*, Editorial Naciones Unidas, Nueva York, 2006, pág. 3; AÑEZ CASTILLO, María Alejandra / LEONTE HAN-CHEN, Pablo, “Metamorfosis del delito de secuestro”, op. cit., pág. 19.

³⁹⁷ Cfr. PAX CHRISTI, *La industria del secuestro en Colombia*, op. cit., pág. 12; JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., págs. 22 y sigs; CAMPOS AZUARA, Alejandro, *El secuestro económico*, op. cit., págs. 96 y sigs; Naciones Unidas Oficina contra la droga y el delito Viena, *Manual de lucha contra el secuestro*, op. cit., págs. 3 y sigs; CÓRDOBA LOBO, Fernando, *De terrorismo, secuestros*, op. cit., pág. 86; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., págs. 71 y sigs; FLORES ARNAUD, Gerardo / MARTÍNEZ RÍOS, Selene, “La Política criminal bajo la cínica sombra del secuestro”, op. cit., págs. 153 y sigs; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 57 y sigs; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 36 y sigs; GARCÍA ROVERSI, Susana P., “El rol de la mujer en el delito de secuestro”, op. cit., págs. 62 y sigs.

³⁹⁸ La doctrina que ha clasificado el injusto del secuestro en dos grupos, lo divide; el primero de ellos, es el género o núcleo, a su vez se clasifica en dos: a) secuestro simple y b) secuestro extorsivo, y el segundo grupo es la morfología del secuestro. Vid. BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., págs. 9 y sigs; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., págs. 48 y sigs; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 33; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis jurídico del secuestro*, op. cit., págs. 55 y sigs.

³⁹⁹ Véase las dos notas anteriores.

⁴⁰⁰ Cfr. VIQUEIRA HINOJOSA, Antonio, “Secuestro de personas y síndrome de Estocolmo”, op. cit., pág. 194.

A) Secuestro extorsivo

El secuestro extorsivo es aquel que consiste en la privación de la libertad ambulatoria de un sujeto (rehén), mediante las acciones de encerrar, detener, sustraer, retener u ocultar a una persona, con el propósito de exigir por su libertad del cautivo, algún beneficio de cualquier índole, para que se realice alguna acción con finalidades publicitarias, económicas o de carácter político⁴⁰¹.

A su vez, este tipo de secuestro se subdivide en dos, el primero, secuestro económico y, el segundo, secuestro político⁴⁰².

1. Secuestro económico

El secuestro económico es aquel que consiste en la privación de la libertad ambulatoria del cautivo, que se realiza con la finalidad de obtener beneficios pecuniarios por la liberación del rehén, por lo que requiere el elemento subjetivo del ánimo lucrativo, que viene configurado por la petición del rescate, ya sea monetario o en especie⁴⁰³.

La comisión delictiva de este tipo de secuestro, por lo general, es realizada por grupos de delincuencia organizada, o grupos subversivos⁴⁰⁴, que utilizan las

⁴⁰¹ Vid. BUROZ ARISMENDI, René, *Secuestro*, op. cit., pág. 31; JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., págs. 22 y 23; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 10; Cooperación internacional en prevenir combatir y eliminar el secuestro y en prestar asistencia a las víctimas, resolución E/CN.15/2003/7, 12ª periodo de sesiones, Consejo económico y social de las Naciones Unidas, Tomo 5, Viena, 5 de marzo de 2003, pág. 7. (Accesible en https://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CCPCJ/session/12_Session_2003/CCPCJ_12.html); GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., págs. 50 y 51; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 33; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., pág. 72; HEYCK PUYANA, Caterina, *Derecho internacional*, op. cit., pág. 333; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis jurídico del secuestro*, op. cit., págs. 55 y sigs. Véase también el artículo 169 del Código Penal colombiano, ya que tipifica el secuestro extorsivo, con los mismos elementos objetivos y subjetivos y modalidades, descritos en el párrafo de la nota de cita.

⁴⁰² *Ibidem*.

⁴⁰³ Vid. PAX CHRISTI, *La industria del secuestro en Colombia*, op. cit., pág. 12; JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 23; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 10; CAMPOS AZUARA, Alejandro, *El secuestro económico*, op. cit., pág. 102; SALILLAS, Rafael, *El delincuente español*, op. cit., pág. 508; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 51; Naciones Unidas Oficina contra la droga y el delito Viena, *Manual de lucha contra el secuestro*, op. cit., pág. 4; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 33; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., pág. 72; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 142; HEYCK PUYANA, Caterina, *Derecho internacional*, op. cit., pág. 92; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis Jurídico del secuestro*, op. cit., pág. 56.

⁴⁰⁴ Es muy común que los grupos subversivos realicen este injusto, ya que obtienen grandes ganancias económicas, y las emplean para financiar sus acciones terroristas, por ejemplo, los grupos subversivos como: Fracción Alemana del Ejército Rojo (RAF, Rote Arme

ganancias de la ilicitud para planificar otros delitos de cualquier índole. La principal característica de este ilícito es el beneficio económico de manera rápida y segura, ya que se invierte poco en él, y se obtienen grandes ganancias económicas⁴⁰⁵.

Fraktion), Los Montoneros, el Ejército Popular Revolucionario (ERP), Fuerza Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), Ejército de Liberación Nacional (ELN), Euskadi Ta Askatasuna (ETA), Al Qaeda del Magred Islámico (AQMI), y los insurgentes yihadistas de Pakistán e Irak. Véase CLUTTERBUCK, Ricardo, *Secuestro y rescate*, op. cit., págs. 30, sigs. y 89; ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., págs. 508 y 509; PAX CHRISTI, *La industria del secuestro en Colombia*, op. cit., págs. 34 y sigs; DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica del terrorismo*, Editorial Alianza, Madrid, 2006, pág. 143; ORTEGA, José Antonio, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 21 y sigs; PÉREZ, Kepa, *Secuestros. Todos los secuestros de ETA 1970 a 1997*, Editorial Asociación para la defensa de la dignidad humana, Madrid, 2008, págs. 6 y sigs; LLORENS, Marc / MORENO, Marina. *El secuestro en Latinoamérica. Los ojos de la víctima*, Editorial Creative Commons, Madrid, 2008, pág. 291; REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 41; SOBRINO HEREDIA, José Manuel, *Piratería y terrorismo en el mar*, op. cit., pág. 127; BLANCO CORDERO, Isidoro, “Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado”, en Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª. edic, Editorial La ley, Madrid, 2011, pág. 856; CASTILLO V., María del Pilar / BALBINOTTO, Giacomo, “Las Farc y los costos del secuestro”, *REI*, vol. 14, número 27, segundo semestre, Bogotá, 2011, pág. 153; HEYCK PUYANA, Caterina, *Derecho internacional*, op. cit., pág. 334; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis Jurídico del secuestro*, op. cit., pág. 56; SÁNCHEZ G., Gonzalo (Coord.), *Una Sociedad secuestrada*, op. cit., págs. 24, 167 y sigs; DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, “¿Hasta qué punto convergen el terrorismo global y la criminalidad organizada? Parámetros generales y escenario crítico”, *RIEEE*, 1/20013, págs. 7 y sigs. (accesible en: <http://revista.ieee.es/index.php/ieee/article/view/41/37>). Como también, YAÑEZ ROMÁN, Pedro Luis, “Comentario a: STS 1 marzo de 1976, del artículo 174. 1, párrafo 3º, asociaciones subversivas”, *ADPCP*, Tomo 29, fascículo I, Madrid, 1976, pág. 163; STS 8304/2007, ponente: Francisco MONTERDE FERRER, (Fundamentos de Derecho II, pág. 4): “En la ubicación del zulo localización en una nave industrial situada en el polígono de Gaviria del Barrio de Ventas de la localidad de Irún, Zulo presuntamente utilizado por ETA en varios secuestros”; STS. 2087/2009, ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER, (Antecedentes I, pág. 1): “Mantuvieron una reunión en un lugar indeterminado en la que se habló 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...”; STS 3057/2009, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 368): “El acudir al llamado “impuesto revolucionario” o a la práctica de secuestro o, a cualquier otro tipo de actuación, no son más que pautas concretas a seguir, enmarcadas dentro de la política de actuación de ETA, de las que puede derivar la obtención de fondos, que también se pueden obtener...”. Cfr. CLUTTERBUCK, Ricardo, *Secuestro y rescate*, op. cit., págs. 29 y sigs; CAMPOS AZUARA, Alejandro, *El secuestro económico*, op. cit., pág. 102; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., págs. 55 y 56; CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, op. cit., pág. 345; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 33; CÓRDOBA LOBO, Fernando, *De terrorismo, secuestros*, op. cit., págs. 90 y 91.

⁴⁰⁵ Vid. BARBERO SANTOS, Marino, “El Bandolerismo en la legislación vigente”, op. cit., pág. 272; CLUTTERBUCK, Ricardo, *Secuestro y rescate*, op. cit., págs. 30 y 31; JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 23; Cooperación internacional en prevenir combatir y eliminar el secuestro y en prestar asistencia a las víctimas, resolución 2002/16, op. cit., pág. 77; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 10;

2. Secuestro político

El secuestro político es aquel que es realizado con un propósito exclusivo y de demandas específicas que van encaminadas a amenazar un órgano del poder estatal⁴⁰⁶, o a dar publicidad a acciones de carácter político⁴⁰⁷, como exigir la acción o la omisión de la actividad gubernamental, o demandar la abolición de

CAMPOS AZUARA, Alejandro, *El secuestro económico*, op. cit., pág. 102; Cooperación internacional en prevenir combatir y eliminar el secuestro y en prestar asistencia a las víctimas, resolución E/CN.15/2003/7, op. cit., pág. 9; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., págs. 51 y 55; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., pág. 72; AÑEZ CASTILLO, María Alejandra / LEONTE HAN-CHEN, Pablo, “Metamorfosis del delito de secuestro... op. cit., pág. 22; AÑEZ CASTILLO, María Alejandra / LEONTE HAN-CHEN, Pablo, “La política en Venezuela. Especial referencia a la conflictividades social en torno al delito de secuestro”, op. cit., págs. 33 y 34. (accesible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos>); TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis jurídico del secuestro*, op. cit., pág. 56; AÑEZ CASTILLO, María Alejandra / LEONTE HAN-CHEN, Pablo, *La política en Venezuela. Especial referencia al delito de secuestro*, op. cit., págs. 26 y 28; Cfr. AMESCUA CHÁVEZ, Cristina, “El secuestro virtual en el continuum de la violencia”, op. cit., pág. 115.

⁴⁰⁶ Un ejemplo claro y preciso de esta característica de secuestro, donde se amenaza el poder estatal, es el de los hechos ocurridos en Colombia dentro de los años setenta y ochenta, cuya comisión fue realizada por grupos subversivos, entre ellos el M-19, FARC y ELN. El primero de ellos usaba el secuestro para desestabilizar y presionar al Estado. El FARC, utilizaba este injusto para canjear a los secuestrados por prisioneros que tenía el Estado, de su organización. Y por último, el ELN, realiza el secuestro para tener mayores beneficios en la negociación de paz, es decir, para mejorar su posición en la negociación. También esta forma ilícita ha sido usada por grupos de narcotraficantes, entre ellos el Cartel de Medellín, uso el secuestro como forma de intimidación al gobierno, buscando una negociación para la no extradición. Aunque en sus inicios este Cartel no era un grupo subversivo, desató una alarma colectiva en la sociedad colombiana y mutó a un grupo subversivo, porque las acciones de narcotráfico pasaron a segundo plano, siendo sólo una herramienta económica para la realización de atentados contra las instituciones de gobierno y la sociedad. *Vid.* PAX CHRISTI, *La industria del secuestro en Colombia*, op. cit., págs. 22 y sigs; GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel, *Noticias de un secuestro*, Editorial Random House Mondadori, Barcelona, 1999, (reproducido ahora en 2ª edición facsímil por Debolsillo Editorial, Barcelona, 2010, págs. 30 y sigs; HEYCK PUYANA, Caterina, *Derecho internacional*, op. cit., pág. 334; SANCHEZ G., Gonzalo (Coord.), *Una Sociedad secuestrada*, op. cit., págs. 28, 35, 169 y sigs. Sobre las mutaciones de los grupos subversivos a la delincuencia organizada, véase el estudio de: DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, “¿Hasta qué punto convergen el terrorismo global y la criminalidad organizada?”, op. cit., págs. 11 y sigs.

⁴⁰⁷ Dentro del móvil del secuestro político con finalidades publicitarias, podemos citar, por ejemplo, el secuestro realizado en el año de 1961, donde un grupo conformado aproximadamente por 24 personas, de nacionalidad española y portuguesa, se apoderan de un navío de origen portugués, llamado “Santa María”, perteneciente a la compañía colonial de navegação, cuyo objetivo era divulgar públicamente las dictaduras ibéricas de Oliveira Salazar y de Francisco Franco, en Portugal y en España, al mundo. *Vid.* RECIO GARCÍA, Armanda, “El secuestro del Santa María en la prensa del régimen Franquista”, *RHCS*, número 10, Madrid, 2005, pág. 157 y sigs; SOBRINO HEREDIA, José Manuel, *Piratería y terrorismo en el mar*, op. cit., pág. 110. Cfr. REY CARO, Ernesto J., *Los “delicta juris gentium” contra la seguridad de la aviación civil internacional*, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, República Argentina, 1980, pág. 9.

una medida de carácter gubernamental⁴⁰⁸. La comisión delictiva de este injusto se produce mediante la privación de libertad ambulatoria del rehén, y el captor, demanda al poder estatal una acción u omisión de cualquier índole⁴⁰⁹, pero que sea trascendental entre la conformación del poder Estatal y la ciudadanía⁴¹⁰.

La principal característica de esta modalidad de secuestro⁴¹¹ es la de mantener activo los movimientos subversivos y sus causas, con la finalidad de allegar adeptos a la causa y la publicidad del movimiento extremista⁴¹², ya que

⁴⁰⁸ Vid. BARBERO SANTOS, Marino, “El Bandolerismo en la legislación vigente”, op. cit., pág. 272; BUROZ ARISMENDI, René, *Secuestro*, op. cit., pág. 31; ORTS BERENGUER, Enrique, “El nuevo Artículo 481 del Código penal”, op. cit., pág. 281; MORALES SÁENZ, Julio César, “*Terrorismo y aviación civil*”, en *Liber amicorum. Libro Homenaje al Prof. Luis Tapia Salinas*, Editorial Asamblea general del instituto iberoamericano de Derecho aeronáutico, Madrid, 1989, pág. 195; ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 515; PAX CHRISTI, *La industria del secuestro en Colombia*, op. cit., págs. 12 y 13; JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 23; Cooperación internacional en prevenir combatir y eliminar el secuestro y en prestar asistencia a las víctimas, resolución E/CN.15/2003/7, op. cit., pág. 8; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 10; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 51; Naciones Unidas Oficina contra la droga y el delito Viena, *Manual de lucha contra el secuestro*, op. cit., pág. 4; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 33; CÓRDOBA LOBO, Fernando, *De terrorismo, secuestros*, op. cit., pág. 90; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., pág. 72; REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 89; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 59; ANZIT GUERRERO, Ramiro, *Derecho penal...* op. cit., pág. 154; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis Jurídico del secuestro*, op. cit., págs. 56 y 57; SÁNCHEZ G., Gonzalo (Coord.), *Una Sociedad secuestrada*, op. cit., pág. 35; DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, “¿Hasta qué punto convergen el terrorismo global y la criminalidad organizada?”, op. cit., pág. 18. Por ejemplo, un Comando del Frente Revolucionario Armado del Pueblo, que operaba en México en los años 70, secuestro a los pasajeros de un autobús comercial y demandó a cambio de la liberación de los rehenes, la liberación de dos reos, los hermanos Campaña López, responsables de secuestros y asesinatos, en la región de la Piedad, municipio de Michoacán. Véase ORTEGA, José Antonio, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 33; GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis, “El secuestro en México”, *La gaceta caese*, El secuestro en américa latina, número 18, Bogotá, 2006, pág. 5; LLORENS, Marc / MORENO, Marina. *El secuestro en Latinoamérica*, op. cit., pág. 291. Como también, los secuestros realizados por ETA en el año de 1996, con la intención de cambiar la política penitenciaria. Véase DOMÍNGUEZ IRIBARREN, Florencio, “El enfrentamiento de ETA con la democracia”, en Antonio ELORZA (coord.), *La historia de ETA*, Editorial Temas de Hoy, Madrid, 2006, págs. 397 y sigs.

⁴⁰⁹ La exigencia es de cualquier índole, pero que no sea pecuniaria, ya que ésta es una de las características del secuestro económico. En la misma conjetura HEYCK PUYANA, Caterina, *Derecho internacional*, op. cit., pág. 92.

⁴¹⁰ Vid. HASSEMER, Winfried, “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”, traducción del alemán por Francisco Muñoz Conde, *CPC*, número 18, Madrid, 1982, pág. 478.

⁴¹¹ Véase el artículo de Antonio VIQUEIRA HINOJOSA, donde hace un estudio minucioso del secuestro político, desde el enfoque de la Criminología. VIQUEIRA HINOJOSA, Antonio, “Secuestro de personas y síndrome de Estocolmo”, op. cit., pág. 194 y 195.

⁴¹² El injusto del secuestro realizado por los grupos subversivos es una herramienta en función de su estructura militar, ya que es una especie de entrenamiento real y de movimientos que utilizan para fortalecer la capacidad de logística y estructura de mando que tiene el grupo.

pretende causar un estado de caos en la sociedad donde opera el movimiento subversivo, dejando un estado de inquietud colectivo por el poder y fuerza de sus acciones anti-humanitarias, y dejar a dilucidar la poca eficacia de acción del poder estatal⁴¹³.

Los móviles para realización de este injusto son diversos, pero los más comunes son: “a) Impedir la celebración de un acto judicial contra reos de acciones subversivas, o ejercer coacción sobre el Tribunal juzgador para su absolución; b) Conseguir la libertad o canje de detenidos por actuaciones revolucionarias o contra la seguridad del Estado; c) Provocar estado de tensión entre gobiernos de distintos países, al cometerse el secuestro en otro distinto al de la nacionalidad de la víctima; d) Obtener del rehén la revelación de secreto; o informaciones de interés para su posterior explotación; e) Realizar el secuestro como apoyo de exigencias de tipo laboral y protesta por pretendidas injusticias sociales; f) Forzar a la rendición o pacto de un Gobierno con sus adversarios, a cambio de la vida y libertad de los rehenes; g) Atraer la atención mundial sobre la existencia de pequeños grupos revolucionarios, mediante acciones sin objetivo definido”⁴¹⁴.

B) Secuestro improvisado

El secuestro improvisado es aquel ejecutado por primo-delincuentes, es decir, por criminales sin experiencia y que en su haber criminal no tienen infracciones directas a la norma penal y, por lo general, carecen de educación básica. La comisión delictiva del secuestro, en este caso, es realizado por el ánimo lucrativo del delincuente, ya que las ganancias son redituales en el injusto del secuestro, y creen que la comisión delictiva es fácil y rápida de realizar. La principal característica de este supuesto de secuestro es la de su planeación empírica⁴¹⁵.

La encomienda de las operaciones de campo del secuestro son ejecutadas por los guerrilleros de menor rango de la organización. Además que les permite practicar la tortura y las humillaciones, por lo que, incrementa el rango de peligrosidad del grupo subversivo. *Vid.* SÁNCHEZ G., Gonzalo (Coord.), *Una Sociedad secuestrada*, op. cit., págs. 173 y 174.

⁴¹³ *Vid.* BUROZ ARISMENDI, René, *Secuestro*, op. cit., págs. 31 y 32; CLUTTERBUCK, Ricardo, *Secuestro y rescate*, op. cit., págs. 29 y sigs; CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, op. cit., págs. 345 y sigs; Naciones Unidas Oficina contra la droga y el delito Viena, *Manual de lucha contra el secuestro*, op. cit., pág. 4; AÑEZ CASTILLO, María Alejandra / LEONTE HAN-CHEN, Pablo, *La política en Venezuela. Especial referencia al delito de secuestro*, op. cit., págs. 26; DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, “¿Hasta qué punto convergen el terrorismo global y la criminalidad organizada?”, op. cit., págs. 18. El STS establece que la finalidad de los secuestros políticos realizados por los grupos subversivos es “atentar contra el orden político, alterar la paz pública”. Véase STS 31/2009, ponente Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 8).

⁴¹⁴ VIQUEIRA HINOJOSA, Antonio, “Secuestro de personas y síndrome de Estocolmo”, op. cit., pág. 194.

⁴¹⁵ *Vid.* JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., págs. 23; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 10; ARMIDA, Delia, *Duelo en*

Desde el ámbito de la Criminología, la comisión delictiva del secuestro improvisado es realizada por primo-delincuentes, sujetos sin experiencia criminal, que pueden derivar en un desenlace crítico en el momento de la liberación del rehén, o durante la privación de la libertad, porque pueden perder el control psíquico de la comisión delictiva, ya sea por discusiones internas entre los captores, o entre captor y rehén, derivadas de la poca planificación, desencadenando el abandono de la comisión delictiva, o el temor de ser capturados por las fuerzas del gobierno, pudiendo causar la muerte del rehén⁴¹⁶.

C) Secuestro profesional

El secuestro profesional es aquel perpetrado, por lo general, por grupos organizados⁴¹⁷, ya que es planeado con antelación⁴¹⁸ y se ejecuta conforme al plan, escogiéndose asimismo el perfil de la víctima⁴¹⁹, de acuerdo a los intereses de los captores, ya que puede ser un secuestro económico o político⁴²⁰.

Dentro de las características de la comisión delictiva de este tipo de secuestro, la operación de la sustracción de la libertad es efectuada en zonas urbanas y semiurbanas, pero la privación de la libertad, mediante las acciones de encerrar y detener, es realizada en zonas rurales, impidiendo la localización rápida de la víctima por parte de las autoridades⁴²¹. Por lo que es un secuestro de alto impacto, ya que los familiares de la víctima procuran la localización del rehén, y por ello acuden a los medios de comunicación⁴²² en masa para encontrar

secuestro, op. cit., pág. 74; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis jurídico del secuestro*, op. cit., págs. 68.

⁴¹⁶ Vid. ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., pág. 74.

⁴¹⁷ La realización de este tipo de secuestro es cometido por grupos organizados, ya sea delincuencia organizada o grupos subversivos. Vid. GENTILI, Alberto Adrián María (Coord.), "El delito de secuestro extorsivo en la República Argentina", *La gaceta caese*. El secuestro en américa latina, número 18, Bogotá, 2006, pág. 17; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis jurídico del secuestro*, op. cit., pág. 68.

⁴¹⁸ Este tipo de secuestro tiene un 90 % de éxito. Véase AÑEZ CASTILLO, María Alejandra / LEONTE HANCHEN, Pablo, "La política en Venezuela. Especial referencia a la conflictividades social en torno al delito de secuestro", op. cit., pág. 33.

⁴¹⁹ Véase CLUTTERBUCK, Ricardo, *Secuestro y rescate*, op. cit., págs. 73 sigs. y CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 58 y 59. Ya que estructuran a detalle la planeación y perfil de la víctima.

⁴²⁰ Vid. CLUTTERBUCK, Ricardo, *Secuestro y rescate*, op. cit., págs. 73 sigs; JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., págs. 23; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 10; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., pág. 73; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 58 y 59; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis jurídico del secuestro*, op. cit., págs. 67 y 68.

⁴²¹ *Ibidem*.

⁴²² La utilización de los medios de comunicación en los supuestos de crímenes de alto impacto social provoca un contraángulo, ya que se convierte la información divulgada por éstos en un arma de doble filo, en razón a que puede concienciar a los victimarios, pero a la vez le sirve de información de lo que saben las autoridades sobre el caso criminal y muchas veces desencadena la muerte de la víctima del injusto. Vid. HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de*

a su familiar o para iniciar la negociación para liberación de la víctima⁴²³. Al ser un secuestro de alto impacto y no lograr el objetivo de los captores, el desenlace del secuestro es la muerte de la víctima o la desaparición del cuerpo de la víctima.

D) Secuestro individual

El secuestro individual consiste en la privación de libertad de un solo rehén⁴²⁴, y puede ser cometido por el móvil económico o político, indistintamente, así como de forma profesional o improvisada⁴²⁵, ya que su comisión es susceptible de realizarse durante todo el periodo de la ejecución criminal y hasta la consumación.

E) Secuestro colectivo

El secuestro colectivo consiste en la privación de libertad plurisubjetiva de varios rehenes, ya que la cantidad de víctimas es mayor a dos. Es fundamentalmente cometido por el móvil económico o político, indistintamente. Este tipo de secuestro sólo puede ser efectuado por grupos, ya sea subversivos o delincuencia organizada, ya que es un tipo de secuestro profesional, y requiere una amplia planeación previa a la ejecución delictiva. La comisión de este delito puede producirse en aviones, escuelas, embajadas, o lugares donde haya concurrencia⁴²⁶.

III. Morfología del secuestro⁴²⁷

A) *Kidnapper*

El origen de esta palabra proviene del inglés (*kidnap*) secuestro, y del vocablo (*nap*) a un niño, de modo que unidos los vocablos es secuestro de niño. Este término se originó en el año de 1678 en el campo de la Criminología, ya que

la víctima. *Compendio de Victimología*, Prólogo del Prof. Dr. Miguel POLAINO NAVARRETE, Editorial Edersa, Madrid, 1996, pág. 223; Naciones Unidas Oficina contra la droga y el delito Viena, *Manual de lucha contra el secuestro*, op. cit., pág. 20.

⁴²³ Vid. ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., pág. 73.

⁴²⁴ Vid. ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., pág. 80.

⁴²⁵ Cfr. *Ibidem*, esp. pág. 81.

⁴²⁶ Vid. PAX CHRISTI, *La industria del secuestro en Colombia*, op. cit., págs. 31 y 32; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., pág. 80.

⁴²⁷ Utilizo la palabra morfología, porque Antonio QUINTANO RIPOLLÉS usa esta palabra para la clasificación de la inmensa gama de división y subdivisión del delito de la Criminología, lo interesante en ella, en materia de clasificación, es la consideración objetiva haciendo relación al bien jurídico violado por el sujeto activo. El bien jurídico debe ser protegido por la norma general, que son las que caracterizan el origen criminal y en atención a la peculiaridad de la norma es donde puede hallarse base para una clasificación objetiva del delito. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, tomo I, Editorial Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1995, págs. 157 y sigs.

en Inglaterra existían grupos de delincuentes organizados que raptaban a niños, para venderlos en los Estados Unidos de América como fuentes laborales. Posteriormente, el móvil de los delincuentes mutó en su elemento subjetivo, ya que no secuestraban a los niños sus propios padres para venderlos, sino que los usaban como medio para conseguir el rescate⁴²⁸, por lo que la palabra *kidnapper* tuvo una morfología delictiva, quedando como *kidnapping* en el verbo pretérito, que hoy en día es un secuestro económico, cuyo sujeto pasivo es un menor de edad⁴²⁹.

En el ámbito de la Política criminal, este injusto del secuestro de niños con fines lucrativos ha estado tipificado en diversas legislaciones a través de la historia jurídica⁴³⁰, por ejemplo, España tipificó el robo de menor por rescate⁴³¹, y México lo tipificó⁴³² como plagio, si bien dichas tipificaciones son un tipo cualificado del tipo básico del injusto del secuestro. En la actualidad legislativa de estos países el tipo cualificado de secuestro de niños aumentó la edad de protección del sujeto pasivo, hasta la mayoría de edad⁴³³. Es un tipo cualificado

⁴²⁸ Las bandas italianas son las que se especializaron en la comisión delictiva de este injusto. *Vid.* CLUTTERBUCK, Ricardo, *Secuestro y rescate*, op. cit., pág. 232.

⁴²⁹ *Vid.* QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, “La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores”, *ADPCP*, tomo 14, Fascículo I, Madrid, 1961, pág. 7; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo I, vol. II, op. cit., pág. 933; CLUTTERBUCK, Ricardo, *Secuestro y rescate*, op. cit., pág. 18; MIDDENDORFF, Wolf, *Rapto, toma de rehenes, secuestro de personas y aviones*, op. cit., pág. 83; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 7; CAMPOS AZUARA, Alejandro, *El secuestro económico*, op. cit., pág. 96.

⁴³⁰ El Código penal alemán de 1936, en el parágrafo 239, sancionaba con pena de muerte por el solo hecho de la sustracción del menor con ánimo de rescate. En cambio, el Código penal francés de 1937, en el artículo 355, prevé la última pena en los casos de la muerte del menor. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, “La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores”, op. cit., págs. 7 y 8; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo I, vol. II, op. cit., págs. 933 y 934. *Vid.* MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 98; CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. II, op. cit., pág. 496; MERKEL, Adolf, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 43.

⁴³¹ *Vid.* GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870*, tomo VI, op. cit., págs. 78 y 79. Ya que este autor, escribe un caso que sucedió en España, donde un niño de cinco años de edad fue llevado por engaños a un lugar solitario y allí recluido. Su madre recibió por escrito el precio por la liberación del niño, si no cumplía con el rescate, le darían muerte, y así fue como concluyó el hecho delictivo. En la misma conjetura, VIQUEIRA HINOJOSA, Antonio, “Secuestro de personas y síndrome de estocolmo”, op. cit., pág. 200.

⁴³² Véase el Capítulo I páginas 58 y 62. Como también, MARTÍNEZ DE CASTRO, Antonio, *Código penal para el Distrito federal*, op. cit., págs. 56 y 57; MORENO, Antonio de P., *Curso de Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 390; JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 145; JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., págs. 65, 110 y sigs; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 27; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 13; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 44; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 23 y 25.

⁴³³ Véase en Capítulo I páginas 51 y 82. En el mismo contexto, JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 476 y sigs; POLAINO NAVARRETE,

en razón a la especial vulnerabilidad de la víctima, ya que el menor de edad sufrirá un mal innecesario derivado de la privación de libertad, que podrá durar por toda su vida, además de que el menor por su edad es incapaz de defenderse de algún mal social, estando por tal motivo expuesto⁴³⁴.

La comisión delictiva de este injusto cualificado estriba en que es más fácil realizar la ejecución del secuestro al no oponer resistencia el sujeto pasivo de la acción, y además el rescate se entrega con prontitud, ya que los padres no ofrecen restricción por el pago del rescate, ya que está en peligro su hijo y están dispuestos a pagar grandes cantidades de dinero por la liberación del mismo. Otra ventaja para la comisión de este injusto es que los padres no interponen denuncia alguna, por el estado de zozobra que padecen derivada del injusto del secuestro o por la amenaza de un mal futuro⁴³⁵.

Las características de este injusto estriban en que el mismo puede ser realizado por grupos organizados (subversivos o delincuencia organizada), por lo que sería un secuestro profesional, por el estudio previo que se requiere de escoger a la víctima idónea, aunque hay casos que son improvisados, al aprovechar el momento, pero escasos. Por lo general, es un secuestro individual, y normalmente el móvil de comisión delictiva es económico, pero también podría ser ejecutado por el móvil político, al secuestrar al hijo(a) de un mandatario de algún gobierno.

B) Secuestro exprés

El secuestro exprés es una nueva modalidad del tipo básico del secuestro, por lo menos en la legislación mexicana, ya que está tipificado como uno de los tipos de la comisión delictiva del injusto del secuestro⁴³⁶. Se puede definir como

Miguel, “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., págs. 154 y sigs; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 232 y 233.

⁴³⁴ Vid. MARTÍNEZ DE CASTRO, Antonio, *Código penal para el distrito federal*, op. cit., págs. 56 y 57; MORENO, Antonio de P., *Curso de Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 390; JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 145; JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., págs. 111 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., págs. 156 y 157; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., págs. 32, 154 y sigs.

⁴³⁵ Vid. MIDDENDORFF, Wolf, *Rapto, toma de rehenes, secuestro de personas y aviones*, op. cit., págs. 89 y sigs; VIQUEIRA HINOJOSA, Antonio, “Secuestro de personas y síndrome de estocolmo”, op. cit., págs. 198 y sigs; PAX CHRISTI, *La industria del secuestro en Colombia*, op. cit., págs. 32 y 33. Sobre más ejemplos de secuestros de niños ver a CLUTTERBUCK, Ricardo, *Secuestro y rescate*, op. cit., págs. 232 y sigs.

⁴³⁶ Véase páginas 74, 75 y 82, como también el artículo 9 d), de la ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recordemos que la tipificación del secuestro exprés la fundamentación de la tipificación y punición del ilícito penal es derivado a razones político criminales, entre ellos dar respuesta inmediata a las peticiones realizadas por la sociedad por la comisión reiterada de este ilícito, además con la creación de este tipo penal y considerado como tipo cualificado de la privación de la libertad, se instaura en

la retención de una o más personas, por un lapso corto de tiempo, equivalente a horas, durante el cual los sujetos activos exigen una mínima cantidad de dinero, a la víctima del injusto o un tercero (familiar), para su liberación. También puede cometerse con la privación de la libertad, durante la cual la víctima sustraiga de un cajero automático la cantidad máxima del capital permitida por la entidad bancaria, o incluso despojando a la víctima de sus pertenencias durante la privación de libertad⁴³⁷.

En la legislación mexicana, el secuestro exprés integra un tipo especial⁴³⁸ del tipo básico del injusto del secuestro⁴³⁹, cuyos componentes son: privación de la libertad, mediante la acción de encierro o detener, y por un tiempo necesario

el catálogo de delitos graves, por lo que el delincuente no podrá acceder a los beneficios penitenciarios. Así mismo se intenta dar resolución al problema concursal presentado entre si es una acción contra la privación ilegal de la libertad, o un robo con violencia o una simple extorsión, ya que en la praxis judicial suscitaba controversias de ámbito concursal. Cfr. BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión*, op. cit., pág. 403

⁴³⁷ Vid. JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 16; Cooperación internacional en prevenir combatir y eliminar el secuestro y en prestar asistencia a las víctimas, resolución E/CN.15/2003/7, op. cit., pág. 8; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., págs. 10 y 11; CAMPOS AZUARA, Alejandro, *El secuestro económico*, op. cit., pág. 101; VILLADA, Jorge Luis, *Secuestro extorsivo. Ley 25.742*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2004, pág. 20; GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis, “El secuestro en México”, op. cit., págs. 5; MARCHISIO, Adrián (Director), *El secuestro extorsivo en la República Argentina*, op. cit., págs. 39, 40 y 233; Naciones Unidas Oficina contra la droga y el delito Viena, *Manual de lucha contra el secuestro*, op. cit., pág. 6; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 33; ORTIZ MAYAGOITIA, Guillermo I. (Coord.), *Reseñas del pleno y de las salas. Secuestro express*, op. cit., págs. 8 y sigs; FLORES ARNAUD, Gerardo / MARTÍNEZ RÍOS, Selene, “La Política criminal bajo la cínica sombra del secuestro”, op. cit., pág. 153; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., págs. 77 y 78; ARELLANO TREJO, Efrén, *Secuestro actualización del marco jurídico*, op. cit., págs. 7 y 8; AÑEZ CASTILLO, María Alejandra / LEONTE HAN-CHEN, Pablo, “Metamorfosis del delito de secuestro”, op. cit., pág. 24; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 56; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 40; AMESCUA CHÁVEZ, Cristina, “El secuestro virtual en el continuum de la violencia”, op. cit., pág. 115; BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión*, op. cit., págs. 402 y 403; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis jurídico del secuestro*, op. cit., págs. 58 y sigs; EUNAT, *Estrategias de prevención y respuesta. Secuestro, toma de rehenes, extorsión*, Oficina de publicidad de la unión europea, Luxemburgo, 2012, pág. 26. Véase la Sentencia del Tribunal Supremo 8158/2009, ponente: Miguel COLMERO MENÉNDEZ DE LUARCA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 29): “Secuestro exprés: este tipo de actividad delictiva se caracteriza por retener con violencia a la víctima, generalmente representantes de joyería y empresarios, durante unas horas que consiguen sustraer los objetos de valor que les interese”.

⁴³⁸ Se considera que es un tipo especial, porque el legislador creó este injusto, para dar solución al problema concursal entre el secuestro, robo y extorsión, con el cual se pretende sancionar la privación de libertad. Vid. ORTIZ MAYAGOITIA, Guillermo I. (Coord.), *Reseñas del Pleno y de las Salas. Secuestro express*, op. cit., pág. 14; ARELLANO TREJO, Efrén, *Secuestro actualización del marco jurídico*, op. cit., págs. 8 y 32.

⁴³⁹ Véase las páginas 74 y 82 del capítulo I; como también, ORTIZ MAYAGOITIA, Guillermo I. (Coord.), *Reseñas del pleno y de las salas. Secuestro express*, op. cit., pág. 13. Cfr. MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 41, 144 y 145.

para cometer los injustos de robo, extorción, o la obtención de algún beneficio económico⁴⁴⁰. Por lo tanto, el título de imputación es el dolo, que se adiciona con el ánimo lucrativo, por la intencionalidad del sujeto activo de obtener algún beneficio económico, robo o extorción⁴⁴¹. El bien jurídico de este injusto es la libertad física de tránsito o locomoción de las personas, es decir, su libertad ambulatoria y la seguridad del patrimonio⁴⁴² del sujeto pasivo o de sus familiares⁴⁴³. Estamos ante un delito permanente, ya que su ejecución comienza desde el momento que se priva de la libertad al sujeto pasivo del injusto, y la consumación se prolonga en el tiempo hasta el último acto de ejecución del injusto⁴⁴⁴. La pena de este injusto es de cuarenta a ochenta años de prisión y de mil a cuatro mil días multa.

Estamos ante un injusto pluriofensivo, ya que comporta el menoscabo de dos bienes jurídicos, el primero, el de la libertad ambulatoria, el segundo, el del patrimonio de la víctima o de sus familiares. Sin embargo, la pluriofensividad de este injusto provoca grandes dificultades y ha dado lugar a graves disparates en la praxis jurídica, ya que es muy discutida la temporalidad de la privación de la libertad, dado el caso de que es necesario que la privación ambulatoria no

⁴⁴⁰ Vid. Tesis Aislada, registro 167624, tesis I.7o.P.112P, ponente: Carlos Hugo LUNA RAMOS, “Secuestro exprés. El hecho de que se actualice este delito no excluye la posibilidad de acreditar en forma autónoma los tipos penales básicos de robo o extorción (legislación del distrito federal)”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, tomo 29, materia penal, Novena época, marzo del 2009, pág. 2875; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 144.

⁴⁴¹ Vid. Jurisprudencia, registro 164683, tesis 1ª./J. 138/2009, ponente: Sergio A. VALLS HERNÁNDEZ, “Secuestro exprés. El hecho de que se actualice este delito no excluye la posibilidad de acreditar en forma autónoma los tipos penales básicos de robo o extorsión (legislación del distrito federal)”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, tomo 31, materia penal, Novena época, abril 2010, pág. 318; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 144.

⁴⁴² Vid. Tesis aislada de la primera sala SCJN, registro 160643, tesis 1ª. CCXXXVI/2011 (9ª), ponente: Guillermo I. ORTIZ MAYAGOITA, “Secuestro exprés. El artículo 163 bis del Código penal para el distrito federal que lo sanciona, no trasgrede la garantía de proporcionalidad en materia penal (test de proporcionalidad en materia penal)”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, Libro II, tomo 1, materia constitucional, Décima época, noviembre 2011, pág. 209: “El legislador al tipificar el secuestro exprés, buscó proteger un Derecho fundamental de igual valor al restringido, como es la libertad de las personas y adicionalmente su patrimonio; asimismo, buscó desalentar su comisión, pues ésta se ha vuelto excesiva; ciertamente, estableció una medida aflictiva de la libertad rigurosa para la finalidad buscada, pero idónea, porque de esa manera buscó proteger a la sociedad”. Cfr. MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 41.

⁴⁴³ Vid. Jurisprudencia, registro 164683, tesis 1ª./J. 138/2009, ponente: Sergio A. VALLS HERNÁNDEZ: “Secuestro exprés. El hecho de que se actualice este delito no excluye la posibilidad de acreditar en forma autónoma los tipos penales básicos de robo o extorsión (legislación del distrito federal)”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, tomo 31, materia penal, Novena época, abril 2010, pág. 318.

⁴⁴⁴ Vid. Tesis Aislada, registro 167624, tesis I.7o.P.112P, ponente: Carlos Hugo LUNA RAMOS, op. cit., pág. 2875.

exceda de las 24 horas⁴⁴⁵, si no, ya estaríamos ante el supuesto del tipo básico del secuestro. El secuestro exprés es un esbozo actual del antiguo delito del secuestro bajo rescate⁴⁴⁶, ya que contempla los mismos elementos constitutivos de la acción criminal, y cuya solución para eliminar el problema en la praxis jurídica de este injusto y la proliferación de injustos pluriofensivos⁴⁴⁷ es la aplicación de la normativa de los concursos⁴⁴⁸, ya sea concurso de delitos⁴⁴⁹ real⁴⁵⁰, ideal, o

⁴⁴⁵ En la doctrina que sustenta la tipificación del secuestro exprés no establece con exactitud la temporalidad de la privación de la libertad ambulatoria, ya que la mayoría lo señala como periodo corto de tiempo, equivalente a horas, por lo que no podrá exceder de 12 horas, ni inferior a 5 horas, ya que la finalidad del sujeto activo es el robo y la extorsión a los familiares de la víctima. *Vid.* BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., págs. 10 y 11; CAMPOS AZUARA, Alejandro, *El secuestro económico*, op. cit., pág. 101; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., págs. 51 y sigs; Naciones Unidas Oficina contra la droga y el delito Viena, *Manual de lucha contra el secuestro*, op. cit., pág. 6; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 33; ORTIZ MAYAGOITIA, Guillermo I. (Coord.), *Reseñas del pleno y de las salas. Secuestro express*, op. cit., págs. 13 y 14; FLORES ARNAUD, Gerardo / MARTÍNEZ RÍOS, Selene, “La Política criminal bajo la cínica sombra del secuestro”, op. cit., pág. 153; AMESCUA CHÁVEZ, Cristina, “El secuestro virtual en el continuum de la violencia”, op. cit., pág. 115; CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 56; EUNAT, *Estrategias de prevención y respuesta*, op. cit., pág. 26; AÑEZ CASTILLO, María Alejandra / LEONTE HANCHEN, Pablo, *La política en Venezuela. Especial referencia al delito de secuestro*, op. cit., págs. 27 y 46.

⁴⁴⁶ Véase las páginas 26 y siguientes de los Códigos penales españoles, correspondientes al capítulo I. Los Códigos españoles que tipificaban el robo bajo rescate son 1848, 1850, 1870, 1928, 1932, 1944 y la reforma de 1980.

⁴⁴⁷ Francesco ANTOLISEI, propone que la solución para los injustos pluriofensivos, que la consideración de la objetividad jurídica, en la organización de la parte especial, debe ser revisada, conjugándose esta consideración del bien jurídico lesionado con la subjetividad del deber infringido, así como otras notas concurrentes: medios, tiempo, lugar, móvil, etc., lo que permitirá una sistematización más satisfactoria; sin contar con la existencia de delitos pluriofensivos, que atentan a la vez, contra diferentes bienes jurídicos, como, por ejemplo, el secuestro bajo rescate. Habrá que atender, de manera decisiva, a la “ratio” de la norma incriminadora; sin que pueda aceptarse sin condiciones el extendido criterio, en el caso de multiplicidad de intereses de considerar prevalente en la escala penal de valores a aquél que el legislador coloca en primer lugar en el Código. Tampoco puede darse pleno valor vinculante a los epígrafes o rúbricas enunciativos de las diversas infracciones, cuyo significado, no obstante provenir del mismo legislador y revestir carácter oficial, no puede ser sino meramente orientador. *Vid.* DE MIGUEL GARCILÓPEZ, Adolfo, “Recensión a: Francesco ANTOLISEI, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*”, *ADPCP*, tomo 6, fascículo III, Madrid, 1953, pág. 644; ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal. Parte general*, revisado y actualizado por Luigi CONTI, traducción del italiano por Jorge GUERRERO / Mariano AYERRA REDÍN, 8ª. edic, Editorial Temis, Bogotá, 1988, pág.126 y 127; en el mismo sentido, WOLF, Erik, *Las categorías de la tipicidad. Estudios previos sobre una doctrina general de la Parte especial del Derecho penal*, traducción del alemán por María del Mar CARRASCO ANDRINO, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2005, págs. 10 y sigs. Cfr. TORIO LÓPEZ, Ángel, “Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito”, *ADPCP*, tomo 42, Fascículo II, Madrid, 1989, pág. 498; RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, “Prólogo”, en Francisco CARNELUTTI, *Teoría general del delito*, traducción del italiano por W. ROCES, Editorial Reus, Madrid, 2007, págs. 12 y sigs.

⁴⁴⁸ Me adhiero a la propuesta de MARTIÑÓN CANO, al mencionar que la tipificación del “secuestro exprés causa más problemas que soluciones por lo que es inconveniente adoptarlo y en las legislaciones que ya lo han probado y sufrido, deben desterrarlo del Código penal y en su

como antiguamente se hacía la absorción normativa del delito con mayor punición⁴⁵¹, o del delito principal o medial por el delito fin⁴⁵².

lugar aplicar las reglas de concurso, pues no es una conducta que rebele una especial antijuricidad distinta a la que consideran los delitos de secuestro, robo y extorsión”. MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 146. Sobre la problemática de la doble tipificación o la interconexión que tiene el in justo del secuestro con el injusto del robo, véase el estudio realizado por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con tomas de rehenes o intimidatorio: Cuestiones concursales”, *Estudios penales y criminológico*, tomo XI, Universidad de Santiago, Santiago de Compostela, 1988, págs. 224 y sigs. También en ID, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidación: cuestión concursales”, *Estudios penales*, Editorial PPU, Barcelona 1991, págs. 361 y sigs; Cfr. GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 54; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 59 y 60; ORTIZ MAYAGOITIA, Guillermo I. (Coord.), *Reseñas del pleno y de las salas. Secuestro express*, op. cit., págs. 5 y sigs.

⁴⁴⁹ Véase página 49 y 66. Vid. ORTS BERENGUER, Enrique, “El nuevo Artículo 481 del Código penal”, op. cit., págs. 286 y sigs; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, vol. I, op. cit., pág. 139; CHIRINOS RIVERA, Sonia, “El delito de robo con toma de rehenes. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1986”, op. cit., págs. 126 y sigs; PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., págs. 505 y 506; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: Cuestiones concursales”, op. cit., págs. 227 y sigs; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “El robo con toma de rehenes”, op. cit., págs. 806 y sigs.; COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Manual de Derecho penal*, op. cit., págs. 174 y sigs; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: Cuestiones concursales”, op. cit., págs. 361 y sigs; GONZÁLEZ RUS, Juan José, “Los Robos”, en Manuel COBO DEL ROSAL (Dirigido), *Manual de Derecho penal. Delitos contra la propiedad*, vol. 2, op. cit., págs. 93 y 94; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / PÉREZ MANZANO, Mercedes / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Manual de Derecho penal. Delitos patrimoniales y económicos*, op. cit., pág. 150 y 152; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., págs. 36 y sigs; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 144 y 145.

⁴⁵⁰ Vid. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: Cuestiones concursales”, op. cit., págs. 317 y sigs; BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión*, op. cit., pág. 403.

⁴⁵¹ En el mismo sentido, ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 370; CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, op. cit., págs. 650 y sigs; SÁNCHEZ-TEJERINA, Isaías, *Derecho penal español*, op. cit., págs. 362 y 363; DÍAZ PALOS, Fernando, Los delitos en especie, op. cit., pág. 55; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, tomo I, vol. II, op. cit., pág. 926; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo II, op. cit., pág. 445; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: Cuestiones concursales”, op. cit., págs. 243 y sigs. Como también la Tesis aislada, registro 234399, ponente: Manuel RIVERA SILVA: “Secuestro y asalto, absorción entre los delitos de prevaleciendo el primero”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, materia penal, volumen 169-174, segunda parte, séptima época, 14 de febrero de 1983, pág. 149.

⁴⁵² Véase las páginas 26 y 31 del presente trabajo. Vid. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870*, tomo V, op. cit., pág. 567; MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 98; SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo IV, op. cit., págs. 45, 46, 270 y 271; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo I, vol. II, op. cit., pág. 892 y sigs; CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. II, op. cit., págs. 326 y sigs.; ID., *Programa de Derecho*

Aunque en España⁴⁵³ no esté específicamente tipificado este injusto del secuestro exprés, no quiere decir que no se realice en términos criminológicos la comisión delictiva de dicho supuesto delictivo, por lo que la jurisprudencia⁴⁵⁴ y la doctrina resuelven la comisión delictiva mediante el concurso, ya sea un concurso entre detención ilegal, secuestro, robo, amenazas, etc⁴⁵⁵.

Las características criminológicas de este injusto revelan que el mismo puede ser realizado por grupos organizados, pero puede también ser ejecutado por un delincuente particular común⁴⁵⁶, y que admite la posibilidad de ser un secuestro semi-profesional⁴⁵⁷ o improvisado, ya en la praxis jurídica se aprecia que se perpetran las dos formas de comisión, si bien por lo general es un secuestro improvisado⁴⁵⁸, siendo la víctima del injusto es escogida al azar. Aunque normalmente es un secuestro individual, sin embargo, hay estadísticas de

criminal, vol. IV, op. cit., pág. 161 y 180; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, tomo III, op. cit., págs. 202, 344 y 345; CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, tomo I, op. cit., págs. 456 y sigs; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo II-B, op. cit., pág. 234 y sigs.

⁴⁵³ Vid. Cooperación internacional en prevenir combatir y eliminar el secuestro y en prestar asistencia a las víctimas, resolución E/CN.15/2003/7, op. cit., pág. 8; Delia ARMIDA señala que la comisión delictiva del secuestro exprés es importado a España por la mafia rusa, ya que es realizado por los sicarios de esta organización en Cataluña, Madrid, Barcelona y la Costa del Sol. ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., págs. 77 y 78.

⁴⁵⁴ Véase la sentencia del tribunal supremo 8158/2009, ponente: Miguel COLMERO MENÉNDEZ DE LUARCA, (fundamentos de Derecho II, pág. 29): “Secuestro exprés”, este tipo de actividad delictiva se caracteriza por retener con violencia a la víctima, generalmente representantes de joyería y empresarios, durante unas horas que consiguen sustraer los objetos de valor que les interese”.

⁴⁵⁵ Vid. Diego- Manuel LUZÓN PEÑA, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con tomas de rehenes o intimidatorio: Cuestiones concursales”, op cit., ya sea de la edición publicada en *Estudios penales y criminológico*, tomo XI, Universidad de Santiago, Santiago de Compostela, 1988, págs. 224 y sigs, o en la de *Estudios penales*, Editorial PPU, Barcelona 1991, págs. 361 y sigs.

⁴⁵⁶ Vid. CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 56.

⁴⁵⁷ Este tipo de injusto puede ser realizado de forma semi-profesional ya que los delincuentes hacen un estudio visual de la posible víctima del injusto, a razón de escoger a una víctima idónea que les pueda generar una ganancia equivalente a los 500 euros o superior, ya que escogen a la víctima por lo menos unas 3 o 4 horas antes de la ejecución del injusto. El estudio visual consiste en el aspecto físico, la ropa que llevan, las joyas que usan, reloj, celular o móvil, el automóvil que utilizan la posible víctima, vigilan a la víctima dentro del lugar donde se encuentra y esperan el momento oportuno donde pueden sustraerla de su libertad, para consumir el delito. Vid. ARELLANO TREJO, Efrén, *Secuestro actualización del marco jurídico*, op. cit., pág. 5; REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 87; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis Jurídico del secuestro*, op. cit., pág. 65. Cfr. MARCHISIO, Adrián (Director), *El secuestro extorsivo en la República Argentina*, op. cit., págs. 40 y 233.

⁴⁵⁸ Vid. Cooperación internacional en prevenir combatir y eliminar el secuestro y en prestar asistencia a las víctimas, resolución E/CN.15/2003/7, op. cit., pág. 5; MARCHISIO, Adrián (Director), *El secuestro extorsivo en la República Argentina*, op. cit., págs. 40 y 233; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., pág. 78; AÑEZ CASTILLO, María Alejandra / LEONTE HAN-CHEN, Pablo, “Metamorfosis del delito de secuestro”, op. cit., págs. 24 y 29.

la ejecución de secuestro colectivo⁴⁵⁹, de modo más minoritario, y el móvil de la comisión delictiva es económico⁴⁶⁰.

C) Secuestro aéreo

La terminología de este injusto ha sido muy discutida en el ámbito doctrinario del Derecho aeronáutico y en el Derecho internacional, ya que el mismo ha sido denominado⁴⁶¹ como: secuestro aéreo, secuestro de avión, piratería aérea⁴⁶², apoderamiento ilícito⁴⁶³. Sin embargo, en rigor, se trata de dos delitos distintos pero que lesionan de manera accesoria la libertad ambulatoria de la tripulación y pasajeros del avión, de donde proviene la denominación de secuestro aéreo⁴⁶⁴. Dentro de las modalidades en que puede realizarse, son de

⁴⁵⁹ El primer caso de secuestro exprés perpetrado en México realizado en 2000 fue un tipo de secuestro semi-profesional y colectivo, toda vez que se secuestró a una pareja de novios que se encontraban en una discoteca del Distrito Federal. *Vid.* JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., págs. 46 y 47; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis jurídico del secuestro*, op. cit., págs. 63 y 64.

⁴⁶⁰ *Vid.* GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., págs. 51 y sigs; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis jurídico del secuestro*, op. cit., págs. 63 y sigs; AÑEZ CASTILLO, María Alejandra / LEONTE HANCHEN, Pablo, *La política en Venezuela. Especial referencia al delito de secuestro*, op. cit., pág. 46.

⁴⁶¹ *Vid.* MOSQUETE, Diego, “Recensión a: Enrique MAPELLI Y LÓPEZ, Consideraciones sobre la extorsión de aeronave”, *ADPCP*, tomo 22, fascículo III, Madrid, 1969, pág. 641 y 642; MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, op. cit., págs. 20 y sigs; BUROZ ARISMENDI, René, *Secuestro*, op. cit., pág. 5; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 38.

⁴⁶² En contra de esta tipología de piratería aérea, véase Luis TAPIA SALINAS, que critica este concepto, estableciendo que obligar a cambiar la ruta a una aeronave mediante coacción o amenaza de realización de un mal a la tripulación o a los pasajeros no puede recibir, por inapropiado, la denominación de “piratería” pues aparte del marcado sabor maritimista de la expresión, vinculada con tradiciones y determinadas épocas históricas es sabido que el término “piratería” supone en la casi totalidad de los casos y entre otras condiciones, una actividad y violencia realizada desde fuera del buque o nave por medio de la intimidación desde tierra o desde otro buque o aeronave o por medio del abordaje. TAPIA SALINAS, Luis, *Curso de Derecho aeronáutico*, con la colaboración de Luis TAPIA FRANCO, Editorial Bosch, Barcelona, 1980, pág. 501. En el mismo sentido, ANTÓN ONECA, José, “Recensión a: José Antonio SAINZ CANTERO, Aspectos criminológicos y jurídicos del secuestro de aeronaves”, *ADPCP*, tomo 25, fascículo I, Madrid, 1972, pág. 205; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El delito de piratería”, *ADPCP*, tomo 50, fascículo I, Madrid, 1997, pág. 220. Cfr. BASSIUNI, Cherif, “El Derecho penal internacional. Historia, objetivos y contenido”, traducción del inglés por José L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *ADPCP*, tomo 35, fascículo I, Madrid, 1982, págs. 28 y 29; MC WHINNEY, Edward, *Aerial piracy and international terrorism. The illegal diversion of aircraft and international law*, 2ª. edic, Editorial Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987, págs. 5 y sigs.

⁴⁶³ Véase la monografía de Enrique MAPELLI LÓPEZ, quien realiza un estudio muy minucioso sobre el apoderamiento ilícito de aeronaves. MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, op. cit., págs. 1 y sigs.

⁴⁶⁴ El mi opinión es erróneo llamarlo secuestro aéreo, sin embargo, estamos analizando la morfología del injusto del secuestro desde el plano de la Criminología y, siguiendo mi postulado del injusto del secuestro, es erróneo terminarlo como secuestro aéreo, porque la finalidad o móvil no es atentar contra la libertad ambulatoria de los sujetos pasivos que se encuentran dentro de avión, sino usar a los pasajeros y tripulación como rehenes para conseguir

considerar el apoderamiento ilícito de aeronave y la piratería aérea⁴⁶⁵: la primera de ellas consiste en tomar el mando de la aeronave, es decir, el control total de la operación del vuelo, pero dentro de la aeronave, siendo el sujeto activo del injusto es miembro de la tripulación o pasajero⁴⁶⁶, y la piratería aérea constituye todo daño o destrucción de la aeronave, ya sea ocasionado con violencia, intimidación o engaño, o atentando contra las personas, cargamento o bienes que se encuentran a bordo de la aeronave. En la piratería se ejecuta el abordaje a la aeronave⁴⁶⁷, pero hoy en día es poco factible⁴⁶⁸, que se realice en pleno vuelo, si bien en todo caso sería piratería aérea si se coacciona al piloto de la aeronave para cambiar de dirección o se realiza un atentado contra la aeronave no encontrándose el sujeto activo dentro de la aeronave, pero procediendo a coaccionar a los miembros de la tripulación para que realicen algo o dejen de realizar las operaciones normales durante el vuelo⁴⁶⁹.

Una vez delimitados conceptualmente el apoderamiento ilícito y la piratería aérea, me limitaré a establecer sus respectivos elementos de constitución delictiva empezando por el apoderamiento ilícito.

1. Apoderamiento ilícito de aeronave

Se ha definido tal supuesto delictivo como “el apoderamiento ilícito de aeronave como un delito internacional atentatorio a la libre comunicación de los pueblos y a la seguridad de la navegación aérea, que se comete mediante la violencia o intimidación que se realizan sobre personas o cosas, a fin de someter al control del agente una aeronave comercial en vuelo que ha perdido la

un objetivo, es decir, considerando a éstos como meras herramientas para el logro final, además de que dicha figura delictiva está tipificada en los Tratados internacionales como piratería aérea, o apoderamiento ilícito, y de la misma manera es configurada en España, en el Código penal (art. 616. 3º) y en la Ley 209/1964, de 22 de diciembre, penal y procesal de la navegación aérea en los artículos 39 y 40. Ahora bien, el bien jurídico tutelado por los Tratados internacionales de Tokio sobre infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de aeronave, la Haya sobre la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, Ginebra sobre la alta mar de 29 de abril de 1958, Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, y Roma para la represión de actos ilícitos contra seguridad de la navegación marítima, del 10 marzo de 1988, tutelan como bien jurídico el “*ius gentium*”, que se materializa en la protección de la comunidad internacional en tiempo de paz, en el mismo contexto el Código penal español.

⁴⁶⁵ Vid. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El delito de piratería”, op. cit., pág. 220. Cfr. FARALDO CABANA, Patricia, “Sobre la doble (y confusa) regulación de la piratería aérea en el Derecho penal español”, *Diario la Ley*, número 7843, Madrid, 23 de abril de 2012, pág. 3. Este autor señala que la comisión delictiva de los injustos de apoderamiento ilícito y piratería aérea confluyen tres delitos distintos.

⁴⁶⁶ Vid. TAPIA SALINAS, Luis, *Curso de Derecho aeronáutico*, op. cit., pág. 515.

⁴⁶⁷ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El delito de piratería”, op. cit., págs. 221 y sigs.

⁴⁶⁸ Vid. REY CARO, Ernesto J., *Los “delicta juris gentium” contra la seguridad de la aviación civil internacional*, op. cit., pág. 11.

⁴⁶⁹ Vid. MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, op. cit., pág. 26; MIDDENDORFF, Wolf, *Rapto, toma de rehenes, secuestro de personas y aviones*, op. cit., pág. 55; FARALDO CABANA, Patricia, “Sobre la doble (y confusa) regulación de la piratería aérea en el Derecho penal español”, op. cit., pág. 3.

protección efectiva de las autoridades situadas en tierra, desviándola antirreglamentariamente de su ruta, establecida según los planes de vuelo, desposeyendo al comandante del legítimo ejercicio de sus funciones y realizado ello con propósitos ajenos a los del servicio de transporte a que esta afecta la aeronave, bien tenga lugar la violencia o intimidación sobre la máquina, cosas transportadas, sus ocupantes, viajeros o miembros de la tripulación, y pudiendo tener lugar la violencia o intimidación por persona o personas ocupantes de la propia aeronave”⁴⁷⁰.

El apoderamiento ilícito está normativizado en el orden internacional, así como el estatal de los países que ratifican los Convenios internacionales que tipifican esta figura, que son: el Convenio sobre infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de aeronaves, hecho en Tokio, el 14 de Septiembre de 1963⁴⁷¹, el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, adoptado por la conferencia de la Haya de 16 de diciembre de 1970⁴⁷², y el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, aunque el Convenio de Montreal se considera doctrinalmente como una ampliación del Convenio de la Haya⁴⁷³. Dentro del orden común o estatal, España tipifica el apoderamiento ilícito de aeronave en dos normativizaciones, la primera, en el Código penal en el artículo 616 ter⁴⁷⁴, y en una ley especial, que es la Ley 209/1964, de 22 de diciembre,

⁴⁷⁰ MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, op. cit., pág. 54.

⁴⁷¹ El artículo 11.1, de este ordenamiento internacional establece que hay apoderamiento ilícito de aeronave cuando, mediante violencia o intimidación, una persona comete a bordo cualquier acto ilícito de apoderamiento, interferencia o ejercicio del control de una aeronave en vuelo.

⁴⁷² El artículo 1 del Convenio de la Haya señala: que comete un delito toda persona que, a bordo de una aeronave en vuelo: a) Ilícitamente, mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejercida el control de la misma, o intente cometer cualquier de tales actos; b) Sea cómplice de la persona que comete o intente cometer cualquier de tales actos.

⁴⁷³ El origen del Convenio de Montreal, es la reiteración continua del apoderamiento ilícito de aeronaves, el objetivo es fincar las bases de la seguridad de la navegación aérea, ya que se castiga todo atentado doloso, dirigido contra las aeronaves o personas o bienes a bordo, como también, los aeropuertos, instalaciones o servicios de la navegación aérea, con independencia de que el sujeto activo, se encuentre o no a bordo de una aeronave, o que esté en vuelo o tierra. *Vid.* TAPIA SALINAS, Luis, *Curso de Derecho aeronáutico*, op. cit., págs. 521 y sigs; MAPELLI LÓPEZ, Enrique, “La responsabilidad en el transporte aéreo internacional. Estado presente de la cuestión”, en *Libro homenaje al Prof. Jesús López Medel*, tomo II, Editorial Centro de estudios registrales, Madrid, 1999, págs. 1387 y 1388; RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J., *Lecciones de Derecho internacional público*, 6ª. edic, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, pág. 436 y 437; DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho internacional público*, 18ª. edic, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pág. 471; PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 18ª. edic, Editorial Tecnos, Madrid, 2014, págs. 429 y 430.

⁴⁷⁴ Art. 616 ter. El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años.

penal y procesal de la Navegación aérea, en los artículos 39 y 40⁴⁷⁵. Al existir una doble tipificación se produce una colisión normativa, por lo que serán de aplicación los respectivos concursos de delitos y de leyes. En México, también se tipifica el apoderamiento ilícito en el artículo 170 del Código Penal Federal⁴⁷⁶.

Dentro de las diversas tipificaciones anteriormente citadas, existen muchos elementos comunes. En primer lugar, el injusto de apoderamiento ilícito de aeronave es tipificado por medio del empleo del verbo rector es apoderar, por lo que la acción ejecutada por el sujeto activo es apoderarse de la aeronave en su conjunto, pero dentro de la aeronave, es decir, siendo el sujeto activo es miembro de los pasajeros o de la tripulación⁴⁷⁷, el apoderamiento incluye los bienes que contiene y a las personas que son tripulación y pasajeros, y por eso, el bien jurídico de este injusto es la seguridad de la aviación civil y constituyéndose como parte del “*Ius gentium*”⁴⁷⁸, que es la protección de la comunidad

En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos.

⁴⁷⁵ Art. 39. El que se apodere con violencia o intimidación de una aeronave, de personas o cosas que se hallen a bordo, en circunstancias de lugar y tiempo que imposibiliten la protección de un Estado, será castigado con la pena de reclusión mayor.

La pena de reclusión mayor podrá imponerse en su grado máximo: 1º) Si el medio violento empleado para la aprehensión de la aeronave la pone en peligro de siniestro. 2º) Si se hubiere dejado a alguna persona sin medios de salvarse.

Art. 40. Serán castigados con las mismas penas señaladas en el artículo anterior, según los casos: 1º) Los que con violencia o intimidación se apoderen de la aeronave en que vuelen o faciliten a otros su apoderamiento.

2º) Los que desde el aire, tierra o mar, y por cualquier medio, provoquen la caída, pérdida, incendio, aterrizaje o amaraje de una aeronave, con el propósito de apoderarse de ella o de atentar contra las personas o cosas que se encuentren a bordo.

⁴⁷⁶ Artículo 170, tercer párrafo, Asimismo se impondrán de tres a veinte años de prisión y de cien a cuatrocientos días multa, sin perjuicio de la pena que corresponda por otros delitos que cometa, al que mediante violencia, amenazas o engaño, se apodere o ejerza el control de una plataforma fija, instalaciones o servicios de navegación aérea o marítima o de aeropuertos que presten servicios a la aviación civil; así como de una nave, aeronave, máquina o tren ferroviarios, autobuses o cualquier otro medio de transporte público colectivo, interestatal o internacional, o los haga desviar de su ruta o destino.

⁴⁷⁷ Vid. SOTO LAMADRID, Miguel Angel, “La seguridad en la aviación civil en el Derecho internacional penal”, *ADPCP*, tomo 33, fascículo III, Madrid, 1980, pág. 681; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, op. cit., pág. 325; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El delito de piratería”, op. cit., pág. 224; FARALDO CABANA, Patricia, “Sobre la doble (y confusa) regulación de la piratería aérea en el Derecho penal español”, op. cit., pág. 4.

⁴⁷⁸ La concepción del “*Ius gentium*” se refiere “al Derecho interestatal, lo que en el círculo lingüístico alemán se denomina actualmente -y no por casualidad- “*Völkerrecht*” (= Derecho de gentes o Derecho internacional público). Trata de las relaciones entre Estados (entendidos en un sentido muy amplio como comunidad de diversos tipos) en tanto que reconocidos como independientes; por lo tanto, hablando con un lenguaje jurídico moderno (pero también romano), es Derecho público, que afecta principalmente a cuestiones referidas a la guerra y la paz”. KASER, Max, *Ius gentium*, traducción del alemán por Francisco Javier Andrés SANTOS, Editorial Comares, Granada, 2004, pág. 6.

internacional⁴⁷⁹ referida al poder desplazarse de un lugar a otro, en tiempo de paz entre los Estados, por lo que estamos ante un bien jurídico colectivo⁴⁸⁰. Ahora bien, es verdad que hay un menoscabo a la libertad ambulatoria de la tripulación y pasajeros, en supuesto del cambio de ruta, pero no hay que olvidar que no es propósito de los sujetos activos privar de la libertad ambulatoria, sino apoderarse de la aeronave para coaccionar a un Estado (país), o, destruir⁴⁸¹ la aeronave en vuelo⁴⁸², por lo que el verbo rector no describe la detención o privación de la libertad, “refiriéndose a los sujetos pasivos. Por eso, es mejor prescindir de esta

⁴⁷⁹ Vid. MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, op. cit., pág. 54; SOTO LAMADRID, Miguel Angel, “La seguridad en la aviación civil en el Derecho internacional penal”, op. cit., págs. 666 y sigs; REY CARO, Ernesto J., *Los “delicta juris gentium” contra la seguridad de la aviación civil internacional*, op. cit., págs. 3 y sigs; TAPIA SALINAS, Luis, *Curso de Derecho aeronáutico*, op. cit., págs. 517 y 518; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, op. cit., págs. 326 y 327; YARYURA, Cintia, “Derecho internacional y Derecho nacional en materia de seguridad aérea”, *Alegatos*, número 61, México, D.F., 2005, pág. 486; MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “Delitos contra la comunidad internacional”, en Miguel POLAINO NAVARRETE (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, pág. 639; MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “Delitos contra la comunidad internacional en el Código penal español”, en Miguel POLAINO NAVARRETE (Director), *Derecho penal internacional. Materiales docentes y legislativos*, 2ª edición, Editorial Digital @tres, Sevilla, 2013, pág. 205; Díez DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho internacional público*, op. cit., pág. 472. Cfr. MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, op. cit., págs. 31 y 42; BUROZ ARISMENDI, René, *Secuestro*, op. cit., pág. 18; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El delito de piratería”, op. cit., pág. 241; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 38.

⁴⁸⁰ Vid. MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 144. STS 1387/2001, ponente: Alberto Jorge BARREIRO, (Fundamentos de Derecho, pág. 16): “El nuevo tipo penal de piratería es un delito contra la comunidad internacional mediante el que se protege la seguridad del tráfico marítimo y aéreo, bien jurídico supraindividual”.

⁴⁸¹ Véase la nota 408. Cfr. MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 38.

⁴⁸² Me refiero a que la aeronave se debe encontrar en vuelo: “según el artículo 1 del Convenio de Tokio de 14 de septiembre de 1963, desde que se aplica la fuerza motriz para despegar hasta que termina el recorrido de aterrizaje. Esta definición de carácter general, pero el propio texto internacional, cuando regula las facultades de los comandantes, en el párrafo 2 de su artículo 5 establece que una aeronave se encuentra en vuelo desde el momento en que se cierran todas las puertas externas después del embarque y el momento en que se abra cualquier de dichas puertas para el desembarque. En caso de aterrizaje forzoso las disposiciones referentes a las facultades del comandante se continuarán aplicando a las infracciones y actos cometidos a bordo, hasta que las autoridades competentes de un estado se hagan cargo de la aeronave y de las personas y bienes de la misma”. MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, op. cit., pág. 41. En cambio, el Convenio de la Haya de 16 de diciembre de 1970, en su artículo 3, señala que la aeronave se encuentra en vuelo, desde el momento en que se cierran todas las puertas externas después del embarque hasta el momento en que se abra cualquiera de dichas puertas para el desembarque. En caso de aterrizaje forzoso se considerará que el vuelo continúa hasta que las autoridades competentes se hagan cargo de la aeronave y de las personas y bienes a bordo. También, la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea española de 24 de diciembre de 1964, establece que una aeronave se encuentra en vuelo, en su artículo 11.4, se entenderá que la navegación aérea comienza en el momento en que una aeronave se pone en movimiento con su propia fuerza motriz para emprender el vuelo, y termina cuando, realizado el aterrizaje, queda aquélla inmovilizada y son parados sus motores.

interpretación procedente de los delitos patrimoniales⁴⁸³ y entender aquí el término en el sentido de que incluye todo tipo de actos dirigidos a tomar el control de la aeronave y, por tanto, de las personas y cosas que viajan a bordo, desposeyendo a la tripulación, y en especial al comandante, de la posibilidad de seguir adoptando las decisiones relativas a la ruta, aunque continúen, como es obvio, ejerciendo sus funciones técnicas y operativas bajo control del delincuente”⁴⁸⁴.

El apoderamiento ilícito puede realizarse mediante la violencia o la intimidación en contra de algún pasajero o miembro de la tripulación⁴⁸⁵. Se entiende por violencia la utilización de fuerza física contra las personas que se encuentran en el interior de la aeronave, sin embargo, la fuerza realizada en contra de las personas no es otra cosa que una intimidación⁴⁸⁶ para poder apoderarse con el control de la aeronave. Basta probar el ejercicio de una violencia idónea y necesaria para doblegar la voluntad⁴⁸⁷ de los sujetos pasivos

⁴⁸³ Véase el apartado de la Reforma de 1980, del capítulo I del presente trabajo, ya que se puede referirse a la toma de rehenes.

⁴⁸⁴ FARALDO CABANA, Patricia, “Sobre la doble (y confusa) regulación de la piratería aérea en el Derecho penal español”, op. cit., pág. 3.

⁴⁸⁵ Vid. Audiencia provincial de las palmas, 29 de Marzo 2010, Rec. 31/2010, ponente: Nicolás ACOSTA GONZÁLEZ, (Fundamentos de Derecho, pág. 6): “el acusado, una vez que el avión Boeing 737 de Air Mauritanie, con destino a Nouadhibou, había despegado del aeropuerto de Nouakchott, extrajo de la bolsa de mano que portaba dos pistolas, una de nueve y otra de seis milímetros, con las cuales en la mano exigió poder acceder al interior de la cabina del piloto lo que logró tras encañonar a uno de los miembros de la tripulación, tras lo cual exigió del comandante de la aeronave que desviase su rumbo y se encaminase hasta Francia, donde dijo que iba a pedir asilo político. Es evidente, pues, que el procesado logró apoderarse del control del avión mediante el uso de una grave intimidación, que lo sería aún en el caso de que, como él manifestó, se hubiese limitado a portar las armas en sus manos sin dirigirlas a persona alguna, algo que, por sí solo, tiene capacidad más que suficiente como para atemorizar al pasaje y tripulación de cualquier avión comercial. Y en modo alguno puede negarse que ese apoderamiento existió por el mero hecho de que aceptase las propuestas del piloto del avión en cuanto a la necesidad de aterrizar, primero, en algún aeropuerto cercano para repostar combustible pues ello no es más que un paso indispensable para lograr su objetivo, la finalidad con la que se subió al avión portando nada menos que dos armas de fuego, es decir, someter a su voluntad a quien lo dirigía para trasladarlo hasta donde él quería”.

⁴⁸⁶ La intimidación es una herramienta de los sujetos activos para poder obtener el control de la actividad delictiva, ya que realiza un factor psíquico de temor sobre los sujetos pasivos del injusto, y estableciéndose un estado de zozobra durante el apoderamiento ilícito de aeronave. Vid. MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, op. cit., págs. 34, 50 y 51; SOTO LAMADRID, Miguel Angel, “La seguridad en la aviación civil en el Derecho internacional penal”, op. cit., pág. 681; TAPIA SALINAS, Luis, *Curso de Derecho aeronáutico*, op. cit., pág. 516; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El delito de piratería”, op. cit., pág. 224; FARALDO CABANA, Patricia, “Sobre la doble (y confusa) regulación de la piratería aérea en el Derecho penal español”, op. cit., pág. 3.

⁴⁸⁷ Vid. MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, op. cit., págs. 40, 50 y 51; BUROZ ARISMENDI, René, *Secuestro*, op. cit., pág. 18; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Una cuestión de principios. La Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán de 15 de febrero de 2006, sobre la ley de seguridad aérea, que autorizaba a derribar el avión secuestrado para cometer un atentado terrorista”, *REDC*, número 77, Madrid, 2006, págs. 262 y 265; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 38; FARALDO

del injusto, y poder así hacerse con el mando y apoderamiento de la aeronave. Otro requisito es que la aeronave sea comercial, es decir, que tenga la propiedad de la aeronave alguna compañía civil.

Aunque las artículos que regulan el apoderamiento ilícito de aeronave, verifican varios verbos, pero el verbo nuclear es apoderar⁴⁸⁸ y los siguientes dos verbos son dañar y atentar, ya que se refieren a las modalidades del injusto del apoderamiento, es decir, la finalidad del apoderamiento ilícito, ya sea para dañar el medio de transporte aéreo de manera parcial o total. En cambio, el atentar debe ser entendido como la forma idónea para causar la muerte de los pasajeros y tripulación, o la destrucción total de la aeronave con todo su contenido, este es el caso de los aviones bomba⁴⁸⁹, que son utilizados por los grupos subversivos, para causar una alarma social y alterar la paz pública, en este supuesto para establecer la punición debe atenderse a la normativa reguladora del concurso de leyes, en relación con la tipificación en los Códigos penales del delito de terrorismo, aunque existe la salvedad en la tipificación de apoderamiento ilícito, de imputar a los sujetos activos por los delitos cometidos durante toda la ejecución criminal, por lo que se aplicará los concursos de delitos, entre apoderamiento ilícito, y terrorismo, etc⁴⁹⁰.

Por lo anterior, la ejecución del injusto del apoderamiento de aeronave puede ser realizada con ánimo lucrativo, aunque hoy en día casi extinto⁴⁹¹, o por

CABANA, Patricia, “Sobre la doble (y confusa) regulación de la piratería aérea en el Derecho penal español”, op. cit., pág. 3.

⁴⁸⁸ Vid. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El delito de piratería”, op. cit., pág. 244.

⁴⁸⁹ En nuestros días, la seguridad de la aviación civil ha sido vulnerada por grupos subversivos, que se apoderan de las aeronaves para atentar contra los estados, convirtiendo la aeronave en un instrumento de colisión (bomba), contra algún objetivo crucial de un Estado y donde se encuentre una colectividad, por ello, se ha creado el concepto de seguridad nacional, que les da pauta a los Estados de tomar medidas extremas para repeler los ataques en contra de estos grupos subversivos, a tal grado, que se discute el derribe de las aeronaves que se encuentran apoderadas por estos grupos. Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Una cuestión de principios. La Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán de 15 de febrero de 2006, sobre la ley de seguridad aérea, que autorizaba a derribar el avión secuestrado para cometer un atentado terrorista”, op. cit., págs. 257 y sigs. En el mismo sentido, RÍOS VEGA, Luis Efrén, “¿Matar inocentes para salvar a otros? El caso de avión-bomba”, *Derecho y libertades*, número 21, época II, Madrid, 2009, págs. 187 y sigs; SOBRINO HEREDIA, José Manuel, *Piratería y terrorismo en el mar*, op. cit., págs. 126 y 127.

⁴⁹⁰ Vid. SOTO LAMADRID, Miguel Angel, “La seguridad en la aviación civil en el Derecho internacional penal”, op. cit., pág. 681; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El delito de piratería”, op. cit., págs. 243, 255 y 256; FARALDO CABANA, Patricia, “Sobre la doble (y confusa) regulación de la piratería aérea en el Derecho penal español”, op. cit., págs. 1 y sigs.

⁴⁹¹ En nuestros tiempos es raro el secuestro de un avión con puros fines económicos, pero en los inicios de esta criminalidad del apoderamiento ilícito de aeronaves en los años 60 y 70, su principal móvil fue el ánimo lucrativo, donde era ejecutado por células de grupos subversivos que exigían grandes cantidades de dinero para su causa ideológica. Vid. ANTÓN ONECA, José, “Recensión a: José Antonio SAINZ CANTERO”, op. cit., pág. 205; TAPIA SALINAS, Luis, *Curso de Derecho aeronáutico*, op. cit., págs. 500 y 501; MIDDENDORFF, Wolf, *Rapto, toma de rehenes, secuestro de personas y aviones*, op. cit., pág. 61; MORALES SÁENZ, Julio César, “*Terrorismo y aviación civil*”, op. cit., pág. 201; CÓRDOBA LOBO, Fernando, *De*

el móvil político, que en nuestros días es la principal causa de comisión delictiva de apoderamiento ilícito de aeronave, ya que frecuentemente es perpetrado por grupos subversivos, para establecer un estado de cólera y pánico en un estado (país), desembocando una alarma social, para fincar pretensiones de guerra⁴⁹².

La determinación de la jurisdicción del injusto de apoderamiento ilícito de aeronave puede ser un poco compleja, porque existe una doble tipificación del injusto, por el Derecho internacional y por el Derecho interno, sin perjuicio de que conozcan los tribunales internacionales cuando la aeronave se encuentre en vuelo en espacio internacional, aunque con la salvedad de la posibilidad de conocimiento por el Estado que tenga registrada la aeronave y su matrícula en algún país, que haya suscrito y ratificado los Convenios Internacionales sobre la materia, e incluso de la jurisdicción de cualquier Estado que se viera menoscabado por el injusto de apoderamiento ilícito de aeronave, siempre que haya ratificado los Convenios internacionales⁴⁹³, con anterioridad a la comisión delictiva. La doble tipificación se debe a razones político-criminales de la lesividad que puede alcanzar el establecimiento de un injusto de esta naturaleza, dado el caso de que el bien jurídico es de “*Ius gentium*”, tutelando la protección de la comunidad internacional en cuanto titular del poder de libre desplazamiento de un lugar a otro en tiempo de paz entre los Estados.

terrorismo, secuestros, op. cit., pág. 90; GÓMEZ CARDOZO, Rubén, “Los delitos aeronáuticos”, en *Libro homenaje al Prof. Enrique Mapelli López*, Instituto iberoamericano de Derecho aeronáutico y del espacio, y de la aviación comercial, Madrid, 2008, pág. 199; AÑEZ CASTILLO, María Alejandra / LEONTE HAN-CHEN, Pablo, “Metamorfosis del delito de secuestro”, op. cit., pág. 28.

⁴⁹² Vid. ROMERO PÉREZ, Jorge, “Algunas notas acerca del Código penal de costa rica”, *ADPCP*, tomo 25, fascículo II, Madrid, 1972, págs. 442 y 443; MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, op. cit., págs. 35 y sigs; BUROZ ARISMENDI, René, *Secuestro*, op. cit., págs. 7 y sigs; REY CARO, Ernesto J., *Los “delicta juris gentium” contra la seguridad de la aviación civil internacional*, op. cit., págs. 4 y sigs; TAPIA SALINAS, Luis, *Curso de Derecho aeronáutico*, op. cit., pág. 518; MIDDENDORFF, Wolf, *Rapto, toma de rehenes, secuestro de personas y aviones*, op. cit., pág. 56; MC WHINNEY, Edward, *Aerial piracy and international terrorism*, op. cit., págs. 127 y sigs; MORALES SAENZ, Julio César, “*Terrorismo y aviación civil*”, op. cit., pág. 200; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El delito de piratería”, op. cit., pág. 245; JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., págs. 23 y 24; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 11; RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J., *Lecciones de Derecho internacional público*, op. cit., pág. 435; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Una cuestión de principios. La Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán de 15 de febrero de 2006, sobre la ley de seguridad aérea, que autorizaba a derribar el avión secuestrado para cometer un atentado terrorista”, op. cit., pág. 266; GÓMEZ CARDOZO, Rubén, “Los delitos aeronáuticos”, op. cit., pág. 199; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., págs. 74 y 75; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 38 y 39; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis jurídico del secuestro*, op. cit., págs. 68 y 69; DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de Derecho internacional público*, op. cit., pág. 472.

⁴⁹³ Vid. ANTÓN ONECA, José, “Recensión a: José Antonio SAINZ CANTERO”, op. cit., pág. 205; SOTO LAMADRID, Miguel Ángel, “La seguridad en la aviación civil en el Derecho internacional penal”, op. cit., págs. 682 y sigs.

España podrá ejercer la jurisdicción⁴⁹⁴, en primer lugar, cuando el hecho antijurídico se haya ejecutado dentro del territorio español, en segundo término, sin importar el territorio siempre que exista algún menoscabo a un ciudadano español en el momento de la comisión delictiva, incluyendo a las empresas privadas de aviación civil españolas⁴⁹⁵. España tiene también una doble tipificación del injusto de apoderamiento ilícito de aeronave, por el Código penal (art. 616 ter) y la Ley 209/1964, de 22 de diciembre, Penal y procesal de la Navegación Aérea (art. 39 y 40), y la doble tipificación se debe a cuestiones político-criminales⁴⁹⁶ que tratan de dar respuesta a los actos ilícitos contra la navegación aérea y marítima⁴⁹⁷, por lo que los problemas que se susciten de aplicación en la praxis jurídica se resolverán mediante concurso de leyes⁴⁹⁸.

En el caso de México se ejercerá la facultad de jurisdicción penal en los mismos supuestos anteriormente mencionados respecto de España.

2. Piratería aérea

El vocablo de piratería aérea es utilizada en el Common law internacional, como “*aerial piracy*”⁴⁹⁹.

La piratería aérea no es otra cosa que el apoderamiento de una aeronave desde fuera de ella, ya sea para destruirla o atentarse contra algún objeto, o sobre el mismo aparato aéreo. Es decir, la piratería es ejecutada por el sujeto activo (particular), que desde una aeronave, actué violentamente contra la aeronave⁵⁰⁰ con el fin de apoderarse, destruirla, atentarse contra la aeronave, y los pasajeros y tripulación, u obtener cualquier beneficio personal⁵⁰¹, pero desde fuera⁵⁰². No

⁴⁹⁴ STS 1387/2001, ponente: Alberto Jorge BARREIRO, (Fundamentos de Derecho, pág. 15): “la jurisdicción española sobre los hechos viene determinada por la dicción del párrafo 1º del artículo 23 de la LOPJ, que atribuye a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos bien en territorio español o bien a bordo de buques o aeronaves españoles, dejando a salvo lo que dispongan los tratados internacionales de los que España sea parte”.

⁴⁹⁵ Elías NEUMAN señala que las compañías de aviación son las víctimas mediatas del secuestro de aeronaves. *Vid.* NEUMAN, Elías, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, pág. 220.

⁴⁹⁶ El retorno de la tipificación de la piratería es derivado de la urgente necesidad de dar respuesta a los hechos antijurídicos de piratería marítima, perpetrado por piratas somalís, por lo que la ley orgánica 5/2010, volvió a tipificar esta figura delictiva ancestral, en el Código penal.

⁴⁹⁷ *Vid.* PERIS RIERA, Jaime, “Delitos contra la comunidad internacional”, en Lorenzo MORILLAS CUEVAS (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, págs. 1268 y 1269.

⁴⁹⁸ *Vid.* FARALDO CABANA, Patricia, “Sobre la doble (y confusa) regulación de la piratería aérea en el Derecho penal español”, *op. cit.*, pág. 4.

⁴⁹⁹ *Vid.* MC WHINNEY, Edward, *Aerial piracy and international terrorism*, *op. cit.*, págs. 5 y sigs.

⁵⁰⁰ *Vid.* RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El delito de piratería”, *op. cit.*, pág. 221.

⁵⁰¹ *Vid.* REY CARO, Ernesto J., *Los “delicta juris gentium” contra la seguridad de la aviación civil internacional*, *op. cit.*, pág. 10; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El delito de piratería”, *op. cit.*, págs. 221, 222 y 245; RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J., *Lecciones de*

necesariamente puede ejercer dicha coacción mediante el uso de aeronave, esto es, que el sujeto activo puede coaccionar al piloto de la aeronave, en tierra o mar, en un estado previo a la consumación del injusto, para cambiar la ruta, (apoderamiento), o dirigirse contra un objetivo específico, destruyendo la aeronave, con su contenido. Por ello, el bien jurídico es el mismo que el del apoderamiento de aeronave, el “*Ius gentium*”, y de la misma manera operaría los concursos de delitos o de leyes⁵⁰³, igual que en el apoderamiento ilícito de aeronaves.

Ahora bien, el Código penal español tipifica la piratería aérea en el mismo artículo que el de apoderamiento ilícito de aeronave, artículo 616 ter, así como también, la Ley penal y procesal penal de la navegación aérea, artículos 39 y 40⁵⁰⁴. En cambio, México no tipifica la piratería aérea, sólo el apoderamiento ilícito de aeronave.

D) Secuestro en el mar

El secuestro en el mar no es otra cosa que la realización del tipo de piratería marítima ejecutado por piratas en alta mar, contra buques, y cargueros, ya sea con el objetivo de robar la mercancía que cargan o pedir un rescate por la liberación de los tripulantes del buque⁵⁰⁵.

Estamos ante un injusto muy similar al injusto del secuestro, dado el caso de que, si el móvil se realiza por el cobro de algún rescate, es equivalente al ánimo lucrativo, que a su vez es una *conditio sine qua non* para la liberación⁵⁰⁶ de los sujetos pasivos del injustos, representados por los miembros de la tribulación. Aunque hay un menoscabo a la libertad ambulatoria, estamos ante el mismo supuesto del apoderamiento ilícito de aeronave y de la piratería aérea, cuyo bien jurídico fundamental es contemplado por el “*Ius gentium*” como el bien jurídico colectivo de la comunidad internacional, y la seguridad de la navegación marítima en tiempos de paz⁵⁰⁷.

Derecho internacional público, op. cit., págs. 435 y 436; FARALDO CABANA, Patricia, “Sobre la doble (y confusa) regulación de la piratería aérea en el Derecho penal español”, op. cit., pág. 3.

⁵⁰² Vid. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El delito de piratería”, op. cit., págs. 242 y 251

⁵⁰³ Vid. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El delito de piratería”, op. cit., pág. 256; FARALDO CABANA, Patricia, “Sobre la doble (y confusa) regulación de la piratería aérea en el Derecho penal español”, op. cit., pág. 3.

⁵⁰⁴ Alicia RODRÍGUEZ NÚÑEZ afirma que la piratería aérea se encuentra tipificada en los artículos 39 y 40 de la Ley penal y procesal penal de la navegación aérea, pero sin dar tal definición. Vid. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El delito de piratería”, op. cit., pág. 232.

⁵⁰⁵ Vid. VON LISZT, Franz, *Derecho internacional público*, obra revisada por Max FLEISCHMANN, traducción del alemán por Domingo MIRAL, 12ª. edición alemana, Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 1929, págs. 269 y 270.

⁵⁰⁶ Vid. ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 516.

⁵⁰⁷ Vid. FARALDO CABANA, Patricia, “Sobre la doble (y confusa) regulación de la piratería aérea en el Derecho penal español”, op. cit., pág. 2.

Ahora bien, el injusto de la piratería está tipificado en el Derecho internacional, en los siguientes Convenios: de Ginebra sobre la alta mar de 29 de abril de 1958, artículo 15, Convención de Naciones Unidas sobre derecho del mar, hecho en Montego bay, del 10 de diciembre de 1982, artículo 101, Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, realizado en Roma el día 10 de marzo de 1988. Y en el ámbito estatal de los países, ya que en el caso de España en el artículo 616 ter del Código penal español, y el Código Penal Federal de México, en el artículo 146.

Una vez determinada la tipificación internacional y estatal, el injusto de la piratería marítima es ejecutado de la misma manera que el apoderamiento ilícito de aeronave y que la piratería aérea, dado el caso de que estamos ante un supuesto de equivalencia *mutandis mutandis* entre aeronave y barco⁵⁰⁸. Sin embargo, la distinción estriba en que en la piratería marítima si puede exigir el abordaje⁵⁰⁹, que es el elemento tradicional del injusto de la piratería marítima, como también el elemento típico subjetivo del “*animus furiendi*”⁵¹⁰, que se constituye por el propósito personal⁵¹¹ de los sujetos activos del injusto. El “*animus furiendi*” es expresión de los actos de violencia, detención y depredación cometidos desde un buque privado en alta mar, sobre otro buque y sus integrantes, y aquí reside el problema o la similitud⁵¹² con el injusto del secuestro, porque el “*animus furiendi*” al constituirse por un propósito personal es equiparable al “ánimo lucrativo” o de beneficio personal y a la hipótesis de la exigencia de algún rescate como *conditio sine qua non* para la liberación de la tripulación⁵¹³.

⁵⁰⁸ Vid. FARALDO CABANA, Patricia, “Sobre la doble (y confusa) regulación de la piratería aérea en el Derecho penal español”, op. cit., pág. 2.

⁵⁰⁹ Vid. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El delito de piratería”, op. cit., pág. 251.

⁵¹⁰ Vid. MC WHINNEY, Edward, *Aerial piracy and international terrorism*, op. cit., págs. 5 y sigs; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, op. cit., pág. 322; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El delito de piratería”, op. cit., págs. 221 y sigs.

⁵¹¹ Vid. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El delito de piratería”, op. cit., págs. 221 y sigs; SOBRINO HEREDIA, José Manuel, *Piratería y terrorismo en el mar*, op. cit., pág. 104.

⁵¹² Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, op. cit., págs. 321 y sigs; SOBRINO HEREDIA, José Manuel, *Piratería y terrorismo en el mar*, op. cit., págs. 97, 104 y sigs; GIL PÉREZ, Javier, “La piratería en el estrecho de Malaca. Lecciones para el caso somalí”, en AA. VV., *Crisis somalí, piratería e intervención internacional*, Editorial Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2009, pág. 109; REGUEIRO DUBRA, Raquel, “El uso de la fuerza en el mar y la operación atalanta de la unión europea”, en AA.VV., *Crisis somalí, piratería e intervención internacional*, Editorial Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2009, págs. 146 y 147.

⁵¹³ España se ha visto inmiscuido en dos casos de piratería somalí, el primero, el buque abacara cuatro en el 2000 y el segundo, el barco playa de bakio en el 2008, donde los dos pesqueros fueron abordados y secuestrados por los piratas hasta el pago del rescate. Por hecho de la urgente reforma al Código penal español para tipificar el injusto de la piratería. Véase nota 454, como también, SOBRINO HEREDIA, José Manuel, *Piratería y terrorismo en el mar*, op. cit., págs. 140 y sigs; VEGA FERNÁNDEZ, Enrique, “El escenario”, en AA. VV., *Crisis somalí, piratería e intervención internacional*, Editorial Instituto Universitario General Gutiérrez

Aunque existe dicha problemática en la praxis jurídica, delimitando el objeto de protección y el móvil de la comisión delictiva se puede llegar a la respuesta, es decir, en tal hipótesis el bien jurídico de la piratería es el *Ius gentium*⁵¹⁴ como un bien jurídico colectivo de la comunidad internacional en tiempos de paz y la seguridad de la navegación marítima⁵¹⁵, en tanto que el bien jurídico del secuestro es un bien jurídico individual, cual la libertad ambulatoria de los ciudadanos. En cuanto al móvil subjetivo, que se representa por el *animus furiendi* en la piratería, y por el ánimo lucrativo en el secuestro, y que son semejantes entre sí, pero la disyuntiva surgen en la comisión delictiva, correspondiente al lugar, tiempo y modo, ya que la piratería será ejecutada en barcos privados sobre otros barcos y en alta mar⁵¹⁶, y el *animus furiendi* requiere que el propósito personal recaiga sobre el objeto material del injusto, es decir, que exista un menoscabo al barco y la tripulación⁵¹⁷. Sin embargo, el injusto de piratería también está sujeto a la normativa reguladora del concurso de delitos ya sea real, ideal o de leyes⁵¹⁸. En cuando a la jurisdicción, se aplica de la misma manera el apoderamiento de aeronave y la piratería aérea⁵¹⁹.

Mellado, Madrid, 2009, págs. 32 y sigs; REGUEIRO DUBRA, Raquel, “El uso de la fuerza en el mar y la operación atalanta de la unión europea”, op. cit., págs. 146 y 147; BECAS FERNÁNDEZ, Jesús Ramón, “La participación europea en la lucha internacional contra la piratería en el cuerno de áfrica. La operación atalanta”, en AA.VV., *Crisis somalí, piratería e intervención internacional*, Editorial Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2009, págs. 149 y sigs; HEYCK PUYANA, Caterina, *Derecho internacional*, op. cit., págs. 133 y sigs; PERIS RIERA, Jaime, “Delitos contra la comunidad internacional”, op. cit., págs. 1268 y 1269. Como también la STS 1387/2001, ponente: Alberto Jorge BARREIRO.

⁵¹⁴ Véase las notas de cita número 439 y 440, como también, QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, op. cit., págs. 326 y sigs; SOBRINO HEREDIA, José Manuel, *Piratería y terrorismo en el mar*, op. cit., págs. 98 y 136.

⁵¹⁵ STS 1387/2001, ponente: Alberto Jorge BARREIRO, (Fundamentos de Derecho, pág. 16): “El nuevo tipo penal de piratería es un delito contra la comunidad internacional mediante el que se protege la seguridad del tráfico marítimo y aéreo, bien jurídico supraindividual”.

⁵¹⁶ Véase nota 408 o GARCILÓPEZ, Adolfo de Miguel, “Recensión a: Francesco ANTOLISEI, Introduzione alla parte speciale del diritto penale”, op. cit., pág. 644; ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 126; WOLF, Erik, *Las categorías de la tipicidad*, op. cit., págs. 10 y sigs. Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, “Prólogo”, op. cit., págs. 12 y sigs.

⁵¹⁷ Vid. VON LISZT, Franz, *Derecho internacional público*, op. cit., pág. 270; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El delito de piratería”, op. cit., pág. 222; SOBRINO HEREDIA, José Manuel, *Piratería y terrorismo en el mar*, op. cit., pág. 102. Como también, STS 1387/2001, ponente: Alberto Jorge BARREIRO, (Fundamentos de Derecho, págs. 21 y 22): “la detención de los dos acusados fue un incidente no previsto por los secuestradores que surgió como un hecho nuevo que exacerbó los ánimos de estos y derivó en una conducta sin duda degradante y vejatoria para con los marineros secuestrados. Este comportamiento revanchista, vindicativo y coactivo por parte de los secuestradores que permanecían en el barco no puede atribuirse a los dos acusados que ya estaban detenidos en ese momento, pues se trató de una conducta que se inició cuatro o cinco días después del abordaje del barco, como reacción a la detención de sus compañeros y que no había sido planificada ni preparada con ocasión de convenir o acordar el abordaje y el secuestro de la tripulación”.

⁵¹⁸ Vid. STS 1387/2001, ponente: Alberto Jorge BARREIRO, (Fundamentos de Derecho, págs. 16 y 18).

⁵¹⁹ Véase los apartados anteriores.

E) Auto-secuestro

El auto-secuestro es la simulación de un secuestro, ejecutado por la misma persona que ideó el secuestro, de modo que el sujeto activo se hace pasar por víctima del injusto del secuestro y esta forma de comisión admite la participación de los colaboradores del injusto, que generalmente es perpetrado, por jóvenes adinerados que tienen problemas financieros, porque sus padres no les quieren ayudar o dar más dinero. La finalidad del ilícito es pagar deudas y recreaciones, que les son negadas por los padres⁵²⁰. Incluso la comisión delictiva de este injusto se ha realizado para el cobro de pólizas de seguros por el delito de secuestro, en el caso que el sujeto activo tenga una póliza de seguro que cubra dicha comisión delictiva⁵²¹.

Esta práctica es común en los países de Latinoamérica, donde el injusto del secuestro es alto, es decir, la tasa de comisión delictiva del secuestro es elevada, por las razones socio-económicas de los países. Por tal motivo, y por cuestiones político-criminales, se ha creado un tipo especial de injusto del secuestro, tal es el caso de la legislación mexicana, donde se tipifica la comisión delictiva del auto-secuestro en el artículo 13 de la Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y aunque no lo denomina con dicha nomencladora de auto-secuestro, sin embargo, tipifica la simulación del secuestro. El artículo 13 de la ley mencionada establece lo siguiente: “Se impondrá pena de doscientas a setecientas jornadas de trabajo a favor de la comunidad, al que simule por sí o por interpósita persona, la privación de su libertad con alguno de los propósitos señalados en el artículo 9 de la presente ley”.

Los elementos normativos que describe el tipo penal aludido son: a) la simulación de un secuestro (auto-secuestro), por el sujeto activo, b) la simulación de la libertad ambulatoria, c) con los propósitos siguientes: 1) obtener algún rescate, o beneficio (ánimo de lucro)⁵²², 2) la omisión de un acto, 3) simulación

⁵²⁰ Vid. VIQUEIRA HINOJOSA, Antonio, “Secuestro de personas y síndrome de estocolmo”, op. cit., págs. 197 y 198; JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 24; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 11; Cooperación internacional en prevenir combatir y eliminar el secuestro y en prestar asistencia a las víctimas, resolución E/CN.15/2003/7, op. cit., pág. 8; VILLADA, Jorge Luis, *Secuestro extorsivo*, op. cit., pág. 21; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., págs. 59 y 60; GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis, “El secuestro en México”, op. cit., pág. 4; Naciones Unidas Oficina contra la droga y el delito Viena, *Manual de lucha contra el secuestro*, op. cit., pág. 5; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., págs. 76 y 77; AÑEZ CASTILLO, María Alejandra / LEONTE HAN-CHEN, Pablo, “Metamorfosis del delito de secuestro”, op. cit., pág. 24.

⁵²¹ Vid. PAX CHRISTI, *La industria del secuestro en Colombia*, op. cit., pág. 100.

⁵²² Vid. Naciones Unidas Oficina contra la droga y el delito Viena, *Manual de lucha contra el secuestro*, op. cit., pág. 5.

de daños corporales, y por último, 4) la simulación de un secuestro exprés⁵²³. Obsérvese que el castigo por la realización del injusto es la pena de trabajo a favor de la comunidad, jurisprudencialmente, el trabajo a favor de la comunidad es una pena⁵²⁴, siendo la sanción de cien a trescientos cincuenta jornadas de trabajo a favor de la comunidad, por lo que la hipótesis delictiva de referencia no se considera un delito grave, que conlleva la pena de prisión.

En España no está específicamente tipificada la simulación del secuestro, pero el artículo 457 del Código penal español sanciona la simulación de cualquier delito ante la autoridad gubernamental, por lo que podrá ser imputado el sujeto activo por el hecho de simular ser víctima del injusto del secuestro, sancionado con la pena de multa de seis a dos meses días multa.

F) Secuestro virtual

El secuestro virtual es una de las nuevas modalidades del secuestro extorsivo, cuyo origen criminal proviene de los penales de los Estados Unidos de América, donde se extorsionaba a la víctima, sobre un secuestro falso. Prontamente, dicha figura criminológica se expande por toda Latinoamérica, siendo México⁵²⁵, Colombia, Brasil y Argentina, donde más auge tiene esta morfología del secuestro⁵²⁶.

La forma de comisión de este delito se materializa mediante la llamada telefónica a un sujeto de forma al azar o un objetivo específico, normalmente vía telefónica, o algún medio de comunicación en masa⁵²⁷, donde se exige la entrega de cierta cantidad de dinero o equivalentes en objetos materiales, para la liberación pronta de un familiar secuestrado. La disyuntiva con el injusto del secuestro escriba en que en el secuestro virtual no hay víctima privada de la libertad ambulatoria, por lo que es un secuestro falso, realizado con la finalidad

⁵²³ Vid. PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 62 y sigs.

⁵²⁴ Vid. Jurisprudencia, registro 206161, tesis 1ª/J.1/92, ponente: Clementina GIL DE LESTER, “Trabajo en favor de la comunidad, no es un beneficio”, *Semanario judicial de la Federación*, libro 54, materia penal, octava época, junio de 1992, pág. 11.

⁵²⁵ Vid. LLORENS, Marc / MORENO, Marina. *El secuestro en Latinoamérica*, op. cit., pág. 300; AMESCUA CHÁVEZ, Cristina, “El secuestro virtual en el continuum de la violencia”, op. cit., págs. 111 y sigs; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis Jurídico del secuestro*, op. cit., pág. 58.

⁵²⁶ Vid. VILLADA, Jorge Luis, *Secuestro extorsivo*, op. cit., pág. 20; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., págs. 78 y 79; REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 88; LLERA, Carlos Enrique, “Secuestro virtual. ¿Estafa o extorsión?”, *RDyPC*, número 8, Buenos Aires, septiembre 2013, pág. 10.

⁵²⁷ La doctrina mexicana ha establecido que es un secuestro virtual cuando es vía telefónica y un secuestro cibernético cuando es vía correo electrónico, o se amenace de realizar un secuestro sobre algún familiar. Vid. GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., págs. 58 y 59. Cfr. MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 40 y 41.

de obtener algún beneficio económico rápido y sencillo, no exigiendo por lo común los sujetos activos cantidades exorbitantes, de difícil entrega⁵²⁸.

Ahora bien, en la praxis jurídica esta morfología ha causado una discusión por lo menos en algún sector doctrinario y jurisprudencial de Latinoamérica, ya que se discute la forma de imputar a los sujetos activos del injusto: en primer lugar, al ser un secuestro falso, no se puede encuadrar en el tipo del secuestro, ya que es inexistente la pérdida de la libertad ambulatoria; en segundo lugar, es equiparable por algunos al tipo de estafa y por otros al injusto de extorsión. He aquí la problemática suscitada por esta nueva figura delictiva, pero el bien jurídico de ambos supuestos típicos legales es equiparable al secuestro virtual en referencia al patrimonio, por lo tanto estamos ante un injusto contra la propiedad.

La jurisprudencia argentina ha encuadrado el secuestro virtual en el tipo de injusto de la estafa⁵²⁹, en razón a que la acción realizada por el sujeto activo de engañar al sujeto pasivo de que algún familiar se encuentra secuestrado, y por ende, se entrega el dinero requerido por el sujeto activo a fin de hipotéticamente liberar a la víctima del injusto del secuestro, ya que el factor dominante en el secuestro virtual es el engaño y no la amenaza de algún mal futuro sobre la víctima del injusto, porque no existe ninguna víctima privada de la libertad ambulatoria. Ante esta figura delictiva el elemento medular es el engaño, que se representa por el secuestro hipotético de algún familiar. Sin embargo, los defensores de esta imputación a título de estafa, lo atribuyen a que el sujeto pasivo no es susceptible de persuasión, ya que el ardid realizado por el sujeto activo que determina el engaño y la consumación del ilícito, es la hipotética privación de libertad ambulatoria del familiar, es decir, el sujeto pasivo cae en el engaño del sujeto activo⁵³⁰. El ardid debe ser entendido como la “puesta en escena del secuestro hipotético, ya que se deja entrever la conocida teoría objetiva o limitadora de la idoneidad, mediante la cual se requiere una

⁵²⁸ Vid. VILLADA, Jorge Luis, *Secuestro extorsivo*, op. cit., pág. 20; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., págs. 57 y 58; GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis, “El secuestro en México”, op. cit., pág. 5; MARCHISIO, Adrián (Director), *El secuestro extorsivo en la república Argentina*, op. cit., págs. 40, 41 y 233; Naciones Unidas Oficina contra la droga y el delito Viena, *Manual de lucha contra el secuestro*, op. cit., pág. 6; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., págs. 78 y 79; FLORES ARNAUD, Gerardo / MARTÍNEZ RÍOS, Selene, “La Política criminal bajo la cínica sombra del secuestro”, op. cit., págs. 153 y 154; AMESCUA CHÁVEZ, Cristina, “El secuestro virtual en el continuum de la violencia”, op. cit., págs. 111 y sigs; AÑEZ CASTILLO, María Alejandra / LEONTE HAN-CHEN, Pablo, “Metamorfosis del delito de secuestro”, op. cit., pág. 24; MARTÍNÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 41; BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión*, op. cit., págs. 392 y sigs; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis jurídico del secuestro*, op. cit., págs. 57 y 58; EUNAT, *Estrategias de prevención y respuesta*, op. cit., pág. 36.

⁵²⁹ Vid. Sala V, causa número 34.489, ponente: Milena Rosa VALDEZ; Sala V, causa número 32,001, ponente: Mendoza MUÑOZ; Sala V, causa número 34,800, ponente: Alvarado NAVARRO; Sala VI, causa número 29, 535, ponente: Susana CISNERO.

⁵³⁰ Vid. LLERA, Carlos Enrique, “Secuestro virtual. op. cit., págs. 12 y sigs; ARIEL GALPERN, Mariano, “El secuestro virtual ¿estafa o extorsión?”, *RDyPC*, número 10, Buenos Aires, noviembre 2013, pág. 32.

exteriorización por parte del sujeto activo que produzca el engaño. Ello se identifica con la teoría de la “mise en scène”, una puesta en escena. Puesta en escena en sentido de manifestación exterior, no siendo necesaria una gran aparatosidad, pero sí un despliegue suficiente que lleve a hacer creer al sujeto pasivo lo que se pretende hacerle creer”⁵³¹.

Sin embargo, el ardid no es elemento provocador de la consumación del ilícito, aunque exista un engaño, representado por el ardid que a su vez es el escenario para que caiga en error el sujeto pasivo, se requiere para tal caso elemento de la seducción, por parte del sujeto activo hacia el engaño⁵³², es decir, que el sujeto pasivo este convencido que va tener un beneficio de cualquier índole y tome gustosa dicha decisión de contribuir al negocio⁵³³. Desde la perspectiva funcional, la acción que realiza el sujeto pasivo es un autopuesta en peligro, derivada del engaño ya que no está obligada realizar el riesgo⁵³⁴, pero podrá ser imputado el resultado de la acción al sujeto activo, en razón, que en este tipo de injusto tiene el deber de garante sobre la ilicitud de hecho⁵³⁵, es decir, que es un riesgo no permitido el despliegue de la acción porque conlleva un menoscabo patrimonial sobre la víctima del injusto, que cree erróneamente que es lícito y tendrá un beneficio⁵³⁶.

⁵³¹ ARIEL GALPERN, Mariano, “El secuestro virtual”, op. cit., pág. 30.

⁵³² Vid. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa”, *CPC*, número 50, Madrid, 1993, pág. 546; HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, op. cit, pág. 405.

⁵³³ Vid. LLERA, Carlos Enrique, “Secuestro virtual”, op. cit., pág. 17; ARIEL GALPERN, Mariano, “El secuestro virtual”, op. cit., pág. 31. En el mismo sentido pero desde la perspectiva del injusto de la estafa, véase a: NEUMAN, Elías, *Victimología*, op. cit., págs. 199 y sigs; HASSEMER, Winfried, “Consideraciones sobre la víctima del delito”, traducción del alemán por Roció CANTARERO BANDRÉS, *ADPCP*, tomo 43, fascículo I, Madrid, 1990, pág. 243; HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima*, op. cit, págs. 401 y sigs; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Los delitos de estafa en el Código penal*, Editorial Universitaria Ramón areces, Madrid, 2004, pág. 30; HERRERA MORENO, Myriam, “Estafa. Apropiación indebida. Defraudación de fluido electrónico”, en Miguel POLAINO NAVARRETE (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, págs. 91 y 93.

⁵³⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudencia sobre la victimo-dogmática”, en *La victimología*, Cuadernos de Derecho judicial, tomo XV, Consejo general del Poder judicial, Madrid, 1993, págs. 36 y sigs; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa”, op. cit., pág. 532 y sigs; HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima*. op. cit, págs. 405 y 406.

⁵³⁵ Vid. KINDHÄUSER, Urs, “La estafa como autoría mediata tipificada”, traducción del alemán por Jorge Fernando PERDOMO TORRES, en José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO (edits.), *Estudios de Derecho penal patrimonial*, Editorial Grijley, Lima, 2002, págs. 113 y 114.

⁵³⁶ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Imputación objetiva y conducta de la víctima”, *ADPCP*, tomo 58, fascículo III, Madrid, 2005, págs. 733 y sigs.

También en Argentina se imputa la comisión delictiva del secuestro virtual en el injusto de la extorsión⁵³⁷, al cualificar el secuestro ficticio, como el medio intimatorio para la obtención del beneficio patrimonial, ya que el sujeto pasivo del injusto entrega la cantidad requerida por el sujeto activo, por el temor fundado que su familiar esta privado de la libertad ambulatoria, además, de dicho elemento, se coacciona al sujeto pasivo de que si no entrega el rescate, habrá un mal futuro sobre la víctima hipotética. Por lo que los elementos constitutivos del injusto son *vis compulsiva*⁵³⁸, que en este caso es la intimidación, queda configurada por los actos de fuerza moral (“*vis moralis*”)⁵³⁹, que es la amenaza verbal⁵⁴⁰ de algún mal sobre la víctima hipotética de la privación de la libertad⁵⁴¹. Por lo tanto, la intimidación es el medio idóneo para lograr el engaño⁵⁴², pero lo determinante en este caso es que el engaño tiene la finalidad de infundir temor⁵⁴³, provocando un estado psíquico de zozobra en el sujeto pasivo de un temor fundado de forma irreparable, que cree que es real dicho secuestro hipotético, y se perfecciona el engaño⁵⁴⁴. El injusto se consuma hasta la entrega del rescate.

Sin embargo, los detractores de imputar el secuestro virtual como injusto de extorsión señalan que, en efecto, no podemos estar ante una extorsión, porque este injusto sólo puede configurarse sobre acciones típicas que consiste en obligar al sujeto pasivo, mediante intimidación a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a un tercero, aquello que constituye el objeto material del delito, pero por medio de amenazas, entendidas como anuncio de un daño

⁵³⁷ Vid. VILLADA, Jorge Luis, *Secuestro extorsivo*, op. cit., pág. 20; Sala I, causa número 10,965, ponente: Gabriel Luciano MÉNDEZ; Sala III, causa número 12,024, ponente: Pablo Daniel ABELANDA; Sala III, causa número 13, 050, ponente Fernando Javier PRUNESTI.

⁵³⁸ Vid. MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 88; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Los delitos de estafa en el Código penal*, op. cit., pág. 62; KINDHÄUSER, Urs, “Sobre el perjuicio patrimonial en la estafa”, traducción del alemán por Nuria PASTOR MUÑOZ, en José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO (edits.), *Estudios Derecho penal patrimonial*, Editorial Grijley, Lima, 2002, pág. 127. Véase también, Carlos BLANCO LOZANO, quien afirma: “Cuando los encontramos en un supuesto de vis compulsiva, la amenaza o coacción, por absorción, decaerá en favor de la aplicación del delito principal, es decir, en la extorsión y ello con independencia de que el sujeto pasivo del delito patrimonial sea o no la persona concreta sobre la que recaiga la intimidación”. BLANCO LOZANO, Carlos, “Extorsión. Usurpación”, en Miguel POLAINO NAVARRETE (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, pág. 84. En el mismo sentido, CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. II, op. cit., págs. 328 y 329. Cfr. MARTÍNÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 41.

⁵³⁹ Elías NEUMAN, especifica que los elementos de la extorsión son la tiranía moral y el temor físico. NEUMAN, Elías, *Victimología*, op. cit., pág. 203.

⁵⁴⁰ Vid. LLERA, Carlos Enrique, “Secuestro virtual. op. cit., pág. 13.

⁵⁴¹ Vid. JAREÑO LEAL, Ángeles, *Las amenazas y el chantaje en el Código penal de 1995*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1997, págs. 17, 53 y 81.

⁵⁴² Vid. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. IV, op. cit., págs. 168 y 169.

⁵⁴³ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito”, op. cit., págs. 43 y sigs

⁵⁴⁴ Vid. AMESCUA CHÁVEZ, Cristina, “El secuestro virtual en el continuum de la violencia”, op. cit., pág. 123; LLERA, Carlos Enrique, “Secuestro virtual”, op. cit., pág. 13; BREGLIA ARIAS, Omar, “Extorsión”, op. cit., págs. 393 y 394.

futuro cierto, en caso que no se cumpla con la exigencia del sujeto activo, por lo que a *sensu contrario* en el secuestro virtual la amenaza de un mal futuro no podrá concretarse al carecer de la víctima privada de libertad ambulatoria⁵⁴⁵. Por tanto, el secuestro virtual debe ser subsumible en el injusto de la estafa por considerar que la amenaza nunca se configuraría al tratarse de una modalidad virtual cuya privación de libertad es inexistente⁵⁴⁶.

Dentro de estas posturas sobre la tipificación del secuestro virtual, yo me inclino por la extorsión⁵⁴⁷ porque en ella el medio definidor de la comisión delictiva es la intimidación⁵⁴⁸ que induce al temor fundado de un estado psíquico de zozobra en el sujeto pasivo, que no le permite examinar la ilicitud del hecho, configurándose el engaño, habiendo de tenerse presente que en en los países de Latinoamérica la tasa de los secuestros perpetrados es alta, y provoca una alarma colectiva, que a su vez crea la veracidad de la ilicitud del secuestro virtual⁵⁴⁹.

En el caso de España, se podrá imputar el secuestro virtual como extorsión (art. 243 CP) o estafa (art. 248 CP). Pero en mi opinión debe ser imputado por el injusto de extorsión, por las anteriores manifestaciones expuestas y además en consideración a que el tipo penal de extorsión en el artículo 243 Código penal es descrito en los siguientes términos: “El que con ánimo de lucro obligara a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados”. En la tipificación de la extorsión puede imputarse al sujeto activo que ejecute un secuestro virtual, ya que el que actúa con ánimo de lucro obliga a otro por medio de la intimidación, representado por el temor, causante de un estado de zozobra, sobre la privación de la libertad ambulatoria incierta de algún familiar, condicionada a la entrega de una cantidad exigida por el sujeto activo (acto), en perjuicio del patrimonio del sujeto pasivo.

En el caso de México, la Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, crea un tipo especial de simulación de secuestro, en el artículo 14, que establece lo siguiente: “se impondrá de cuatro a dieciséis años de prisión al que simule la privación de la libertad de una persona, con la intención de conseguir alguno de los propósitos señalados en el artículo 9 de la presente ley. En este precepto se podrá imputar el

⁵⁴⁵ Vid. LLERA, Carlos Enrique, “Secuestro virtual”, op. cit., pág. 11.

⁵⁴⁶ Vid. ARIEL GALPERN, Mariano, “El secuestro virtual”, op. cit., págs. 31 y 32. Cfr. BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión*, op. cit., págs. 393 y sigs.

⁵⁴⁷ Cfr. ARIEL GALPERN, Mariano, “El secuestro virtual”, op. cit., pág. 33. Ya que esta autora está a favor de realizar una tipificación especial en el Código penal, sobre el secuestro virtual.

⁵⁴⁸ Vid. BLANCO LOZANO, Carlos, “Extorsión. Usurpación”, op. cit., págs. 83 y 84.

⁵⁴⁹ Vid. AMESCUA CHÁVEZ, Cristina, “El secuestro virtual en el continuum de la violencia”, op. cit., págs. 112 y 120 y sigs; BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión*, op. cit., págs. 396 y 397.

secuestro virtual, aunque el artículo no lo mencione con tal denominación, porque, los elementos que pide para la imputación son: a) simulación de privación de libertad de alguna persona (secuestro hipotético), b) ánimo de lucro, para obtener un rescate o cualquier beneficio. También, en este mismo artículo se tipifica el secuestro cibernético, pero en su párrafo segundo, por el hecho de amenazar con la realización del injusto del secuestro.

G) Secuestro por venganza

El secuestro por venganza es una morfología del injusto del secuestro, en razón a que se priva de la libertad ambulatoria de un sujeto, pero con la diferencia de que el móvil es la venganza privada⁵⁵⁰, con la intención de matar, ya que es un supuesto criminológico de ajuste de cuentas, por lo que el móvil es la venganza privada, porque la intención del sujeto activo es hacer desaparecer al sujeto pasivo. Por lo general, la realización de este supuesto de morfología típica es producto de la delincuencia organizada, que usa el secuestro por venganza para dar lesiones a sus miembros y transmitir mensajes al grupo contrario de delincuencia organizada, de ahí la denominación de “ajuste de cuentas”⁵⁵¹.

Ahora bien, desde el punto de vista dogmático esta figura criminológica podrá ser imputada de acuerdo con el tipo de desaparición forzada del artículo 166 del Código Penal español, que dispone: “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”. Los elementos normativos de este injusto son: a) la detención ilegal del sujeto pasivo o secuestro, b) la desaparición del sujeto pasivo, c) la omisión de la puesta en libertad del sujeto pasivo. Este injusto es un delito cualificado de detención ilegal. El bien jurídico tutelado en este injusto es la libertad ambulatoria, pero la severidad de la sanción estriba en que la privación de libertad ambulatoria es indefinida, es decir, hipotéticamente se cree que la víctima del injusto sigue privada de la libertad ambulatoria⁵⁵².

Este tipo delictivo en la dogmática y jurisprudencia españolas ha sido muy criticado ya que a nivel constitucional y penal se aprecia una vulneración a los principios de culpabilidad por el injusto y de presunción de inocencia, de tal

⁵⁵⁰ Vid. Francisco CARRARA lo califica como “odio y pone de ejemplo el robo de un niño de un enemigo y se le encierra en otra parte, para ocasionar aflicción a sus padres, como satisfacción de una venganza”. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. II, op. cit., pág. 507.

⁵⁵¹ Vid. GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México*, op. cit., pág. 56 y 57; ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro*, op. cit., págs. 79 y 80; FLORES ARNAUD, Gerardo / MARTÍNEZ RÍOS, Selene, “La política criminal bajo la cínica sombra del secuestro”, op. cit., págs. 154.

⁵⁵² Vid. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, “Caso el Nani”, en Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª. edic, Editorial La ley, Madrid, 2011, págs. 394 y sigs.

forma que se imputa una suposición legislativa (sospecha) de la muerte de la víctima, por asesinato⁵⁵³.

En la legislación mexicana, la Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 11, imputa la acción del sujeto activo de privar de la vida a la víctima del secuestro, cuya sanción es de ochenta a ciento cuarenta años de prisión y multa de seis mil a doce mil días multa, por lo que es un tipo cualificado del injusto del secuestro.

Anteriormente a esta ley general para prevenir el secuestro, se estipulaba el concurso de delitos en caso de la muerte de la víctima, por parte de sus captores⁵⁵⁴; sin embargo, por cuestiones político-criminales, ante la proliferación del injusto del secuestro, se crea esta ley especial para contrarrestar la alarma social, por lo que el Estado toma medidas extremas para contraatacar este mal social, levantando la barrera de punición.

La distinción con el precepto español y mexicano estriba en que en el caso mexicano se tendría que encontrar el cadáver de la víctima del secuestro, ya que el artículo 11⁵⁵⁵ de la Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro señala expresamente que sea “privada de la vida por los autores o partícipes” del secuestro, y para ello es necesario que se encuentre el cuerpo sin vida de la víctima del injusto. En cambio, en el caso español, sería una presunción de asesinato que estaría regida por el artículo 166 del Código penal español, en tanto que en la desaparición forzada no se precis el lugar donde se encuentre privado de la libertad ambulatoria el sujeto pasivo, pues se presume que sigue viva la víctima, si bien en el caso hipotético de que el sujeto activo dijera el lugar donde se encuentra el cuerpo sin vida de la víctima sería acreedor a una sanción entre los delitos de detención ilegal (art. 163 CP) y el homicidio (art. 138 CP) en concurso real⁵⁵⁶.

⁵⁵³ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “El delito de detención ilegal con desaparición forzada”, en *Libro homenaje al Prof. Agustín Fernández-Albor*, Editorial Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, págs. 361 y sigs; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, 3ª. edic, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 103 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 158; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, en Lorenzo MORILLAS CUEVAS (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, págs. 157 y 158; RUEDA MARTÍN, María Ángeles, “Caso el Nani”, op. cit., págs. 397 y sigs.

⁵⁵⁴ Vid. PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 62; QUINTINO ZAPEDA, Rubén, *Propuesta de legislación tipo en materia de secuestro*, Editorial INACIPE, México, D.F., 2007, págs. 105 y sigs.

⁵⁵⁵ Vid. El artículo 11 de la ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁵⁵⁶ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ID., *Derecho penal español. Parte especial*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pág. 211. Cfr. AA.VV. “Delitos contra la libertad”, en Luis RODRÍGUEZ RAMOS (Director), *Código penal. Concordado y comentado con*

H) Problemática del secuestro de cadáveres

El secuestro de cadáveres es la última morfología del secuestro, por carecer de la privación de la libertad ambulatoria, ya que no hay víctima restringida de la libertad ambulatoria, y por tanto no hay un injusto del secuestro al no existir un menoscabo a la libertad ambulatoria. Sin embargo, desde la perspectiva de la Criminología, se ha cometido dicho ilícito, denominándole de tal forma porque existe apoderamiento de un cuerpo sin vida para exigir un rescate⁵⁵⁷, he aquí el porqué de tal denominación, aunque sea errónea.

Aunque existe doctrina al respecto que sustenta esta morfología, cuyo argumento es que primero se produjo la privación de la libertad ambulatoria y posteriormente la muerte de la víctima privada de libertad, y aun así se pide el rescate por el cuerpo sin vida de la víctima privada de libertad⁵⁵⁸. Si fuera este el caso, se podría aplicar el artículo 11 de la ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que tipifica la muerte del secuestrado. Y en el caso español se apreciaría concurso de delitos.

jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias, 4ª. edic, Editorial La ley, Madrid, 2011, págs. 735 y 736.

⁵⁵⁷ Vid. MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 40.

⁵⁵⁸ Vid. FLORES ARNAUD, Gerardo / MARTÍNEZ RÍOS, Selene, “La Política criminal bajo la cínica sombra del secuestro”, op. cit., pág. 157; BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión*, op. cit., pág. 354. Cfr. BOLEA BARDÓN, Carolina “Delitos contra la libertad”, en Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Directora), *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, tomo I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 138.

CAPÍTULO III

ACCIÓN TÍPICA

I. Introducción

El empezar con el examen de la materia del presente capítulo implica establecer el concepto de norma. ¿Qué es la norma? Es el conjunto de reglas que regulan al ciudadano en la sociedad⁵⁵⁹, de las que se desprende el ordenamiento vigente, la expectativa normativa y cognitiva, es decir, la norma es un conjunto de pautas que señalan las expectativas normativas de la ciudadanía, esperando que el ciudadano las respete para constituir el adecuado núcleo social, en el que se inserta el comportamiento del ciudadano⁵⁶⁰. Entonces, ¿la norma es parte de la

⁵⁵⁹ Vid. GALLAS, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, traducción del alemán por Juan CÓRDOBA RODA, Editorial Bosch, Barcelona, 1959, pág. 24; GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, 53ª. edic, Editorial Porrúa, México, D.F., 2002, pág. 4; LUHMANN, Niklas, *El arte de la sociedad*, traducción del alemán por Javier TORRES NAFARRATE, con la colaboración de Brunhilde ERKER / Silvia PAPPE / Luis FELIPE SEGURA, Editorial Heder, México, D.F., 2005, págs. 161 y 162; POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, Editorial Cescijuc, México, D.F., 2014, pág. 81. Cfr. MIR PUIG, Santiago, “Límites del normativismo en Derecho penal”, en AA.VV. *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Editorial Legis, Bogotá, 2005, pág. 396; ID., “Límites del normativismo en Derecho penal”, *RECPC 07/2005*, págs. 10 y 11. (accesible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07.html>); SANZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones sobre la Ciencia del Derecho penal y su método”, en Carlos GARCÍA VALDÉS / Antonio CUERDA RIEZU / Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA / Rafael ALCÁZER GUIRAO / Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, págs. 641-659, especialmente página 649; ID., *Los elementos subjetivos de justificación*, Editorial José María Bosch, Barcelona, 1993, pág. 4 y 6.

⁵⁶⁰ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS Editorial Porrúa, México, D.F., 2001, págs. 352 y sigs; ID., “Reflexiones sobre la norma jurídico-penal: estructura, naturaleza y funciones”, en AA.VV. *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Editorial Legis, Bogotá, 2005, págs. 512 y sigs; ID., “Reflexiones sobre la norma jurídica-penal. Estructura, naturaleza y funciones”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Eduardo LÓPEZ BETANCOURT, *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática pos-finalista. Estudio de Derecho penal funcionalista*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2006, págs. 165 y 166; ID., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos Científicos del Derecho Penal*, tomo I, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, 6ª. edic, Editorial Bosch, Barcelona, 2008, págs. 190 y sigs; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo I, 2ª. edic, Editorial Tecnos, Madrid, 2015, págs. 101 y sigs. Cfr. GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Editorial Bosch, Barcelona, 1993, pág. 108. Con cierta semejanza encaminada a la teoría ético-social valorativo, ya que establece preceptos semejantes en que el Derecho penal reside en asegurar la vigencia inquebrantable de los valores vitales, véase WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*.

sociedad? Sí⁵⁶¹, ya que es el vínculo de la comunicación contra-fáctica de la sociedad, e instituye los deberes positivos (hechos de actuaciones, por ejemplo, socorrer al lesionado, etc.) o negativos⁵⁶² (hechos de no-actuaciones, por ejemplo, no matar, no secuestrar, no privar de la libertad, etc.)⁵⁶³ a la ciudadanía, estipulados por las expectativas normativas que trasciende al funcionamiento del sistema sociedad⁵⁶⁴.

Parte general, traducción del alemán por Juan BUSTOS RAMÍREZ / Sergio YÁÑEZ PÉREZ, 11ª. edic, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pág. 12; RUEDA MARTÍN, María Ángeles, “La adecuación social y el delito de detenciones ilegales. Comentarios a la STS de 16 de diciembre de 1997, ponente: Bacigalupo Zapater”, *RDPC*, 2ª Época, número 7, Madrid, 2001, págs. 451 y sigs; EAD., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídicas-penales en el ámbito de lo injusto*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, págs. 232 y sigs.

⁵⁶¹ Vid. KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, traducción del alemán por Enrique BACIGALUPO / Ernesto GARZÓN VALDÉS, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1977, pág. 89.

⁵⁶² Los deberes negativos tienen como fundamento no dañar a otro, es decir, un respeto mutuo, cuyo contenido material es la propia organización social, para evitar daños al entorno social, ya sea lesionando las esferas de organización de los ciudadanos; se trata de una situación de empeoramiento producida por el autor del injusto; si no existiera el autor, no amenazaría daño alguno a la víctima del injusto. Vid. JAKOBS, Günther, “La imputación penal de la acción y de la omisión”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Editorial Civitas, Madrid, 2004, págs. 104 y sigs; ID., “Actuar y omitir”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, en María Eloísa QUINTERO / Miguel POLAINO-ORTS (Coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2ª. edic, Editorial Flores editor, México, D.F., 2012, págs. 21 y sigs; ID., *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal. Expectativas normativas, intervención delictiva, Derecho penal del enemigo*, traducción del alemán de Miguel POLAINO-ORTS / José Antonio CARO JOHN, Editorial Servi-Copy, Sevilla, 2014, pág. 55; ROBLES PLANAS, Ricardo, *Estudios de dogmática jurídica-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2014, págs. 104 y sigs.

⁵⁶³ Véase los escritos anteriores citados de POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Ibidem*, pág. 352; ID., *Ibidem*, pág. 510; *Ibidem*, pág. 164; ID., *Ibidem*, pág. 190; *Ibidem*, pág. 101; como también, KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, op. cit., págs. 90 y sigs; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización”, *RDP*, número 1, Valladolid, 2000, págs. 16 y 21; ROBLES PLANAS, Ricardo, *Estudios de dogmática jurídica-penal*, op. cit., págs. 102 y sigs; JAKOBS, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal*, op. cit., pág. 55.

⁵⁶⁴ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Ibidem*, págs. 350 y sigs; ID., *Ibidem*, págs. 510 y sigs; ID., *Ibidem*, págs. 154 y sigs; ID., *Ibidem*, págs. 188 y sigs; ID., *Ibidem*, pág. 100 y sigs; JAKOBS, Günther, *El Derecho penal como disciplina científica*, traducción del alemán de Alex VAN WEEZEL, Editorial Civitas, Navarra, 2008, págs. 102 y 103; POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, págs. 11 y sigs; POLAINO-ORTS, Miguel, “La normativización de la acción y de la imputación en el ejemplo de los delitos de habla”, *DPC*, 2005, vol. 26, Núm. 79, Bogotá, 2005, págs. 131 y sigs. (Accesible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpen&page=article&op=view&path%5B%5D=1009&path%5B%5D=954>); ID., “La normativización de la acción y de la imputación en el ejemplo de los delitos de habla”, en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial Flores editores, México, D.F., 2009, págs. 4 y sigs; ID., “El sentido de las palabras en Derecho penal. Sobre la normativización de la acción y la imputación penal”, en Miguel POLAINO-ORTS / María Eloísa QUINTERO, *Comunicación e injusto penal*, Editorial Ara, Perú, 2010, págs. 43 y sigs; QUINTERO, María

En virtud de lo anterior, cabe determinar que la sociedad es un sistema de comunicación de tres niveles⁵⁶⁵, es decir, trifásico. El primer nivel es integrado por instituciones u organización de la sociedad (Códigos, leyes, artículos, contratos civiles⁵⁶⁶, normativas, etc.); el segundo nivel es constituido por la dogmática y la praxis jurídica⁵⁶⁷; y el tercer nivel es representado por la ciudadanía. Los tres niveles realizan la acción de comunicación⁵⁶⁸ estableciendo las pautas funcionales del sistema global, ya sea mediante observaciones internas o externas del sistema, y de ahí se desprende la expectativa normativa⁵⁶⁹. La acción es comunicación con los tres niveles anteriores, es decir, presenta una triangulación de comunicación de la sociedad⁵⁷⁰, y por ello la acción de un ciudadano es comunicación⁵⁷¹. Ahora bien, la defraudación de una norma es comunicación negativa, de contradicción de la norma: a manera de ejemplo, imaginemos que la comunicación fluye en un triángulo y la defraudación de la norma es la tangente de un ángulo del triángulo, por lo que toca al nivel segundo la tarea de establecer el fluido de comunicación, determinando la vigencia de norma, al ser adecuado a la sociedad, o la inevitabilidad de la comunicación, realizándose el restauramiento del flujo de comunicación por la pena. La pena asume la función contra-fáctica de la norma⁵⁷².

Eloísa, “Acción social, comunicación e injusto penal”, en Miguel POLAINO-ORTS / María Eloísa QUINTERO, *Comunicación e injusto penal*, Editorial Ara, Perú, 2010, págs. 74 y sigs; POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo*, op. cit., págs. 81 y sigs. Cfr. GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho en la teoría de la sociedad*, op. cit., págs. 298 y sigs.; VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y Derechos constitucionales*, 2ª. edic, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2011, págs. 572 y sigs.

⁵⁶⁵ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal Parte General. Fundamentos Científicos del Derecho Penal*, tomo I, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, 6ª. edic, Editorial Bosch, Barcelona, 2008, págs. 27 y sigs.; ID., *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2001, págs. 8 y sigs.; GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho en la teoría de la sociedad...* op. cit., págs. 296 y sigs.

⁵⁶⁶ Vid. JAKOBS, Günther, “La imputación penal de la acción y de la omisión”, op. cit., pág. 105.

⁵⁶⁷ Vid. GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho en la teoría de la sociedad*, op. cit., págs. 318 y sigs.

⁵⁶⁸ Vid. HABERMAS, Jürgen, *Acción comunicativa y razón sin transcendencia*, traducción del alemán por Pere FABRA ABAT, Editorial Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 2002, págs. 17 y sigs; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs”, en María Eloísa QUINTERO / Miguel POLAINO-ORTS (Coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2ª. edic, Editorial Flores editor, México, D.F., 2012, págs. 102 y sigs.

⁵⁶⁹ Vid. KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, op. cit., págs. 90 y sigs; GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho en la teoría de la sociedad*, op. cit., págs. 304 y 305; POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo*, op. cit., págs. 65 y sigs.

⁵⁷⁰ Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo*, op. cit., págs. 66 y 67.

⁵⁷¹ En semejanza véase a JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de la 5ª edición alemana por Miguel OLMEDO CARDENETE, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 259.

⁵⁷² Vid. JAKOBS, Günther, “El concepto jurídico-penal de acción”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs.

¿Qué puedo concluir a manera de esbozo? Que la acción de un ciudadano es comunicación⁵⁷³ de un hecho⁵⁷⁴, ya sea en sentido positivo adecuado a la expectativa normativa, o en sentido negativo, defraudando la expectativa, es decir, que la acción típica es un hecho que defrauda la expectativa normativa del sistema social, estableciendo un entorno distinto a esta expectativa⁵⁷⁵, por lo que se necesita sancionar el quebrantamiento de la expectativa normativa por medio de la pena⁵⁷⁶, ya que ésta cumple la función contra-fáctica de la expectativa y

111 y sigs; ID., *El concepto jurídico-penal de acción*, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, CCA, Núm. 11, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 1996, págs. 28 y sigs; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción del alemán por Joaquín CUELLO CONTRERAS / José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2ª. edic, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 200 y sigs; ARBOLEDA RIPOLL, Fernando, “La teoría de la pena de Günther Jakobs”, en AA.VV. *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Editorial Legis, Bogotá, 2005, págs. 16 y sigs; JAKOBS, Günther, “La pena como reparación del daño”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, en AA.VV. *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Editorial Legis, Bogotá, 2005, págs. 348 y sigs; ID., *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal*, op. cit., págs. 5 (“Prólogo”), 46 y sigs. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Introducción”, en Bernd SCHÜNEMANN (Compilador), *El sistema moderno del Derecho Penal, cuestiones fundamentales*, traducción del alemán por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, págs. 20 y 21; SCHÜNEMANN, Bernd (Compilador), *El sistema moderno del Derecho Penal, cuestiones fundamentales*, traducción del alemán por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pág. 157 y sigs.

⁵⁷³ Vid. GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho en la teoría de la sociedad*, op. cit., págs. 109 y sigs; JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ / Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Editorial Civitas, Madrid, 1996, págs. 69 y sigs.

⁵⁷⁴ Vid. ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte general*, anotado y puesto al día por José Julián HERNÁNDEZ GUIJARRO / Luis BENEYTEZ MERINO, 2ª. edic, Editorial Akal, Madrid, 1986, pág. 182, donde señala que el concepto de acción es central en la teoría del delito, porque el hombre no delinque en cuanto es, sino en cuanto obra. En la misma línea, véase POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pág. 51; ID., *Lecciones de teoría del delito*, vol. 1, Editorial Mergablum, Sevilla, 2010, págs. 51 y 52; POLAINO-ORTS, Miguel, “La normativización de la acción y de la imputación en el ejemplo de los delitos de habla”, op. cit., págs. 138 y 139; ID., “La normativización de la acción y de la imputación en el ejemplo de los delitos de habla”, op. cit., 2009, págs. 15 y 16; ID., “El sentido de las palabras en Derecho penal”, op. cit., págs. 52 y 53; PUPPE, Ingeborg, “La construcción del delito”, traducción del alemán por Nuria PASTOR MUÑOZ (Coord.), *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*. Estudios y debates en Derecho penal, Núm. 9, Editorial B de F, Buenos Aires, 2014, pág. 188.

⁵⁷⁵ Vid. JAKOBS, Günther, “El concepto jurídico-penal de acción”, op. cit., págs. 117 y sigs; ID., “El concepto jurídico-penal de acción”, op. cit., págs. 38 y sigs; JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., págs. 200 y sigs; PUPPE, Ingeborg, “La construcción del delito”, op. cit., págs. 188 y 189. Cfr. MIR PUIG, Santiago, “El delito de coacciones en el Código penal”, *ADPCP*, tomo 30, Fascículo II, Madrid, 1977, págs. 269 y 270; ID., *Derecho penal. Parte general*, 7ª. edic, Editorial Reppertor, Barcelona, 2005, pág. 189.

⁵⁷⁶ Cfr. SANZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones en torno a la Política criminal”, en Miguel Ángel NÚÑEZ PAZ / Ana Isabel GARCÍA ALFARAZ (coords.), «*Universitas*

restaura el orden de la misma, y lo que es más importante: la restauración de la vigencia normativa⁵⁷⁷. Por ello, en la concepción *jakobsiana*, se configura la acción como acción culpable⁵⁷⁸.

Ya materializando lo anterior en nuestro tipo de injusto, la acción del secuestro es el hecho de comunicación negativa, es decir, prohibida por la norma que espera que no se defraude la expectativa normativa de no privar de la libertad a los ciudadanos, y mucho menos infringir la esfera de individualidad de los ciudadanos⁵⁷⁹, rompiendo el orden social de la vigencia de la norma y de las expectativas normativas necesarias para la función del sistema social y de su núcleo⁵⁸⁰.

Vitae» Homenaje a Ruperto Núñez Barbero, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, págs. 732 y 733.

⁵⁷⁷ Vid. JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., pág. 11 (“Prólogo”); ID., “El concepto jurídico-penal de acción”, op. cit., págs. 119 y sigs; ID., “El concepto jurídico-penal de acción”, op. cit., 1996, págs. 43 y sigs; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 254 y 257; LUHMANN, Niklas, *El arte de la sociedad*, op. cit., pág. 215; POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Finalismo y post-finalismo. Hitos históricos de dogmática penal”, en FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Editorial Constitutio criminales Carolina, Oviedo, 2013, págs. 532 y 533; ID., “Finalismo y post-finalismo. Hitos históricos de dogmática penal”, en AA.VV., *Temas fundamentales de dogmática penal y de política criminal, Homenaje a los profesores Claus Roxin y Miguel Polaino Navarrete*, Editorial Contexto, Resistencia, Chaco, 2013, págs. 321 y 322; ID., “Finalismo y post-finalismo. Hitos históricos de dogmática penal”, en Claus ROXIN / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Política criminal y dogmática penal. Cuestiones fundamentales*, Colección: Dogmática penal, Núm. 10, Editorial Ara, Perú, 2013, pág. 48; ID., “Hitos históricos de dogmática penal. Del causalismo del S. XIX al funcionalismo del S. XXI”, en JAKOBS, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal. Expectativas normativas, intervención delictiva, Derecho penal del enemigo*, traducción del alemán de Miguel POLAINO-ORTS / José Antonio CARO JOHN, Editorial Servi-Copy, Sevilla, 2014, pág. 19; ARBOLEDA RIPOLL, Fernando, “La teoría de la pena de Günther Jakobs”, en AA.VV. *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Editorial Legis, Bogotá, 2005, págs. 43 y sigs.

⁵⁷⁸ Vid. JAKOBS, Günther, “El concepto jurídico-penal de acción”, op. cit., pág. 124; ID., “El concepto jurídico-penal de acción”, op. cit., pág. 51; ID., *Derecho penal*, op. cit., pág. 157; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*. tomo II, op. cit., págs. 57 y 59; ID., *Lecciones de teoría del delito*, op. cit., págs. 58 y 59; POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Finalismo y post-finalismo. Hitos históricos de dogmática penal” op. cit., pág. 322; ID., “Hitos históricos de dogmática penal”, op. cit., pág. 20; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs”, op. cit., pág. 104.

⁵⁷⁹ Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “La estructura típica del delito de coacción”, *ADPCP*, tomo 30, Fascículo I, Madrid, 1977, págs. 25 y 36; ID., “La estructura típica del delito de coacción”, en AA.VV. *Homenaje a Emilio Gómez Orbaneja*, Editorial Moneda y crédito, Madrid, 1977, págs. 399, 400, 412 y 413.

⁵⁸⁰ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 254 y 261.

Se infringe la vigencia de norma en el tipo del secuestro, realizando el comportamiento (conducta, o acción) de encerrar o detener⁵⁸¹ a un ciudadano en calidad de rehén, privándole de su esfera de libertad ambulatoria; este ámbito es una de las esferas vitales para el funcionamiento del sistema social⁵⁸², ya que contribuye al núcleo social del entorno del sistema global⁵⁸³. A continuación desglosaré las formas de lesionar la esfera de privación de la libertad ambulatoria, mediante el encierro o la detención⁵⁸⁴, del ciudadano que se encuentra en calidad de rehén.

El Código Penal español, en su artículo 164, no menciona la forma de ejecución de la conducta delictiva del secuestro, sino que remite tácitamente al artículo 163 del mismo ordenamiento normativo que describe el injusto de las detenciones ilegales, ya que el injusto del secuestro es un tipo cualificado de las detenciones ilegales⁵⁸⁵, por lo que la forma de privar de la libertad⁵⁸⁶ a un sujeto

⁵⁸¹ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 120; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 118. Cfr. CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, tomo I, op. cit., págs. 456 y sigs; BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Delitos contra la propiedad. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Mave, Buenos Aires, 1998, págs. 126 y 127; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo II-B, op. cit., págs. 235 y 236; VILLADA, Jorge Luis, *Secuestro extorsivo. Ley 25.742*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2004, págs. 19 y sigs; ANZIT GUERRERO, Ramiro, *Derecho penal y paradigma criminológico en América Latina*, op. cit., pág. 149; BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión*, op. cit., pág. 337. Ya que estos autores argentinos, señalan que la acción del injusto del secuestro ya no se trata de privación de la libertad, sino, de las acciones de sustraer, retener u ocultar.

⁵⁸² Vid. LUHMANN, Niklas, *El arte de la sociedad*, op. cit., págs. 161 y 162.

⁵⁸³ Vid. LUHMANN, Niklas, *Sociedad y sistema. La ambición de la teoría*, traducción del alemán por Santiago LÓPEZ PETIT y Dorothee SCHMITZ, Editorial Paidós ibéricos, Barcelona, 1997, pág. 77.

⁵⁸⁴ Vid. BOLEA BARDÓN, Carolina “Delitos contra la libertad”, en Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Directora), *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, tomo I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 135.

⁵⁸⁵ Vid. STS 1878/2001, ponente: José JIMÉNEZ VILLAREJO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 3): “El delito de secuestro -denominación común convertida en “nomen iuris” por el nuevo Código Penal- es un tipo agravado de detención ilegal en el que el término de la privación de libertad se condiciona, por los autores del delito, a la realización de un hecho que se exige. Es preciso, pues, para la integración del tipo de secuestro, en primer lugar, que se prive de libertad a una persona encerrándola o deteniéndola, y, en segundo lugar, que se advierta por los autores al sujeto pasivo o a otras personas que la recuperación de la libertad de aquél depende del cumplimiento de la condición impuesta”; STS 3003/2003, ponente Julián Artemio SÁNCHEZ MELGAR, (Fundamentos de Derecho II, pág. 7): “El delito de secuestro es un tipo agravado de detención ilegal en que el término o finalización de la privación de libertad se condiciona, por los autores del delito, a la realización de un hecho -acción u omisión- que consiguientemente se exige”; STS 21/2007, ponente: Juan SAAVEDRA RUÍZ, (Fundamentos de Derecho II, pág. 6): “Con relación a la primera de las cuestiones planteadas, la lectura del relato de hechos robados y de los elementos fácticos obrantes en los fundamentos de Derecho de la resolución impugnada pone de relieve, por una parte, el atentado básico contra la libertad de de ambulación descrito en el artículo 163.1 CP y, por otra, alcanza la suficiente consistencia para entenderlo subsumible en el tipo autónomo, más bien detención ilegal cualificada, que constituye la figura del secuestro prevista en el artículo 164 CP. Efectivamente, esta última figura delictiva establece una relación precisa entre la puesta en libertad del detenido y el cumplimiento de la condición, lo que dará lugar en su caso a la agravación o atenuación prevista

pasivo que deviene típica es precisamente la realizada mediante las acciones de detener o encerrar⁵⁸⁷.

En el mismo sentido que el Código Penal español, la Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 9, no establece la forma de ejecución del injusto del secuestro, sino que sólo menciona el resultado típico de la expectativa normativa quebrantada⁵⁸⁸, es decir, la privación de libertad⁵⁸⁹ como forma de acción del injusto del secuestro⁵⁹⁰. A continuación analizaré las formas de la conducta típica de secuestro en los dos ordenamientos punitivos mencionados.

I. Conducta típica del injusto del secuestro

A) Momentos de la conducta

La descripción del injusto del secuestro responde a la morfología de un tipo mixto alternativo⁵⁹¹ para ambos ordenamientos⁵⁹². Prevé la realización de

en el propio precepto en relación con el básico de detención ilegal”; STS 3939/2008, ponente: Diego Antonio RAMOS GANCEDO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 5): “Según la más reciente doctrina científica, el art. 164 C.P. regula una figura que es en realidad un subtipo agravado de las conductas previstas en el art. 163 en sus tres primeros apartados”.

⁵⁸⁶ Véase la nota de cita número 567.

⁵⁸⁷ Véase los artículos 163 y 164 del Código Penal español. *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 120; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Delitos contra la libertad”, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Editorial Atelier, Barcelona, 2006, pág. 81.

⁵⁸⁸ *Vid.* STS 2316/1993, ponente: Eduardo MONER MUÑOZ, (Fundamentos de Derecho II, págs. 4 y sigs.)

⁵⁸⁹ *Vid.* MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 118 y 119.

⁵⁹⁰ Véase el artículo 9 de la Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Como también, ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, op. cit., pág. 208; JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GÓNZALEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., págs. 74 y sigs; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 36; REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 94, 95 y 103; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 118 y 119; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis Jurídico del secuestro*, op. cit., pág. 78. Y jurisprudencialmente véase, Tesis aislada, registro 175841, tesis 1ª. VI/2006, ponente: Sergio A. VALLS HERNÁNDEZ, “Privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro. El artículo 229 del Código penal del estado de chihuahua, vigente en 1997, que prevé ese delito, no viola el artículo 14 de la Constitución Federal, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, materia constitucional y penal, tomo 23, Novena época, febrero de 2006, pág. 636.

⁵⁹¹ *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 119; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / DÍAZ MORATO Y VILLAREJO, Julio, *Manual de Derecho pena*, op. cit., pág. 11, 12 y 24; JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 471; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 285; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 119.

tres etapas de la conducta⁵⁹³, en su estructura lingüística, por ejemplo en la española, estipula un desvalor como primer elemento descriptivo⁵⁹⁴, es decir, el secuestro, que a su vez es el resultado de privación de libertad, que integra la primera etapa, esto es, la realización del encierro o detención, y la segunda etapa es constituida por la privación de libertad⁵⁹⁵, manteniendo entre ambas una relación ocasional, de manera alternativa⁵⁹⁶, y por último se requiere la privación de la libertad al sujeto pasivo del injusto⁵⁹⁷.

⁵⁹² En el caso de México, véase JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*. op. cit., pág. 138 y sigs.

⁵⁹³ Cfr. Sentencia de 9 de marzo de 2001. Véase en Jurisprudencias del Tribunal Supremo, por María del Carmen FIGUEROA NAVARRO, *ADPCP*, tomo 54, 2003, pág. 603.

⁵⁹⁴ Vid. CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, en AA. VV. *Derecho penal. Parte especial*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 186.

⁵⁹⁵ Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Motivos y ocasiones en el robo con homicidio”, *ADPCP*, tomo 23, Fascículo III, Madrid, 1970, págs. 605 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 119 y sigs.; ID., “Delitos contra la libertad y seguridad”, op. cit., 430; ID., “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., págs. 144 y sigs; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales...op. cit., pág. 278. Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 109; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*. op. cit., pág. 158; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Detenciones ilegales”, *Diario La Ley*, número D-165, Madrid, 2001, págs. 3 y 4 (accesible en: laleydigital.es, la ley 22826/2001); CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., págs. 185 y 186. En el extranjero, ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, op. cit., pág. 202. Cfr. En la jurisprudencia española, se establecen dos elementos fácticos del injusto del secuestro, véase STS 21/2007, ponente: Juan SAAVEDRA RUÍZ, (Fundamentos de Derecho II, pág. 6); STS 4032/2007, ponente: Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 3); STS 6940/2008, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 17); STS 242/2009, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 3).

⁵⁹⁶ Para mayor profundidad sobre la valoración de la determinación alternativa del hecho, véase especialmente TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Motivos y ocasiones en el robo con homicidio”, *ADPCP*, tomo 23, Fascículo III, Madrid, 1970, págs. 605 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 119 y sigs; ID., “Delitos contra la libertad y seguridad”, op. cit., 430; ID., “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., págs. 144 y sigs; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 157, sigs, 285; MIR PUIG, Santiago, “El delito de coacciones en el Código penal”, op. cit., págs. 272 y sigs; MAURACH, Reinhart, *Derecho penal. Parte general. Teoría del Derecho penal y estructura del hecho punible*, tomo 1, actualizado por Heinz ZIPF, traducción de la 7^a. edición alemana por Jorge BOFILL GENZSCH / Enrique AIMONE GIBSON, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, págs. 164 y sigs; COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*, puesto al día por María Isabel VALLDECABRES ORTIZ, 4^a. edic, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 89; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Curso de iniciación a la parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, tomo 1, 2^a. edic, Editorial Civitas, Madrid, 1996, pág. 163; ID., *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3^a. edic, Editorial Dykinson, Madrid, 2002, págs. 212 y 213; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*, tomo 1, 3^a. reimpr, Editorial Universitas, Madrid, 2004, págs. 174 y 175.

⁵⁹⁷ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 119; CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código Penal comentado*, Editorial Deusto, Bilbao, 2005, pág. 331; ESCRIBUELA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*,

Aunque la descripción típica del injusto del secuestro del artículo 164 del Código Penal español señala el “secuestro” como primer elemento normativo, sin embargo, dicha descripción debe ser analizada en el título de imputación objetiva como elemento objetivo, ya que es el elemento conductor de la acción por el estatus de la condicionalidad (detención ilegal condicional)⁵⁹⁸, en tanto *conditio sine qua non* para la liberación⁵⁹⁹ del sujeto pasivo del injusto. Por ello, a continuación, examinaré las dos primeras etapas del injusto del secuestro que mencioné en el párrafo anterior.

1. Encerrar o detener

Bien podría establecerse como el primer momento de la conducta típica, pues de acuerdo al ordenamiento normativo español es el primer momento del secuestro como tipo cualificado de las detenciones ilegales⁶⁰⁰, elemento condicional determinante de su autonomía que hemos de analizar en primer lugar⁶⁰¹, en observancia de una sistematización adecuado para el injusto del secuestro⁶⁰².

Estamos ante una figura descrita por una ley penal mixta alternativa⁶⁰³, ya que se puede privar al sujeto pasivo mediante la acción de encierro o la de detención⁶⁰⁴, es decir, la norma tiene un sentido mixto alternativo en la

Editorial La ley, Madrid, 2011, pág. 3 (accesible en: laleydigital.es, la ley 373/2012); AA.VV. “Delitos contra la libertad”, en Luis RODRÍGUEZ RAMOS (Director), *Código penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, 4ª. edic, Editorial La ley, Madrid, 2011, pág. 736. Cfr. REBOLLO VARGAS, Rafael, “Delitos contra la libertad”, en Juan CÓRDOBA RODA / Mercedes GARCÍA ARÁN (Directores), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, tomo I, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 186.

⁵⁹⁸ En un término parecido, véase MIR PUIG, Santiago, “El delito de coacciones en el Código penal”, op. cit., págs. 271 y 272.

⁵⁹⁹ Vid. ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 516.

⁶⁰⁰ Vid. MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas. Notas para un estudio doctrinal y jurisprudencial*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 1988, págs. 59 y sigs.

⁶⁰¹ Vid. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo V, op. cit., pág. 555.

⁶⁰² Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Motivos y ocasiones en el robo con homicidio”, op. cit., pág. 611.

⁶⁰³ Vid. MIR PUIG, Santiago, “El delito de coacciones en el Código penal”, op. cit., págs. 272 y sigs; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Motivos y ocasiones en el robo con homicidio”, op. cit., pág. 624; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / DÍAZ MORATO Y VILLAREJO, Julio, *Manual de Derecho penal*, op. cit., págs. 11, 12 y 24; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 285.

⁶⁰⁴ Vid. MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., pág. 56; RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español*, op. cit., pág. 307; JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (Director), *Comentarios al Código Penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 464. QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “El delito de secuestro. Tipo de injusto, dolo y autoría”, en AA.VV., *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo DEL ROSAL*, Editorial

descripción legal del tipo⁶⁰⁵, y ambas modalidades de conducta son manifestaciones intrínsecas de la conducta del secuestro, que a su vez permiten la permutabilidad entre ellas⁶⁰⁶, pero careciendo de independencia en la relevancia típica⁶⁰⁷.

Ahora bien, es indiferente a los efectos típicos de la realización del injusto y de la consumación delictiva la circunstancia de la privación de libertad personal⁶⁰⁸, ya que esencialmente ésta se sustancia en la manifestación cognitiva del injusto del secuestro por el elemento normativo de la condición⁶⁰⁹, una vez producida la privación de libertad encerrando o deteniendo al ciudadano, afectando la esfera locomotriz del sujeto pasivo del injusto, es decir, causando un menoscabo a la esfera locomotriz o ambulatoria que ha de ser producido por una de estas dos posibles formas típicas de comportamiento⁶¹⁰.

a) Encerrar

La doctrina mayoritaria⁶¹¹ define la conducta de “encerrar” como la introducción de una persona en un espacio cerrado, ya sea mueble o inmueble,

Dykinson, Madrid, 2005, pág. 763; FLORES ARNAUD, Gerardo / MARTÍNEZ RÍOS, Selene, “La política criminal bajo la cínica sombra del secuestro”, op. cit., pág. 153.

⁶⁰⁵ Vid. GÓMEZ INIESTA, Diego, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, en AA.VV., *Comentarios al Código penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, pág. 398.

⁶⁰⁶ Vid. STS 2316/1993, ponente: Eduardo MONER MUÑOZ, (Fundamentos de Derecho II, pág. 4): “En los cursos causales complejos, por acumulación de causas, las leyes de causalidad general permiten llegar a la conclusión de que todas ellas han causado, al coincidir el resultado. Si las leyes causales naturales están aseguradas científicamente, constituyen principios de experiencia obligatoria, esto es, si hay certeza objetiva de la prueba científica, sólo cuando aquélla no pueda afirmarse, sino que es discutible, habrá que acudir a la certeza subjetiva de la causación que proporcione la prueba practicada” Como también STS de 25 de enero de 1997, ponente José Antonio MARTÍN PALLÍN. En plano doctrinal, véase FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, Ma. Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., pág. 212.

⁶⁰⁷ Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Motivos y ocasiones en el robo con homicidio”, op. cit., pág. 624; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 119; ID., “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 144.

⁶⁰⁸ Vid. CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., pág. 394.

⁶⁰⁹ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 289 y 290; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 235 y 236; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., págs. 112 y 113; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 160. Cfr. CALDERÓN CERREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código Penal comentado*, op. cit., pág. 331.

⁶¹⁰ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 119 y 120; ID., “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., págs. 144 y 145.

⁶¹¹ Vid. CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., pág. 395; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español*, op. cit., 132; ID., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª. edic, Editorial Atelier, 2010, págs. 192 y 193; PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 506; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª. edic, Editorial Ariel, Barcelona, 1991, pág.

del que no pueda escapar, manteniendo al sujeto pasivo del injusto en contra de su voluntad, ya que es ésta la forma empleada para menoscabar la privación de libertad ambulatoria⁶¹².

La conjugación del verbo típico “encerrar” admite una interpretación en sentido amplio y otra en sentido restringido: la primera de ellas consiste en el sentido que impide la libertad ambulatoria del sujeto pasivo en contra de su voluntad, ya sea abandonándolo en un lugar de características abiertas; la segundo equivale al encierro del sujeto pasivo del injusto, en un lugar de espacio totalmente cerrado, ya sea mueble o inmueble, privando de la libertad ambulatoria al sujeto pasivo de la conducta lesionada por tal situación, si bien la dogmática penal ha señalado que, para que se dé el supuesto del encierro en sentido restringido, sólo podrá actualizarse la conducta lesiva en lugares cerrados⁶¹³.

105; RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español*, op. cit., pág. 307; JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 465; ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 504; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, Ma. Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., págs. 208 y 209; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 173; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Detenciones ilegales”, op. cit., pág. 4; CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 185; REBOLLO VARGAS, Rafael, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 174; CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código Penal comentado*, op. cit., pág. 324; PRATS CANUT, Josep Miguel, “Delitos contra la libertad”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 5^a. edic, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 183; QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “El delito de secuestro”, op. cit., pág. 763; GÓMEZ INIESTA, Diego, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 398; HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier / BACH FABREGO, Roser / YLLANES SUÁREZ, Juan Pedro, “Jurisprudencia procesal-penal del Tribunal Supremo. Un análisis crítico”, *DPP*, número 18, Navarra, 2007, pág. 182; SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 13^a. edic, Editorial Dykinson, Madrid, 2008, pág. 162; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Delitos contra la libertad”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 9^a. edic, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 186; ESCRIBIELLA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, op. cit., pág. 3; BOLEA BARDÓN, Carolina. “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 135; AA.VV. “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 732; MARTÍN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 119. En el extranjero ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, op. cit., pág. 203.

⁶¹² Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 120; ID., “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 144; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo V, op. cit., págs. 555 y 556; MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, traducción del alemán de la 2^a. edic, puesto al día por José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, tomo I, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1955, pág. 96; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 148. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., pág. 330.

⁶¹³ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 120 y 121; ID., “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 144; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo V, op. cit., págs. 555 y 556; CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op.

Realmente, resulta irrelevante el lugar de reclusión del sujeto pasivo, para la realización del tipo penal, en razón a que la relevancia del delito y de la conducta tipificada como injusto reside en la privación de la libertad del sujeto pasivo⁶¹⁴, independientemente de si se trata de un encierro en un vehículo⁶¹⁵, casa, local comercial, parte localizada o habitación⁶¹⁶. El motivo relevante para la normativa penal es que la acción de encerrar se produzca en un lugar no abierto al público, menoscabando el bien jurídico de la libertad ambulatoria o locomotriz del sujeto pasivo. Es decir, la relevancia jurídica del injusto, en el término del encierro, deriva del reconocimiento normativo del entorno social, que tiene una conexión intrínseca con la norma de prohibición, ya que la relevancia jurídica de la conducta de encerrar implica un menoscabo a la esfera del bien jurídico protegido integrado por la libertad ambulatoria⁶¹⁷, y la vigencia de norma procura contraponer el estado contra-factico de la validez de la norma.

El elemento del encierro constituye un elemento típico que no posee una naturaleza física-natural⁶¹⁸, sino que es portador de significado jurídico de índole

cit., págs. 395 y sigs; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*. Op. cit., pág. 905; ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 505; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., págs. 42 y sigs; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 173 y 174; SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal*, op. cit., pág. 162; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 148; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 186; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 119.

⁶¹⁴ Cfr. Jurisprudencia, registro 2002180, Tesis 1^a/J. 80/2012 (10a.), ponente: Jorge María PARDO REBOLLEDO: “Privación ilegal de la libertad en sus modalidades de secuestro y secuestro exprés. Para considerar actualizada la agravante prevista en el artículo 164, fracción I, del Código penal para el distrito federal, resulta relevante el lugar en donde se encuentra la víctima en el momento justo en el que es privada de su libertad”. *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, tomo I, materia penal, Décima época, noviembre de 2012, pág. 816.

⁶¹⁵ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*. Op. cit., pág. 906; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales”, op. cit., págs. 230 y sigs; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, M^a Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., pág. 212; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 50. Cfr. STS 28/1999, ponente: DELGADO GARCÍA; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 81 y 82.

⁶¹⁶ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo V, op. cit., págs. 555 y 565; MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 96; CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., pág. 399; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., pág. 331; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, op. cit., pág. 905 y 906; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Detenciones ilegales”, op. cit., pág. 4. En el extranjero, ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, op. cit., pág. 203.

⁶¹⁷ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 121.

⁶¹⁸ Cfr. MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 15, 170 y sigs.

espiritual-normativa⁶¹⁹, que hace concreta referencia a una peculiar forma ejecutiva de afectación de la libertad ambulatoria individual típicamente relevante, la cual es conseguida a través de esta categoría⁶²⁰.

La privación de la libertad ambulatoria cumple un papel en el resultado de la ejecución de la acción típica⁶²¹, la cual está conectada en términos ocasionales con la acción del encierro, en una relación de alternatividad de una con la otra⁶²², de forma que es una porción de los elementos del injusto del secuestro⁶²³.

b) Detención

La siguiente modalidad alternativa⁶²⁴ de la ejecución de la conducta típica en el injusto del secuestro es representada por la detención, pero dicha detención equivale jurídicamente a aprehender al sujeto pasivo del injusto, ejecutando de este modo la privación de libertad ambulatoria del sujeto pasivo⁶²⁵.

⁶¹⁹ En un sentido parecido, véase TORÍO LÓPEZ, Ángel, “La estructura típica del delito de coacción”, op. cit., págs. 34 y sigs; ID., “La estructura típica del delito de coacción”, op. cit., págs. 410 y sigs. En el supuesto de la valoración de la determinación alternativa del hecho, véase a MAURACH, Reinhart, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 166 y 167; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 158 y sigs; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal*, op. cit., pág. 174.

⁶²⁰ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 121. En el mismo sentido, TORÍO LÓPEZ, Ángel, “La estructura típica del delito de coacción”, op. cit., pág. 36; ID., “La estructura típica del delito de coacción”, op. cit., págs. 412 y 413.

⁶²¹ Vid. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, Editorial Colex, 1997, págs. 97 y 98. Cfr. MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 157.

⁶²² Véase la nota 26 y 36.

⁶²³ Vid. MIR PUIG, Santiago, “El delito de coacciones en el Código penal”, op. cit., págs. 272 y sigs; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Motivos y ocasiones en el robo con homicidio”, op. cit., págs. 619 y sigs; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “La estructura típica del delito de coacción”, op. cit., págs. 29 y sigs; ID., “La estructura típica del delito de coacción”, op. cit., págs. 404 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 122 y 123.

⁶²⁴ *Ibidem*.

⁶²⁵ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 123; ID., “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 144; GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo V, op. cit., pág. 555; CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., pág. 394; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 105; ALONSO PÉREZ, Francisco, *Detenciones ilegales cometidas*, op. cit., pág. 100; ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 504; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 174; CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 185; CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código Penal comentado*, op. cit., pág. 328; QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “El delito de secuestro”, op. cit., pág. 763; GÓMEZ INIESTA, Diego, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 398; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 120. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., pág. 331.

La categoría de la detención es manifestación de una acción típica que abarca también al encierro⁶²⁶. El legislador español estipula una conexión alternativa ocasional entre ellas y la privación de libertad ambulatoria⁶²⁷. POLAINO NAVARRETE estima que la detención constituye toda aquella forma de comportamiento personal dirigido a la privación de la libertad locomotriz humana, pero sin consistir en la propia privación de tal libertad ambulatoria, porque precisamente ésta es requerida por el texto legal como concurrente con el comportamiento alternativo del encierro o de la detención⁶²⁸. Por lo tanto, las formas de comportamiento del injusto del secuestro del encierro o la detención son esferas dinámicas de la ejecución inicial de la conducta, de carácter alternativo-ocasional, que cumplen con el papel descriptivo⁶²⁹ de la privación de libertad ambulatoria, de la que emana el sentido normativo del concepto del secuestro⁶³⁰.

La conducta de la detención es un desvalor de la acción realizado por el sujeto activo injusto; realmente, es una forma alternativa de comisión del injusto, es la forma de comisión externa del comportamiento del sujeto activo, encaminada a la aprensión⁶³¹ del sujeto pasivo,⁶³² para lograr el menoscabo a la

⁶²⁶ Vid. ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 308; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 123. Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal español*, op. cit., 132; ID., *Derecho penal español*, op. cit., pág. 192 y 193; JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 465; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Detenciones ilegales”, op. cit., pág. 5; SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal*, op. cit., pág. 162; BOLEA BARDÓN, Carolina “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 135. En el extranjero, ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, op. cit., pág. 203.

⁶²⁷ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 285.

⁶²⁸ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 123; ID., “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 144. En un sentido parecido, ya GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo V, op. cit., pág. 555.

⁶²⁹ En un sentido parecido, en especial, TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Motivos y ocasiones en el robo con homicidio”, op. cit., págs. 608 y sigs.

⁶³⁰ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 123; ID., “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 144.

⁶³¹ Vid. VIVES ANTÓN, Tomás S. / GIMENO SENDRA, José Vicente, *La detención. Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes. Detenciones ilegales*, Editorial Bosch, 1977, pág. 60.

⁶³² Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “La estructura típica del delito de coacción”, op. cit., págs. 27 y sigs; ID., “La estructura típica del delito de coacción”, op. cit., págs. 402 y 403; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª. edic, alemana y notas por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA / Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO / Javier DE VICENTE REMESAL, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 324; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 257; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 473 y 474; JAKOBS, Günther, quien denomina el desvalor de acción como desvalor de la intención, pero objetivizando dicha intención del sujeto activo. Y lo define que el injusto requiere al menos el desvalor de intención y de objetivación; la acción es precisamente la producción evitable («intención») de al menos un momento corporal. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit.,

esfera de la libertad ambulatoria⁶³³, pero se exige además una relación específica que permita imputar objetivamente al sujeto⁶³⁴, que en este caso es integrada por el elemento normativo de la condición⁶³⁵.

Ahora bien, el tipo básico del injusto del secuestro no requiere medios idóneos para privación de libertad ambulatoria⁶³⁶, por lo cual los medios típicos exigidos son el encierro⁶³⁷ o la detención⁶³⁸, de forma alternativa, y subsecuente, la una de la otra, estableciéndose un estado de privación de libertad ambulatoria.

c) Delimitación conceptual del encierro y detención

La delimitación esencial entre el encierro y detención estriba en que en el encierro se deja al sujeto pasivo del injusto, en un espacio determinado, sin la posibilidad de poder salir por sus propios medios, es decir, por sus medios locomotores, y en la detención se produce una inmovilización total del sujeto pasivo⁶³⁹, pues se aprehende al sujeto pasivo para privarle de la capacidad de realizar algún movimiento de características ambulatorias. En cualquier caso, el encierro o detención ejecutado por el sujeto activo despliega una serie de obstáculos externos de inmovilización sobre el sujeto pasivo de la conducta lesiva, generando una situación que impide al sujeto pasivo ejercer su libertad ambulatoria, al menoscabarse la esfera ambulatoria⁶⁴⁰ del mismo, y su facultad de decisión de moverse o desplazarse libremente⁶⁴¹.

págs. 204 y 205; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, op. cit., págs. 95 y sigs.

⁶³³ Vid. KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, op. cit., pág. 97.

⁶³⁴ Vid. STS 2316/1993, ponente: Eduardo MONER MUÑOZ, (Fundamentos de Derecho II, pág. 4).

⁶³⁵ Vid. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. II, op. cit., pág. 502.

⁶³⁶ Vid. CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., págs. 397 y sigs.

⁶³⁷ Vid. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. II, op. cit., pág. 509.

⁶³⁸ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., pág. 903; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 105; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., pág. 327; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a. Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 157 y sigs; PRATS CANUT, Josep Miguel, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 183; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 81; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 186; ESCRIBUELA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, op. cit., pág. 3.

⁶³⁹ Vid. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., págs. 46 y 47; AA.VV. “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 732. Cfr. REBOLLO VARGAS, Rafael, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 174.

⁶⁴⁰ Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “La estructura típica del delito de coacción”, op. cit., pág. 27; ID., “La estructura típica del delito de coacción”, op. cit., págs. 402 y 403; CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código Penal comentado*, op. cit., pág. 328. Cfr. GÓMEZ INIESTA, Diego, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 400.

⁶⁴¹ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 120 y sigs.

El encerrar o detener no es, propiamente, la conducta típica del injusto del secuestro, sino que el encierro o la detención, son el desvalor del hecho⁶⁴² del primer nivel de la privación de libertad, por su relación alternativa-ocasional⁶⁴³ de la conducta puesta en ejecución por el sujeto activo del injusto, para lograr el menoscabo a la esfera de la libertad ambulatoria⁶⁴⁴. Consecuencia de esto, el comportamiento del sujeto activo, sólo está determinado por la consecuencia de la privación de la libertad ambulatoria a través de alguna de estas dos formas de comisión⁶⁴⁵, y por ello, puede realizarse a través de cualquier medio idóneo que conlleve el encierro o detención generadoras de la privación de libertad ambulatoria, ya que el tipo básico del injusto del secuestro no limita normativamente las modalidades de ejecución del encierro o detención⁶⁴⁶.

En base a lo anterior, cabe mencionar que la acción típica del delito de secuestro es la privación de libertad del sujeto pasivo, víctima del injusto penal. Un sector de la doctrina señala que la privación de libertad es la característica del encierro y la detención, y por tal motivo no existen dos momentos de la comisión delictiva del secuestro⁶⁴⁷, dado el caso de que no se configura el delito hasta el momento que se priva de la libertad al sujeto pasivo, pues la privación de libertad es el resultado de la comisión delictiva⁶⁴⁸. Sin embargo, otro sector doctrinal señala que la privación de libertad es el segundo momento de la compleja estructura delictiva del delito de secuestro⁶⁴⁹.

⁶⁴² Vid. PRATS CANUT, Josep Miguel, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 205.

⁶⁴³ Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Motivos y ocasiones en el robo con homicidio”, op. cit., págs. 615 y sigs; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 157 y sigs, 257, 285. Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal español*, op. cit., 132; ID., *Derecho penal español*, op. cit., pág. 192 y 193; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 121.

⁶⁴⁴ Vid. STS 24/2005, ponente: Juan SAAVEDRA RUÍZ, (Fundamentos de Derecho); HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier / BACH FABREGO, Roser / YLLANES SUÁREZ, Juan Pedro, “Jurisprudencia procesal-penal del Tribunal Supremo”, op. cit., págs. 181 y 182.

⁶⁴⁵ Vid. ALONSO PÉREZ, Francisco, *Detenciones ilegales cometidas*, op. cit., pág. 100. En la jurisprudencia véase STS 1468/2007, ponente: Miguel Colmenero MENÉNDEZ DE LUARCA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 9).

⁶⁴⁶ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 123 y sigs; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / DÍAZ MORATO Y VILLAREJO, Julio, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 12; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 149; ESCRIHUELA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, op. cit., pág. 4.

⁶⁴⁷ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español*, op. cit., 132; ID., *Derecho penal español*, op. cit., pág. 192 y 193; JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 465. Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 123 y sigs.

⁶⁴⁸ Vid. MIR PUIG, Santiago, “El delito de coacciones en el Código penal”, op. cit., págs. 273 y sigs; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Motivos y ocasiones en el robo con homicidio”, op. cit., págs. 616 y sigs; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “La estructura típica del delito de coacción”, op. cit., págs. 23 y sigs; ID., “La estructura típica del delito de coacción”, op. cit., págs. 397 y 398.

⁶⁴⁹ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 128. Cfr. REBOLLO VARGAS, Rafael, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 186.

La doctrina mayoritaria⁶⁵⁰ ha sostenido que el encierro y la detención son dos formas de privación de libertad ambulatoria. Del concepto anterior deriva que el encierro no es más que una especie genérica de la detención. Ya Alejandro GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA⁶⁵¹ señalaba que era irrelevante el término encerrar, porque dicho término implica detención y, al usar el tipo ambos vocablos, el acto de detener es de mayor amplitud y precedería al de encerrar⁶⁵².

A continuación, analizaré la siguiente fase de la conducta, es decir, el vínculo de conexión entre el encierro o detención, que se solidifica en la privación de la libertad ambulatoria del sujeto pasivo del injusto del secuestro.

2. Privación de libertad

La categoría de la privación de la libertad proviene de la unión con los dos elementos anteriores (encerrar o detener) mediante la conexión alternativa-ocasional exigida por la descripción típica del injusto del secuestro⁶⁵³, al haber una relación típica entre el encierro, la detención y la privación de libertad⁶⁵⁴ del sujeto pasivo del injusto.

Se podría estimar que la privación de la libertad es consecuencia del encierro o de la detención, como una especie de resultado material de la ejecución del injusto, en razón que se encierra o se detiene al sujeto pasivo para privarlo de su libertad ambulatoria⁶⁵⁵; sin embargo, realmente, la privación de la libertad es el segundo momento de la compleja conducta en el injusto del secuestro⁶⁵⁶, es decir, un genuino elemento típico normativo, lingüísticamente⁶⁵⁷

⁶⁵⁰ Véase las notas de citas número 45, 47, 57 y 72.

⁶⁵¹ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo V, op. cit., pág. 555.

⁶⁵² Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 123; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 114; ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., págs. 506 y sigs; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 42; ID., “Detenciones ilegales”, op. cit., pág. 3; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 121. En el extranjero ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, op. cit., pág. 203.

⁶⁵³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 128 y sigs.; ID., “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 145.

⁶⁵⁴ Cfr. El artículo 9 de la Ley Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que este artículo menciona la realización de la privación de la libertad como acción del injusto del secuestro.

⁶⁵⁵ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., págs. 330 y 332; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 186; Cfr. QUINTANAR DIEZ, Manuel, “Sobre el delito de detención ilegales. Estudio de algunas singulares modalidades del artículo 188 del Código penal español”, *CPC*, número 57, Madrid, 1995, pág. 728.

⁶⁵⁶ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 128 y sigs.; ID., “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 145. Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan, “El

expresado con la palabra secuestro, según resulta de la interpretación lingüística compleja de la acepción del “secuestro”, ya que el mismo representa el punto de unión de la conducta que engloba la otra porción del injusto⁶⁵⁸.

En base a la anterior precisión, cabría establecer una delimitación entre el objeto material de ataque (objeto de la acción) y el objeto de protección (bien jurídico)⁶⁵⁹, pues, aunque ambos son parte del injusto y del bien jurídico, estamos ante un supuesto de coincidencia entre objeto material de la acción y bien jurídico tutelado por la norma penal, siendo en este injusto la privación de libertad tanto el objeto de la agresión como el bien jurídico protegido (libertad ambulatoria)⁶⁶⁰. Pero esto sólo es así aparentemente; pues el objeto de la acción en el injusto del secuestro es la persona protegida (sujeto pasivo o víctima)⁶⁶¹, que se encuentra privada de su libertad ambulatoria⁶⁶², mientras que el bien jurídico tutelado es la libertad ambulatoria, que se materializa con la privación de la libertad, lingüísticamente de la acepción del secuestro. Pues el bien jurídico está integrado en el objeto de ataque y es afectado incidiendo en los respectivos objetos individuales de la conducta del injusto del secuestro⁶⁶³.

Ahora bien, entre las dos fases de iniciación del injusto del secuestro se establece una relación de manera alternativa entre el encierro y la detención (ocasionalmente), y se exige después conexión con la privación de libertad, que establece el nexo de unión de uno y otro elemento del injusto. Esta relación del injusto del secuestro no se debe mal-interpretar como estado cronológico de la duración de la privación de la libertad ambulatoria, sino que representa el núcleo

delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., págs. 393 y sigs; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 186 y 200.

⁶⁵⁷ Cfr. CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 186.

⁶⁵⁸ Vid. MIR PUIG, Santiago, “El delito de coacciones en el Código penal”, op. cit., págs. 273 y 274. Cfr. MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 99.

⁶⁵⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 282 y 294: “El resultado típico debe distinguirse del menoscabo del bien jurídico protegido. El primero supone la lesión o puesta en peligro del objeto material separable de la acción en una dimensión espacial y temporal, mientras que la lesión del bien jurídico afecta a la relación de la acción típica con la pretensión de respeto que posee el valor protegido por la disposición penal”. Véase también POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, págs. 163 y 164.

⁶⁶⁰ Vid. PRATS CANUT, Josep Miguel, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 183; GÓMEZ INIESTA, Diego, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 399. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., págs. 326 y 327.

⁶⁶¹ Vid. QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “El delito de secuestro”, op. cit., pág. 765.

⁶⁶² Vid. BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 36; REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 104. Ya que estos autores lo denominan como objeto material.

⁶⁶³ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 62 y 63.

de conexión del vínculo de la alternatividad normativa de la privación ilegal de la libertad ambulatoria⁶⁶⁴.

3. Medios comisivos

La privación de libertad se realiza mediante la ejecución de los medios idóneos para encerrar o detener al sujeto pasivo⁶⁶⁵, con el objetivo de poner en riesgo la esfera de libertad ambulatoria del sujeto pasivo del injusto del secuestro, pues el artículo 164 del Código Penal español no exige otros medios idóneos para realizar la privación de libertad ambulatoria que no sean el encierro o la detención⁶⁶⁶ concurrentes de forma alternativa y ocasional.

Ahora bien, para poder lograr la privación de libertad del sujeto pasivo, es necesario en algunas ocasiones la realización de *vis absoluta* o *vis compulsiva* en contra del individuo al que se pretende privar de su libertad⁶⁶⁷. La utilización de *vis absoluta* y *vis compulsiva* no es requerida⁶⁶⁸ por el tipo penal del injusto del secuestro del artículo 164 del Código Penal español, si bien la conducta se ha de realizar mediante la utilización de alguno de estos medios⁶⁶⁹, indistintamente, y la violencia ejercida por el sujeto activo debe ser considerada necesaria y suficiente para poder ejecutar la privación de libertad del sujeto pasivo.

a) *Vis absoluta*

La violencia física⁶⁷⁰ es aquella que se comprende la fuerza motriz de ejecución en contra de la víctima del injusto del secuestro (sujeto pasivo),

⁶⁶⁴ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 132 y 133; ID., “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 145.

⁶⁶⁵ Vid. CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., pág. 397 y sigs; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / DÍAZ MORATO Y VILLAREJO, Julio, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 12; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 81. Cfr. MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 97, ya que este autor señala varios medios idóneos para lograr la privación de la libertad ambulatoria.

⁶⁶⁶ Vid. MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., págs. 58 y 59.

⁶⁶⁷ Vid. MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., pág. 57; PRATS CANUT, Josep Miguel, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 183.

⁶⁶⁸ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, op. cit., págs. 904, 905 y 927; BOLEA BARDÓN, Carolina “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 135.

⁶⁶⁹ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español*, op. cit., pág. 307; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., págs. 332 y 333; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 160 y sigs; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Detenciones ilegales”, op. cit., pág. 4. En el extranjero BUROZ ARISMENDI, René, *Secuestro*, op. cit., pág. 31.

⁶⁷⁰ Vid. STS 1424/2005, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho I, pág. 19): “Por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física,

suficiente para poder lograr la privación de libertad⁶⁷¹, a afectos de suprimir la voluntad del sujeto pasivo y posteriormente menoscabar la esfera de libertad ambulatoria. Esta utilización de la fuerza física puede ser ejercida por cualquier medio idóneo físico, por ejemplo, golpes, patadas, rodillazos, empujones (*vis corporis afflicta* o *vis corpore corpori data*), es decir, lesiones corporales que tardan en sanar menos de quince días, si no ya estaríamos ante un supuesto de lesiones graves que ponen en riesgo la integridad de la víctima y se habría de imputar al sujeto activo por concurso de delitos de secuestro y de lesiones⁶⁷².

b) *Vis compulsiva*

La *vis compulsiva*⁶⁷³ o violencia moral, es la fuerza psíquica o mental, capaz de eliminar las paredes mentales de resistencia del sujeto pasivo para facilitar la privación de la libertad del individuo⁶⁷⁴, pudiendo ser ejercida contra el sujeto pasivo de la conducta o contra un tercero, es decir, que dicha violencia puede ser ejercida contra una persona cercana a la víctima del sujeto pasivo en las circunstancias en las que se realiza la ejecución del injusto, es decir, cuando el sujeto pasivo se encontraba acompañado de una tercera persona, en quien recae la agresión psíquica. La *vis compulsiva* puede ser de distintos tipos ya sea verbal o de acciones que intimiden a la víctima del secuestro⁶⁷⁵.

B) Resultado de la conducta del injusto del secuestro

Si bien “no existe resultado típico sin conducta típica, sin embargo, en los delitos que la doctrina denomina de resultado, no puede existir una conducta típica sin tener en cuenta como elemento de determinación el resultado. Es decir, el resultado nos sirve para determinar el alcance de la norma de conducta (injusto)⁶⁷⁶. En ciertos delitos de resultado la conducta se ve definida en el tipo exclusivamente como productora de un resultado. La única forma de diferenciar

y así como recuerda la STS. 1546/2002 de 23.9, se ha dicho que equivale a acometimiento, coacción o imposición material e implica una agresión real más o menos violenta o por medio de golpes, empujones, desgarros ropa, es decir; fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (STS. 1145/98 de 7.10; 413/2004 de 31.3)”.

⁶⁷¹ Vid. MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 87; CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., pág. 399; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 149.

⁶⁷² Véase ampliamente en MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., págs. 115 y sigs.

⁶⁷³ Vid. STS 1424/2005, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho I, pág. 19): “Mientras que la intimidación y de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier forma de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado, uso de vis compulsiva o vis psíquica que compete a ceder a los propósitos del agente (SSTS. 1583/2002 de 3.10, 2131/2002 de 11.12)”.

⁶⁷⁴ Vid. STS 8316/2007, ponente: José Ramón SORIANO SORIANO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 2).

⁶⁷⁵ Ampliamente en MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., págs. 118 y sigs. Como también MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 88.

⁶⁷⁶ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 205.

el injusto merecedor de pena (injusto penal) del injusto administrativo, es tener en cuenta para desvalorar una conducta su relación con el resultado. Un resultado sólo nos interesa en cuanto forma parte del aspecto objetivo de la conducta que infringe la norma⁶⁷⁷, no hay duda, pues, de que el resultado es un elemento material del injusto porque es un elemento de acción típica⁶⁷⁸.

Sin tener en cuenta el resultado no podemos entender que una conducta sea materia de desvalor del hecho del secuestro, generando la privación de la libertad, mediante el encierro o detención⁶⁷⁹.

En los delitos de resultado o los tipos prohibitivos de causar, lo determinante para la valoración normativa⁶⁸⁰, y al igual que en todos los tipos penales, es cómo se llega a menoscabar el bien jurídico, no la generación de la lesión⁶⁸¹ en sí, de forma aislada. Aunque las conductas, que en el caso del injusto del secuestro son detener, encerrar y privar de la libertad, sólo se definen en relación a sus consecuencias⁶⁸², ello no nos ofrece ninguna información útil. Por ello, el resultado sólo es típico en cuanto forma parte integrante de la conducta infractora de la norma. Su consecuencia es que la infracción de la norma de conducta se hace completamente evidente en el resultado típico de la privación de la libertad ambulatoria en el injusto del secuestro, que no es otro caso que la objetivación de la infracción de la norma de conducta⁶⁸³, y por ende de la pena, en virtud de una condición objetiva de punibilidad⁶⁸⁴.

⁶⁷⁷ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., págs. 202 y 203. En un sentido parecido pero denominándolo como estado jurídico desaprobado. Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., pág. 319.

⁶⁷⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 204; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, op. cit., págs. 107 y 111. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 483 y 484.

⁶⁷⁹ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 136.

⁶⁸⁰ Vid. KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, op. cit., pág. 100.

⁶⁸¹ Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “La estructura típica del delito de coacción”, op. cit., págs. 23 y 24; ID., “La estructura típica del delito de coacción”, op. cit., págs. 397, 398 y 399.

⁶⁸² Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 136 y 137; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Detenciones ilegales”, op. cit., pág. 7.

⁶⁸³ Vid. STS 2316/1993, ponente: Eduardo MONER MUÑOZ, (Fundamentos de Derecho II, pág. 4): “La afirmación, pues, de que una acción ha causado un resultado, no es más que un presupuesto, a partir del cual hay que precisar si esa causación del resultado es objetivamente imputable a la acción causal del sujeto. El juicio de imputación objetiva exige, pues, dos elementos: la existencia de relación de causalidad natural entre acción y resultado y que el resultado sea expresión del riesgo creado y el fin de protección de la norma, de suerte que es objetivamente imputable un resultado que está dentro del ámbito de protección de la norma penal que el autor ha vulnerado mediante una acción creadora de riesgo o peligro jurídicamente desaprobado. -cfr. Tribunal Supremo Sentencias 15 enero 1991 y 29 enero 1993-”. En el mismo sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, op. cit., págs. 107 y 111. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 483 y 484.

⁶⁸⁴ Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, *Los elementos subjetivos de justificación*, op. cit., pág. 5; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 357 y sigs; ID., *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 476 y sigs; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 597: “Las condiciones objetivas de

Ahora bien, con la materialización del resultado del injusto, la pena adquiere una especial legitimación en el supuesto concreto, ya que la imputación del resultado en la conducta del secuestro se puede constatar de forma satisfactoria en el caso concreto de la relación existente entre el desvalor del hecho (acción), y la producción del hecho por el ciudadano, que no evitó la realización del riesgo creado. Sin embargo, esta relevancia se constata mediante la observación de la norma de conducta, ya que se podría evitar el riesgo de la privación de la libertad ambulatoria, es decir, que la norma de conducta debe ser acatada por el entorno social, por ello, la defraudación de la norma es derivada de la intervención del Estado en su función protectora de los ciudadanos y del entorno social⁶⁸⁵.

La relevancia del desvalor del resultado estriba en que, en los supuestos de peligro como en la tentativa⁶⁸⁶, la sola puesta en ejecución de la conducta y, por ende, generación de peligro, ya es merecedora de pena⁶⁸⁷, es decir, la imputación

punibilidad son circunstancias que se encuentran en relación inmediata con el hecho, pero que no pertenecen ni al tipo de injusto ni al de la culpabilidad. Todas ellas pertenecen a los presupuestos materiales de la punibilidad, pero muestran entre ellas consideraciones diferentes puesto que constituyen en parte, un grupo especial propio pero, en parte también, son similares a los elementos del tipo. A pesar de estas disparidades son tratadas en su conjunto de acuerdo con el mismo principio. La cuestión de la punibilidad sólo depende del hecho de su presencia o ausencia, pues la imprudencia no necesariamente refiere a ellas. Esto significa, en primer lugar, que el autor es punible cuando la condición objetivo concurre en el hecho o tiene lugar con posterioridad e, incluso, aunque no la conociera o, en caso, si no pudo preverla”. Cfr. KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, op. cit., págs. 43 y 44.

⁶⁸⁵ Vid. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995, op. cit., pág. 112. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, “La adecuación social y el delito de detenciones ilegales, op. cit., págs. 455 y sigs; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 483 y 484.

⁶⁸⁶ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 136 y 137. Cfr. STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general*, tomo 1, *El hecho punible*, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, / Marcelo A. SANCINETTI, Editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pág. 434.

⁶⁸⁷ Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., págs. 42, 43 y 44; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 282. En la jurisprudencia española STS 8065/2011, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 16): “En la dicción del CP vigente -recuerda la STS 822/2008 de 4.12 la acción típicamente punible en que la tentativa consiste, debe ser apta para producir el resultado, pues lo que el artículo 61.1 CP expresa literalmente que 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. Es decir, el enjuiciamiento de la tentativa se agota con la determinación de la idoneidad a la conducta para producir el delito, y ello debe hacerse atendiendo a la conducta misma y no a circunstancias extrañas a la voluntad del agente, que serán muchas veces de carácter accidental. La tentativa se castiga por la capacidad de dicha acción para poner en peligro el bien jurídico protegido, siendo indiferente que a la postre dicho peligro se materialice o no de una manera efectiva”. Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª. edic, Editorial Bosch, Barcelona, 1982, págs. 66 y sigs.

del resultado es objetivamente producida por las consecuencias objetivas de punibilidad⁶⁸⁸, y debe ser punible por la puesta en peligro, ya que hay un adelantamiento de la barrera de punición⁶⁸⁹. Es decir, en los supuestos dolosos, como en este caso el secuestro, no hace falta la producción del resultado para imputar una pena, ya que con el solo hecho de la iniciación de la ejecución típica, es suficiente⁶⁹⁰, porque se está dando un ejemplo claramente insoportable para la convivencia social⁶⁹¹, sin perjuicio obviamente de que cuando se consuma el injusto del secuestro la imputación es más grave que en la mera tentativa⁶⁹², y de ahí la diferencia de la pena.

De lo anterior, se deduce que el injusto no es la infracción a la norma, como tal, sino que el producto de la realización del injusto, es la infracción de la norma. Es decir, en el tipo del injusto del secuestro, se exige secuestrar a un sujeto pasivo, privándole de la libertad ambulatoria, hasta el cumplimiento de la condición, pero el resultado típico en este caso es la creación de la prohibición normativa, y es en este sentido como se debe entender el cumplimiento de la imputación del resultado en su función explicativa y legitimadora de punición. La norma de conducta que se infringe con o sin resultado es la misma, pero el resultado hace que ese injusto adquiera una mayor relevancia social, pues con su causación se ve vulnerada la paz jurídica⁶⁹³ y se ve alterado el orden social, por tanto, el resultado es un elemento material de la norma de conducta porque

⁶⁸⁸ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., pág. 324; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 357 y sigs; ID., *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 476 y sigs; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 596 y sigs; PUPPE, Ingeborg, “Sobre la estructura de la justificación”, traducción del alemán por Ricardo ROBLES PLANAS, en Nuria PASTOR MUÑOZ (Coord.), *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Estudios y debates en Derecho penal, Núm. 9, Editorial B de F, Buenos Aires, 2014, pág. 334. Cfr. KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, op. cit., págs. 43 y 44.

⁶⁸⁹ En palabras de Claus ROXIN, si no se realiza el desvalor del resultado de un delito de lesión y en cambio concurre el desvalor de la acción, se da una tentativa. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., pág. 319; ROXIN exige sobrepasar la frontera de la preparación impune, pues solo de ese modo se convierte en prohibición de creación de un riesgo. ROXIN, Claus, “La idea del bien jurídico en la teoría del injusto penal”, traducción del alemán por Miguel POLAINO-ORTS, en Claus ROXIN / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Política criminal y Dogmática penal. Cuestiones fundamentales*, Colección: Dogmática penal, Núm. 10, Editorial Ara, Perú, 2013, pág. 79. En un sentido parecido RUEDA MARTÍN, María Ángeles, “La adecuación social y el delito de detenciones ilegales, op. cit., pág. 456.

⁶⁹⁰ Vid. GALLAS, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, op. cit., págs. 54 y 55

⁶⁹¹ Vid. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, op. cit., pág. 113. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 483 y 484.

⁶⁹² Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., pág. 323; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., pág. 365; ID., *El Derecho penal español*, op. cit., pág. 486.

⁶⁹³ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., pág. 325. Cfr. MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 45.

determina el alcance del tipo objetivo, además del alcance de las prohibiciones y mandatos normativos⁶⁹⁴.

III. Otros elementos típicos, en particular, la exigencia de alguna condición

La exigencia de una condición es el segundo elemento del tipo objetivo del injusto del secuestro, que establece el ordenamiento punitivo en el artículo 164 del Código Penal español, y como anteriormente hemos mencionado es la tercera fase del tipo de injusto del secuestro⁶⁹⁵, ya que sin esta fase no se realiza secuestro⁶⁹⁶ y estaríamos ante la modalidad de detenciones ilegales.

Este elemento objetivo de la condición es un elemento normativo del tipo⁶⁹⁷, que no es apreciado a primera vista, sino hasta la valoración de las circunstancias de los hechos⁶⁹⁸, de forma que este término condicional para la puesta en libertad es un término amplio y necesita una adecuada relación con el nexo de la causalidad, para la puesta en libertad, pero sin olvidar la imputación objetiva, ya que determina los baremos de la objetivación del nexo causal, delimitando el campo de causación⁶⁹⁹.

Por ello, el elemento objetivo de la condición es el último elemento de la valoración global del hecho del injusto del secuestro, porque la reprobabilidad de la conducta coactiva del autor no sólo designa el injusto típico, sino simultáneamente también el concreto injusto del secuestro en cualquier caso particular de este tipo de injusto. Estamos ante un tipo de injusto autónomo, así

⁶⁹⁴ Vid. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995, op. cit., pág. 114. En un sentido parecido, GALLAS, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, op. cit., pág. 64. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 483 y 484.

⁶⁹⁵ Vid. *supra* A) Momentos de la conducta, de este mismo capítulo.

⁶⁹⁶ Vid. CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código Penal comentado*, op. cit., pág. 331. Cfr. STS 30/2004, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

⁶⁹⁷ En el mismo sentido, MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 136.

⁶⁹⁸ Vid. RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 84.

⁶⁹⁹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Aberratio ictus e imputación objetiva”, *ADPCP*, tomo 37, Fascículo II, Madrid, 1984, págs. 360 y 369; JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 224; FRISCH, Wolfgang, “La imputación objetiva. Estudio de la cuestión”, traducción del alemán por Ricardo ROBLES PLANAS, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, pág. 28; POLAINO-ORTS, Miguel, “La capacidad de rendimiento de la dogmática para el proceso penal”, *Iter criminis*, número 1, 5ª época, México D.F., Julio-agosto 2011, págs. 133 y sigs; CANCIO MELIÁ, Manuel, “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”, en María Eloísa QUINTERO / Miguel POLAINO-ORTS (Coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2ª. edic, Editorial Flores editor, México, D.F., 2012, pág. 496 y sigs.

entendido jurisprudencialmente⁷⁰⁰ y doctrinalmente⁷⁰¹, pero en este caso el legislador español hace depender la punibilidad de la comprobación judicial de la antijuricidad material: en otras palabras, la perpetración de este injusto es intolerable y nocivo⁷⁰², para el entorno social, ya que se produce una tangente en el ángulo de la comunicación contra-fáctica, derivándose de la defraudación normativa.

Ahora bien, en la praxis jurídica se ha suscitado que la exigencia condicional por parte del sujeto activo es dirigida al propio sujeto pasivo, no habiendo unanimidad ni jurisprudencial ni doctrinal sobre si la exigencia ha de ser impuesta al sujeto pasivo o a un tercero que no se encuentra privado de la libertad ambulatoria, pues cierto sector doctrinal y jurisprudencial⁷⁰³ determina que la exigencia debe ser a un tercero⁷⁰⁴, y otro sector, al sujeto pasivo o tercero (ambos)⁷⁰⁵. Pero en mi opinión, es indistinto que la condición sea puesta de

⁷⁰⁰ Vid. supra 1 Concepto jurisprudencial en España, como también las notas al pie de página número 343 y 344.

⁷⁰¹ Vid. supra capítulo I, inciso K) Código penal de 1995, como también nota al pie de página número 348.

⁷⁰² Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 299 y 300; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 265, 291 y 343. En un sentido parecido TORÍO LÓPEZ, Ángel, “La estructura típica del delito de coacción”, op. cit., págs. 36 y sigs.

⁷⁰³ Vid. supra notas de citas número 713 de este capítulo. Cfr. Sts 20 de marzo de 2002, ponente, Joaquín MARTÍN CANIVELL.

⁷⁰⁴ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, op. cit., págs. 930 y 931; REBOLLO VARGAS, Rafael, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 187; CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código Penal comentado*, op. cit., pág. 332; BOLEA BARDÓN, Carolina “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 137. En el extranjero, BUROZ ARISMENDI, René, *Secuestro*, op. cit., pág. 31; MERKEL, Adolf, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 43; BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión*, op. cit., págs. 319 y 320.

⁷⁰⁵ Vid. MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., pág. 71; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., pág. 355; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, M^a Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., pág. 258; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., pág. 119; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 83 y 84; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 200; ESCRHUELA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, op. cit., págs. 15 y 16; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 160; AA.VV. “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 737. En la jurisprudencia, STS 4032/2007, ponente: Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 3); STS 6940/2008, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, págs. 17 y 18); STS 242/2009, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 3); STS 8065/2011, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, págs. 28 y 29). En el extranjero, VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Tratado de Derecho penal. Común vigente en Alemania*, traducción de la 14^a. edición alemana por Eugenio Raúl ZAFFARONI / Irma HAGEMEIER, Editorial Hammurabi Editorial, Buenos Aires, 1989, pág. 187; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo II-B, op. cit., pág. 236; JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 78.

manifiesto al sujeto pasivo privado de la libertad o un tercero, porque la relevancia de la conducta en este injusto escriba en la dañosidad social que podría contraer al entorno social, ya que permitiría la permutabilidad del menosprecio a la libertad ambulatoria, y por ello, no podría realizarse un entorno social adecuado para convivencia social.

Para tener una idea más clara del alcance que tiene el elemento condicional del secuestro, debemos de definirlo, asimismo, estableciendo el grado de interacción con el injusto y delimitándolo como elemento normativo, del que a continuación mencionaré las características descriptivas.

A) El significado de condición

El concepto de condición debe ser entendido desde una perspectiva amplia⁷⁰⁶, es decir, como la dependencia de un acto de que ha de realizarse o de un hecho que ha de producirse⁷⁰⁷, para proceder por parte del autor a la liberación del sujeto pasivo del injusto⁷⁰⁸.

De esta conjetura, cabe deducir que la condición es la dependencia de un acto que ha de realizarse, o de un hecho que ha de producirse para la liberación del sujeto pasivo que se encuentra privado de la libertad ambulatoria, por parte del sujeto activo del injusto del secuestro.

La condición para liberar al sujeto pasivo que es privado de su libertad ambulatoria constituye una concreta característica descriptiva del tipo legal, que expresamente requiere que la condición del secuestro sea la única y necesaria para liberar al rehén⁷⁰⁹. De donde se deduce que la exigencia de una condición con un fin distinto no sería típica del injusto del secuestro, es decir, el elemento de la condición es un mecanismo de exigencia, que se deriva de la actividad externa del sujeto activo de comunicar que del cumplimiento de la condición ha de depender como un requisito la puesta en libertad del sujeto pasivo⁷¹⁰, ya que el

⁷⁰⁶ Vid. ORTS BERENGUER, Enrique, “El nuevo Artículo 481 del Código penal”, op. cit., pág. 281; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 107; ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 515; PRATS CANUT, Josep Miguel, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 205.

⁷⁰⁷ Vid. CABANELLAS, Guillermo, / ZAMORA Y CASTILLO, Luis Alcalá, *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, tomo V, 12ª. edic, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1730, pág. 267.

⁷⁰⁸ Vid. QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “El delito de secuestro”, op. cit., pág. 772.

⁷⁰⁹ Vid. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 160; AA.VV. “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 737.

⁷¹⁰ Vid. VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 187; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 222 y 223; ID., “Delitos contra la libertad y seguridad”, op. cit., pág. 445; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., pág. 355; JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos

privar de la libertad ambulatoria a un ciudadano para conseguir un objetivo no se identifica con el logro de ese objetivo a cambio de la libertad, en otras palabras, el objetivo propuesto se mantiene en el ámbito interno de la relación delictiva, sin trascendencia típica en el injusto del secuestro (art. 164), y sólo en cambio en el artículo 163.2, del CPE⁷¹¹.

La expresión de la condición es un genuino elemento de exigencia, realizada por el sujeto activo, que puede ser de diversa índole⁷¹², desde una condición de dar, condición de hacer u omitir una acción, ya que el legislador

contra la libertad”, op. cit., pág. 474; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, M^a Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., pág. 258; CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 191; REBOLLO VARGAS, Rafael, “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 186 y 187; BOLEA BARDÓN, Carolina “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 138.

⁷¹¹ Vid. MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., págs. 68 y 71; CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código Penal comentado*, op. cit., pág. 331; BOLEA BARDÓN, Carolina “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 138; ESCRIBUELA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, op. cit., pág. 16; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 155 y 160. En el plano jurisprudencial STS 3003/2003, ponente Julián Artemio SÁNCHEZ MELGAR, (Fundamentos de Derecho II, pág. 7); STS 4032/2007, ponente: Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 3); STS 3939/2008, ponente: Diego Antonio RAMOS GANCEDO, (Fundamentos de Derecho II, págs. 5 y 6): “Criterio éste que ratifica la doctrina jurisprudencial de esta Sala, entre la que cabe destacar la STS de 19 de junio de 2.000, cuando señala que el tipo penal del art. 164 establece una relación precisa entre la puesta en libertad del detenido y el cumplimiento de la condición, lo que dará lugar en su caso a la agravación o atenuación prevista en el propio precepto en relación con el básico de detención ilegal. En el presente caso se confunde el móvil o propósito de los acusados con la imposición de una condición en sentido estricto a la que se subordina la puesta en libertad del detenido. La privación de libertad deambulatoria de una persona obedece generalmente a su designio u objetivo, según terminología del propio artículo 163.2 CP., que a su vez puede ser objeto en sí mismo de un reproche penal añadido, sin que ello signifique la realización de un hecho o acontecimiento que pueda o deba determinar la puesta en libertad del sujeto pasivo (condición)”; STS 6940/2008, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 17). Cfr. ORTS BERENGUER, Enrique, “El nuevo Artículo 481 del Código penal”, op. cit., págs. 281 y 282.

⁷¹² Vid. MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., pág. 71; RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español*, op. cit., pág. 311; Díez RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., pág. 355; JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 474; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, M^a Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., pág. 258; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., pág. 118; CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 191; PRATS CANUT, Josep Miguel, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 205; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 83 y 84; SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal*, op. cit., pág. 173; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español*, op. cit., pág. 200; BOLEA BARDÓN, Carolina “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 137; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 160. En el extranjero BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 107.

establece el concepto lingüístico de condición de una forma general. La condición de dar es un supuesto de secuestro económico⁷¹³, en donde el sujeto activo del injusto condiciona la libertad del sujeto pasivo por la exigencia de algún beneficio económico, ya sea mueble o inmueble, es decir, la privación de la libertad es condicionada por un presupuesto de pagar un rescate al sujeto activo del injusto del secuestro.

Ahora bien, la condición de hacer u omitir una acción es aquella donde se condiciona la libertad del sujeto pasivo a la realización de una conducta de hacer u omitir un acto lícito o ilícito⁷¹⁴. La condición de hacer u omitir puede ser dirigida a un particular o a una autoridad de cualquier índole. Este tipo de condición dirigido a las autoridades de omitir o realizar una determinada acción es un claro ejemplo de secuestro político⁷¹⁵.

La categoría de la condición integra un elemento normativo y también un elemento objetivo del injusto⁷¹⁶, sin embargo, puede dar lugar a interpretaciones incorrectas, ya que puede ser mal interpretado como un elemento subjetivo del tipo, que abarca el dolo del sujeto activo, que se puede mal interpretar⁷¹⁷ como un elemento accesorio⁷¹⁸ del injusto, que en este caso sería el ánimo (móvil)⁷¹⁹ de la

⁷¹³ Vid. supra capítulo II, inciso 1. Secuestro económico.

⁷¹⁴ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., pág. 355; CALDERÓN CERESO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código Penal comentado*, op. cit., pág. 332; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 160.

⁷¹⁵ Vid. supra capítulo II, inciso 2. Secuestro político.

⁷¹⁶ Vid. QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “El delito de secuestro”, op. cit., pág. 766 y 772.

⁷¹⁷ Vid. STS 3003/2003, ponente Julián Artemio SÁNCHEZ MELGAR, (Fundamentos de Derecho II, pág. 7); STS 3939/2008, ponente: Diego Antonio RAMOS GANCEDO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 6): “En el presente caso se confunde el móvil o propósito de los acusados con la imposición de una condición en sentido estricto a la que se subordina la puesta en libertad del detenido”.

⁷¹⁸ Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Serie: Derecho, Núm. 13, Anales de la Universidad Hispalense, Servicio de Publicaciones, Universidad de Sevilla, 1972, págs. 191, 316 y 317; MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., pág. 68; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., págs. 118 y 119; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 199; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, “Prólogo”, en Gilberto MARTIÑÓN CANO, *El delito de secuestro*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 24; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 28, 88, 89, 100, 101, 131, 132, 136, 146 y 147. En la jurisprudencia, STS 7205/2006, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 19). En Latinoamérica; SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo IV, op. cit., pág. 271; CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl / CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Código penal anotado*, op. cit., pág. 829; JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 139; JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GÓNZALEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., págs. 78 y sigs; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 37; REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 113; BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Delitos contra la propiedad*, op. cit., págs. 128 y sigs; MARCHISIO, Adrián (Director), *El secuestro extorsivo en la República Argentina*, op. cit., pág. 49; BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión*, op. cit., págs. 317, 319 y 379. En un sentido

comisión delictiva del injusto⁷²⁰, y que puede también ser interpretado como medio-fin⁷²¹ del injusto, pues realmente tal concepción del medio-fin⁷²², ya fue

equivalente a lo expresado en el texto principal por mí, sin embargo, realizan la confusión del rescate como un elemento subjetivo, que constituye la intencionalidad del sujeto activo (agente), toda vez, que el secuestro en Argentina está tipificado como un delito contra la propiedad, pero al final, aclaran que no es necesario el móvil o ánimo de lucro en el injusto del secuestro extorsivo. CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, tomo I, op. cit., págs. 457 y 458; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo II-B, op. cit., pág. 234 y 237. Como también, POLAINO-ORTS, Miguel, “Los delitos subjetivamente configurados en el Código penal de la Nación Argentina”, en Miguel POLAINO NAVARRETE, *El injusto típico en la teoría del delito*, Editorial Mave, Buenos Aires, 2000, págs. 245 y sigs.

⁷¹⁹ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1990, págs. 317 y sigs; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2ª. edic, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pág. 233.

⁷²⁰ Para Hellmuth VON WEBER, “aquí radica precisamente la máxima dificultad por no poder leer fielmente en el corazón del delincuente, quien, a su vez, ha de intentar por todos los procedimientos negar su dolo y convencernos de que el resultado criminal obtenido no estaba en relación con su querer.” VON WEBER, Hellmuth, “Sobre el “*error iuris*” en las más modernas tendencias jurídicas alemanas”, traducción del alemán por Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, *ADPCP*, tomo 6, fascículo I, Madrid, 1953, pág. 9. *Vid.* ROXIN: “el problema de los elementos subjetivos del tipo es la comprobación al momento del proceso judicial, porque vinculan la punibilidad a la valoración judicial de posturas internas difícilmente comprobables en el ámbito forense. Aquí radica el decisivo punto de peligrosidad de la infiltración de un Derecho penal de la actitud interna”. La subjetivización de la valoración jurídica es una medida peligrosa para la seguridad jurídica y la igualdad de trato. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 315 y 505. ID., “El significado de la política criminal para los fundamentos sistemáticos del Derecho penal”, traducción del alemán por Miguel POLAINO-ORTS, en Claus ROXIN / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Política criminal y dogmática penal. Cuestiones fundamentales*, Colección dogmática penal, Núm. 10, Editorial Ara, Perú, 2013, pág. 58. En el mismo sentido se pronuncia JAKOBS: “En el problema paralelo de la cognoscibilidad del injusto, la ley opta por vía inversa, estableciendo, a costa de la seguridad jurídica, una regulación elástica. Cuando falte (de modo evitable) la comprensión del injusto del hecho se puede (pero no necesariamente se debe) atenuar la pena (lo inverso, es decir, que el conocimiento no siempre supone una agravación, no lo establece la ley. Asumir esta técnica de regulación para el tipo subjetivo queda descartado por la univocidad del tener literal. La falta de conocimiento del tipo comporta, sin tener en cuenta el motivo del déficit, la abertura del ángulo visual del Derecho penal, no debe atender a toda la realidad psicológica, sino que de esa realidad total extrae, con arreglo a sus principios, elementos singulares que a la psicología pueden parecerle meros fragmentos. Ahora bien, a partir del concepto de acción, el desarrollo del delito es a la vez el desarrollo de qué es un sujeto en Derecho penal, poniéndose de manifiesto en relación con el concepto de acción que la constitución interna del sujeto permanece inexplicada en la medida en que de todos modos es cosa del sujeto arreglárselas con ella. Lo que interesa al Derecho penal es el output del sujeto, y por cómo se ha llegado a él no pregunta en el terreno del injusto y de la culpabilidad exhaustivamente. Esto sería inaceptable desde el punto de vista psicológico, sobre todo desde el de la Psicología profunda: mientras que el Derecho penal atiende al saldo (acción o no acción), el interés de la Psicología profunda se centra en los movimientos de la cuenta (la dinámica de los instintos). Lo que se presenta del instinto sexual, es decir, como el output intencionado de un sujeto, puede ser psicoanalíticamente un «desmoronamiento de los mecanismos psíquicos de defensa», o sea, un indicio de un sujeto ya no íntegro. El Derecho penal tiene en cuenta hechos psíquicos sólo selectivamente y no en su contexto individual, puede suceder que hechos con idéntico motivo de origen se valoren unas veces positivamente y otras negativamente. En tales casos, las pretensiones jurídicas se

convierten en prácticamente imposibles de cumplir en su conjunto, pues la valoración mediata del motivo de origen es ambivalente”. Asimismo, JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., págs. 314, 376 y 377; y FEIJÓO: “el hecho podría seguir teniendo aspectos de relevancia (dolor moral de los familiares, perjuicios económicos, influencia en la vida de los integrantes de la familia de la víctima, etc.), pero a partir de la aparición de un cadáver, desde el punto de vista de la norma penal, ya no nos interesa nada más”): FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, op. cit., pág. 93; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, *CPC*, número 65, Madrid, 1998, págs. 274, 275, 276, 282, 285, 291, 293, 297, 301 y 305; PUPPE, Ingeborg, “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, traducción del alemán por Ramón RAGÚES, en Nuria PASTOR MUÑOZ (Coord.), *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Estudios y debates en Derecho penal, Núm. 9, Editorial B de F, Buenos Aires, 2014, págs. 291 y 292; VOGEL, JOACHIM, “Dolo y error”, traducción del alemán por Javier VALLS PRIETO, *CPC*, número 95, Madrid, 2008, págs. 9, 15, 16, 17. *Vid.* TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Motivos y ocasiones en el robo con homicidio”, op. cit., págs. 621 y sigs. Cfr., en un sentido equivalente de los elementos subjetivos adicionales (ánimo o móviles), sin embargo, defendiendo al finalismo, CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 562 y 563. Miguel POLAINO-ORTS señala que debe ser relegado “a un plano secundario la intención o el móvil que mueve al sujeto a expresar un determinado acto de habla: lo que importa es la fuerza convencional que vincula a unas frases un sentido, así como la imputación de sentido que se lleva a cabo, mas no la intencionalidad con que actúa el agente”: POLAINO-ORTS, Miguel, “El sentido de las palabras en Derecho penal”, op. cit., pág. 64.

⁷²¹ Véase, sobre la teoría medio-fin sustentada para el injusto del secuestro, supra notas de citas número 140, 141, 166 y 167; como también, MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 98; SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo IV, op. cit., pág. 271; Díez RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., pág. 356; JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, op. cit., págs. 141 y 142; CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. IV, op. cit., pág. 180; VILLADA, Jorge Luis, *Secuestro extorsivo*, op. cit., pág. 24; MARTÍNÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 131, 132 y 136. Y en el plano histórico, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, revisión general por el Prof. José Luis GUZMÁN DÁLBORA, 2ª. edic, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008, págs. 1 y sigs. Como también, la tesis aislada de México, registro 234399, ponente: Manuel RIVERA SILVA, “Secuestro y asalto, absorción entre los delitos de prevaleciendo el primero”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, materia penal, volumen 169-174, segunda parte, Séptima época, 14 de febrero de 1983, pág. 149; “Aun cuando los hechos constitutivos del ilícito pudieran satisfacer los extremos exigidos por el tipo penal de asalto, tal como se encuentra tipificado en el Código de Defensa Social del Estado de Puebla, sin embargo, para los efectos de la punición de la conducta del inculpado, debe considerarse nada más el delito de privación ilegal de la libertad con carácter de secuestro, excluido el delito de asalto, si dentro del propósito delincuenciales esta última figura delictiva no constituyó sino el medio adecuado para privar de su libertad al ofendido y así poder obtener el lucro en que consistió el rescate. Se operó, consiguientemente, el fenómeno de la progresión criminal o delito progresivo, en el cual el delito medio queda absorbido por el delito fin, a virtud de la mayor amplitud valorativa de éste, que absorbe o consume al primero, haciendo incompatible la concurrencia simultánea de ambos tipos penales y, por ello, la aplicación de las sanciones previstas en ellos. En estos casos y a virtud de la incompatibilidad de las normas o tipos penales, debe sancionarse el delito más grave, que en la especie lo es el de privación ilegal de la libertad con ánimo de lucro (secuestro o plagio), a virtud del mandato establecido en el artículo 74 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla.” Tesis aislada, registro 907890, ponente: Manuel RIVERA SILVA, “Secuestro y asalto, absorción entre los delitos de prevaleciendo el primero”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, materia penal, volumen 169-174, segunda parte, Séptima época, 14 de febrero de 1983, pág. 149; Tesis aislada, registro 169187, tesis II.2º.P.67, ponente:

superada por la teoría funcionalista objetivista del nexo causal, en los delitos de resultado, estableciendo los parámetros de normativización del hecho delictivo⁷²³, ya que se ha creado un riesgo no permitido para el bien jurídico tutelado por la norma protegida. En la dogmática moderna se imputa el acto porque comporta la defraudación de las expectativas normativas por quien con su conducta pudo haber evitado el riesgo no permitido por la norma penal.

Ahora bien, el estudio y análisis del tipo básico del secuestro del artículo 164 del Código penal español pone de manifiesto que estamos ante un elemento de valoración global del hecho. En primer lugar, porque el legislador español determina el tipo de injusto mediante una clausula general, que en este caso, es el “secuestro” de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, asumiendo estas palabras tiene una función de fungibilidad entre la conductas alternativas del encierro y la detención y la privación de la libertad ambulatoria, por lo que sólo supone una paráfrasis del concepto materialmente de la antijuricidad. En segundo lugar, la responsabilidad de la conducta del secuestro por parte del sujeto activo no sólo designa el injusto típico, sino simultáneamente también el concreto injusto de secuestro (privación de la libertad ambulatoria), del caso particular⁷²⁴. Y en tercer lugar, la punibilidad del hecho depende de la comprobación judicial de la intolerable noción social⁷²⁵ del secuestro y de la

José NIEVES LUNA CASTRO, “Secuestro no se configura ante la ausencia del elemento subjetivo específico de finalidad que lo rige”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, tomo XXVIII, Novena época, julio de 2008, pág. 1896; Jurisprudencia, registro 1005697, tesis 319, ponente: Francisco PAVÓN VASCONCELOS, “Violación tumultuaria y secuestro. Inconsistencia de los delitos”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, Apéndice 1917, materia penal, tomo 3, Séptima época, septiembre 2011, pág. 288.

⁷²² Sobre la teoría medio-fín, véase ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 300 y 573; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, op. cit., págs. 251 y sigs; ID., *El injusto típico en la teoría del delito*, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Mave, Buenos Aires, 2000, págs. 158 y sigs.

⁷²³ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 224.

⁷²⁴ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 299 y sigs; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 265, 291, 317, 341, 343 y 598.

⁷²⁵ En un sentido parecido véase la Tesis aislada, registro 160709, tesis 1a. CCXIII/2011 (9a.), ponente: Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA, “Aumento de la pena para el delito de secuestro express prevista en el artículo 163 bis del Código penal para el Distrito Federal. Constituye una medida legislativa proporcional en sentido estricto, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad en sentido amplio”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, libro II, materia constitucional, Tomo 1, Décima época, Noviembre de 2011, pág. 194. “En esta línea, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el aumento de la pena para el delito de secuestro express constituye una medida proporcionada, toda vez que dicha intervención supone un costo para los Derechos fundamentales de los sentenciados, que se ve compensado por la importancia de los bienes protegidos y, especialmente, porque el delito cuya pena se aumentó constituye un problema social cuya prevención resulta prioritaria para la sociedad”. Tesis aislada de la primera sala SCJN., registro 160643, tesis 1ª. CCXXXVI/2011 (9ª), ponente: Guillermo I. ORTIZ MAYAGOITA, “Secuestro expresse. El artículo 163 bis del Código penal para el Distrito Federal que lo sanciona, no trasgrede la garantía de proporcionalidad en materia penal (test de proporcionalidad en materia penal)”, *Semanario*

condición objetiva de punibilidad⁷²⁶, como elementos definidores de la pena del injusto que comporta una grave temeridad al entorno social⁷²⁷.

B) El propósito de obtener rescate

Esta es una modalidad del tipo básico del injusto del secuestro del artículo 9 apartado a), de la Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que estipula: “*obtener, para sí o para un tercero, rescate o cualquier beneficio*”. Este es un elemento objetivo y normativo, al igual que la condición.

En la legislación española se suprimió la exigencia del rescate, pero -como ya mencioné en el apartado anterior- el elemento de la condición abarca la exigencia del rescate, dado el caso de que la condición es un elemento general y el rescate un elemento especial respecto del anterior, es decir, que es más amplio el concepto de condición; y, sin embargo, las legislaciones anteriores al vigente Código penal español de 1995, contemplaban el elemento del rescate⁷²⁸, pero hoy en día ha sido succionado por el término de la condición.

El rescate constituye al igual que en la condición un elemento de exigencia de dar, que representa a su vez, un instrumento de intercambiabilidad entre el sujeto pasivo privado de la libertad ambulatoria y la condición para la liberación⁷²⁹, pues el rescate es una transición monetaria por la libertad del sujeto pasivo, y puede consistir en dinero, bienes inmuebles⁷³⁰ o muebles, por ejemplo,

judicial de la Federación y su gaceta, Libro II, tomo 1, materia constitucional, Décima época, noviembre 2011, pág. 209.

⁷²⁶ *Vid.* las condiciones objetivas de punibilidad conforma el tipo de garantía, ya que “todos los elementos en que se basa la punibilidad de un comportamiento, lo que incluye tanto los elementos esenciales de todo delito: injusto, antijuridicidad y culpabilidad, que dependen todos ellos del autor, más otros elementos independientes del autor cuya concurrencia puede exigir el legislador (condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos procesales, fundamentalmente), que “garantizan”, que toda intervención penal va a depender de que se cumplan los requisitos legalmente establecidos”. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., pág. 503. En un sentido semejante véase a VOGEL, JOACHIM, “Dolo y error”, op. cit., págs. 7 y 8; RUEDA MARTÍN, María Ángeles, “Caso el Nani”, op. cit., págs. 404.

⁷²⁷ *Vid.* supra este capítulo, a partir del inciso A) Momentos de la conducta y siguientes.

⁷²⁸ *Vid.* supra capítulo I, a partir del inciso II Antecedentes legislativos del Código penal español, a partir de la letra B) Código penal de 1848 y siguientes letras. Pero especialmente véase la letra J) Desarrollo legislativo durante la transición, 1. Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo, ya de aquí se asemeja a la tipificación mexicana del secuestro.

⁷²⁹ *Vid.* COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 24.

⁷³⁰ Me refiero a bienes inmuebles en el traspaso de fincas urbanas o rurales, que sea la condición u objeto del precio del rescate. En un sentido parecido véase a ORTS BERENGUER, Enrique, “El nuevo Artículo 481 del Código penal”, op. cit., pág. 281. Ya que este autor señala que el precio del rescate puede constituir en acciones de sociedades mercantiles, e incluso bienes inmuebles.

joyas u objetos de valor⁷³¹, cuantificables en divisa⁷³², que el secuestrador exige para la liberación de la víctima del injusto; y de la misma manera que en la condición, el rescate se consume por la exteriorización del rescate al sujeto pasivo⁷³³ o tercero, aunque no se pague⁷³⁴, ya que el levantamiento de la punibilidad es por el riesgo creado de la privación de la libertad ambulatoria⁷³⁵.

El rescate en sí es un beneficio económico de cualquier índole ya sea mueble o inmueble, cuya relevancia típica estriba en que es parte de la condición para la puesta en libertad del sujeto pasivo privado de su libertad ambulatoria, por lo que hay imposición de la exigencia de un precio (condición económica de dar), para la puesta en libertad del sujeto pasivo, y dicho rescate debe ser manifestado al sujeto pasivo o tercero para la configuración del injusto⁷³⁶.

⁷³¹ Por ejemplo, la entrega de droga. *Vid.* STS 6629/2008, ponente: Luis ROMÁN PUERTA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 5); STS 4719/2014, ponente Carlos GRANADOS PÉREZ, (Fundamentos de Derecho II, pág. 9).

⁷³² *Vid.* ORTS BERENGUER, Enrique, “El nuevo Artículo 481 del Código penal”, op. cit., pág. 281; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., pág. 355; CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 191; ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 515; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español*, op. cit., pág. 200. En el extranjero BUROZ ARISMENDI, René, *Secuestro*, op. cit., pág. 31; JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 141; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 107; BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Delitos contra la propiedad*, op. cit., pág. 129; CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, tomo I, op. cit., pág. 457; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal, Parte especial*, tomo II-B, op. cit., pág. 236; VILLADA, Jorge Luis, *Secuestro extorsivo*, op. cit., pág. 24.

⁷³³ Cfr. AA.VV. “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 737.

⁷³⁴ *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., pág. 355; JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 475; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, M^a Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., pág. 259; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, Detenciones ilegales y secuestro, op. cit., pág. 119; JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 78; CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código Penal comentado*, op. cit., pág. 331; QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal español*, op. cit., 201; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 160; AA.VV., “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 737.

⁷³⁵ En un sentido parecido pero estableciéndose el levantamiento de la punibilidad por la seguridad de la víctima privada de la libertad ambulatoria, *Vid.* MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., pág. 68.

⁷³⁶ *Vid.* COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 24; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo II-B, op. cit., pág. 236.

C) Delimitación entre condición y rescate

La condición integra un genuino elemento lingüístico amplio y general que utiliza la normativa española, y que constituye la condición objetiva de punibilidad por el elemento diferencial agravante de la pena entre el secuestro⁷³⁷ y la detención ilegal, pues, este es el elemento diferenciador de la detención ilegal vuelve al injusto del secuestro en un tipo cualificado de las detenciones ilegales. Al ser un elemento lingüístico amplio, abarca diversas modalidades de acción, entre ellas el dar, hacer u omitir algo, y constituye los tipos del secuestro que se pueden suscitar en la praxis jurídica, habiendo tal exigencia de estar dirigida a un tercero o al sujeto pasivo del injusto, ya que integra las demandas que se requiere sean ejecutadas por sujeto activo para la liberación del sujeto pasivo del injusto⁷³⁸.

En otras palabras, el vocablo condición es un elemento adecuado para perpetración del injusto del secuestro, que se caracteriza por la amplitud que puede suscitar en la praxis jurídica⁷³⁹, y que además abarca al rescate, ya que éste es un elemento intrínseco de la condición en su forma de dar, o sea, de la exigencia de dar, que no es otra cosa que la exigencia de un rescate, es decir, la condición es un elemento genérico y el rescate es un elemento específico de la condición⁷⁴⁰.

Con lo anterior, puedo determinar que el injusto del secuestro en la normativa española expresa una evolución legislativa de protección de diversas modalidades del injusto del secuestro en el mismo precepto legal. Es probable que esta evolución legislativa de este injusto se deba a cuestiones político-criminales ya que el origen del actual injusto del secuestro proviene de la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo, y subsiguientes textos del Código penal y Leyes especiales que terminaban una especial peligrosidad social al secuestro con motivos terroristas⁷⁴¹.

En cambio, en México, la Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, determina en dos

⁷³⁷ Vid. MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., pág. 68.

⁷³⁸ Vid. ESCRIBIELA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, op. cit., págs. 15 y 16; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 160. Cfr. BOLEA BARDÓN, Carolina “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 137.

⁷³⁹ Vid. ORTOS BERENQUER, Enrique, “El nuevo Artículo 481 del Código penal”, op. cit., págs. 281 y 282. Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 222.

⁷⁴⁰ Vid. MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 137.

⁷⁴¹ Vid. supra capítulo I, a partir del inciso II Antecedentes legislativos del Código penal español, a partir de la letra J) Desarrollo legislativo durante la transición, 1. Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo, y sigs.

apartados distintos, en los apartados *a)* el rescate (dar), y *b)* hacer u omitir algo⁷⁴²⁻⁷⁴³, que bien, se podría sustituir por la condición y abarcaría ambos apartados en una sola palabra y parágrafo, en ambas formas del injusto del secuestro, además, que se crearía una certera taxatividad⁷⁴⁴ jurídica, y una adecuada celeridad lingüística del injusto, que la consecuencia de esto es la seguridad jurídica en la praxis.

IV. Sujetos de la conducta

A) Sujeto activo

El sujeto activo de la acción típica del injusto del secuestro es constituido por el ciudadano en particular⁷⁴⁵, es decir, por la persona individualmente

⁷⁴² 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;

⁷⁴³ Vid. Julius Hermann VON KIRCHMANN, quien señala que “tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en papel basura”. VON KIRCHMANN, Julius Hermann, *La jurisprudencia no es Ciencia*, traducción del alemán por Antonio TRUYOL Y SERRA, 2ª. edic, Editorial Civitas, Madrid, 1961, pág. 54.

⁷⁴⁴ Sobre la taxatividad, véase POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos científicos del Derecho penal*, tomo I, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, 4ª. edic, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, págs. 400 y 401; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 155 y sigs.

⁷⁴⁵ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, op. cit., pág. 907; MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., pág. 59; RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español*, op. cit., pág. 306; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., págs. 91 y sigs; Díez RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., pág. 327; JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 466; ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 503; FALCÓN CARO, María DEL CASTILLO, “El delito de detención ilegal con desaparición forzada”, *CPC*, número 67, Madrid, 1999, pág. 136; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, Detenciones ilegales y secuestro, op. cit., pág. 51; REBOLLO VARGAS, Rafael, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 173; CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código Penal comentado*, op. cit., pág. 324; PRATS CANUT, Josep Miguel, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 185; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 81; SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAILLO, Alfonso, *Derecho penal*, op. cit., pág. 161; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español*, op. cit., 200; ESCRIBUELA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, op. cit., pág. 3; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 150; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 111; En el extranjero véase BUROZ ARISMENDI, René, *Secuestro*, op. cit., pág. 31; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, op. cit., págs. 202 y 207; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 36; FLORES ARNAUD, Gerardo / MARTÍNEZ RÍOS, Selene, “La política criminal bajo la cínica sombra del secuestro”, op. cit., pág. 160; ANZIT GUERRERO,

considerada para el Derecho como ente social, con deberes y derechos en el entorno social (ciudadano). La comisión del injusto del secuestro en el tipo básico del secuestro (art. 164 CP)⁷⁴⁶ revela la exigencia del carácter privado del comportamiento personal⁷⁴⁷ del ciudadano, que en cuanto tal es el único sujeto activo idóneo para menoscabar el bien jurídico de la libertad ambulatoria y poner en duda la vigencia de norma.

La disposición normativa del tipo básico del injusto del secuestro no requiere la exigencia de algún elemento subjetivo propio de un delito especial en cuanto a las cualidades del sujeto activo, pero la descripción normativa del ordenamiento punitivo estipula sólo el requisito de carácter privado del sujeto activo del injusto, capaz de realizar la comisión del injusto del secuestro, hasta su última consecuencia. Por tal motivo el tipo básico del injusto del secuestro es un delito común, porque el autor puede ser cualquiera⁷⁴⁸.

Sin embargo, no se descarta que la realización del injusto del secuestro sea ejecutada por un funcionario público, pero fuera de su rol social y rango de acción de ente público⁷⁴⁹, pues el carácter público constituye un delito especial impropio⁷⁵⁰, dogmáticamente hablando, integrando un tipo cualificado tanto

Ramiro, *Derecho penal y paradigma criminológico en América Latina*, op. cit., pág. 150; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis Jurídico del secuestro*, op. cit., págs. 76 y 77. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 104. En la jurisprudencia véase STS 1468/2007, ponente: Miguel Colmenero MENÉNDEZ DE LUARCA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 9).

⁷⁴⁶ En el mismo sentido el artículo 9 de Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁷⁴⁷ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 137; ID., “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 145.

⁷⁴⁸ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 337 y 338; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 145 y 146; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 285 y 286; BOLEA BARDÓN, Carolina “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 135.

⁷⁴⁹ Vid. FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, Ma. Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., págs. 215 y sigs; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., pág. 50. Como también el auto TS de 5 de octubre de 1994, ponente Ramón Montero FERNÁNDEZ-CID.

⁷⁵⁰ En los delitos especiales impropios, el tipo sólo designa como autor a personas que poseen un carácter especial, que en este caso es autoridad o funcionario público. Sin embargo pueden ser cometidos por cualquiera, pero su autoría sólo es constituida por personas calificadas constituye una causa de agravación de la pena, por el elemento de la condición objetiva de punibilidad, porque representan una grave temeridad al orden social y a la vigencia de la norma, otras palabras se está defraudando la expectativa normativa. En un sentido parecido véase JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 286 y 598; ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., pág. 338; ya que este autor los denomina delitos de infracción de deber, los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo, en los que sólo puede ser autor el que infrinja su deber especial derivado de una posición oficial. Como también, VIVES ANTÓN, Tomás S. / GIMENO SENDRA, José Vicente, *La detención*, op. cit., págs. 47 y 48; ESCRIBUELA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, op. cit., págs. 18 y sigs. Cfr. BUSTOS

doctrinal, legal y jurisprudencialmente, ya que es configurado como un tipo cualificado del secuestro, en el artículo 167 del Código penal español⁷⁵¹.

Ahora bien, el tipo básico del injusto del secuestro puede ser ejecutado por el funcionario público, pues cuando el mismo realice la conducta fuera de su rol social y rango de acción pública, no actuando investido de su rol social⁷⁵², como funcionario público, en el desempeño de su papel social de titular de la función pública⁷⁵³, cuyo papel fundamental en la sociedad es ver, observar y ayudar al desarrollo correcto del núcleo social, prevaleciendo la vigencia de la norma en los ciudadanos, sino cuando actúa fuera del rango de su cualidad funcional, al margen de sus atribuciones o con fines ajenos a su función pública⁷⁵⁴, en pocas palabras que actué como particular y ciudadano del entorno social.

De lo anterior resulta evidente que la comisión delictiva del tipo básico de secuestro puede ser también realizada por un funcionario público como sujeto activo, siempre que se encuentre desprovisto de su carácter público o fuera del ámbito del ejercicio de sus funciones públicas, es decir, que no hallándose en el ejercicio de su labor de funcionario público. Recordemos que el ordenamiento penal español (art. 167) configura como un tipo cualificado del secuestro la perpetración del injusto por funcionario público⁷⁵⁵, en ejercicio de sus funciones, estribando dicha cualificación en el hecho de que el funcionario público tiene el deber de garantizar la vigencia de la norma y mantener el orden social, garantizando las expectativas normativas y el funcionamiento del entorno social.

También se excluyen del tipo básico del injusto del secuestro o del delito común a los sujetos activos particulares que pertenezcan, actúen o colaboren⁷⁵⁶

RAMÍREZ, Juan, “El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público, art. 184 CP”, *CPC*, número 20, 1983, pág. 348.

⁷⁵¹ Vid. CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales policiales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 34 y sigs; ID., *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionarios público*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1999, págs. 21 y sigs; BOLEA BARDÓN, Carolina “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 135; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 112 y sigs.

⁷⁵² Para Tomás S. VIVES ANTÓN y José Vicente GIMENO SENDRA, el carácter de funcionario público vendría atribuido por la concurrencia, en la actividad concreta de un triple elemento subjetivo (función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público); objetivo (función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al Derecho público) y teleológico (funcionario público es aquella en la que se persiguen fines públicos). VIVES ANTÓN, Tomás S. / GIMENO SENDRA, José Vicente, *La detención*, op. cit., pág. 51. Como también, MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., pág. 59

⁷⁵³ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 138; ID., “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., págs. 145 y 160.

⁷⁵⁴ Vid. MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 145 y 146.

⁷⁵⁵ Vid. BOLEA BARDÓN, Carolina / ROBLES PLANAS, Ricardo, “La tipificación de las detenciones ilegales policiales”, en *InDret* 4/2006, págs. 14 y sigs. (accesible en: http://www.indret.com/pdf/381_es.pdf); BOLEA BARDÓN, Carolina “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 135, 138 y 139.

⁷⁵⁶ Vid. MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 146.

con grupos criminales, de forma reiterada y continua, toda vez que tal injusto se encuentra tipificado como una figura ultra-agravada por el artículo 570 bis. 3; la ultra-agravación corresponde a la lesividad de los bienes personalísimos, que pone en riesgo la vigencia contra-fáctica del entorno social, perpetrado por la delincuencia organizada⁷⁵⁷.

En el mismo sentido, se excluye del tipo básico del injusto del secuestro (art. 164 CP) los grupos subversivos, de forma reiterada y constante, dado el caso que tal supuesto se encuentra tipificado en el artículo 572.2, y es un tipo cualificado del terrorismo en su modalidad de organización terrorista, estribando la cualificación de este tipo en el hecho de que estamos ante un delito pluri-ofensivo en el que la lesión del bien jurídico protegido afecta no sólo a la libertad del individuo, sino también a la colectividad en la seguridad o el orden público, en tanto que el injusto del terrorismo no se limita a la lesión de la libertad ambulatoria (supuesto de secuestro), sino que toma también en consideración valorativa la finalidad de subvertir el orden social y confrontar la vigencia normativa de las instituciones estatales⁷⁵⁸.

Y por último, se excluye del tipo básico del artículo 164 del Código Penal español al sujeto activo que sin pertenecer a un grupo terrorista o criminal, que secuestre a un sujeto pasivo con fines de subversión⁷⁵⁹ de alterar gravemente la paz pública (art. 577); aunque este injusto integra un delito común al igual que el descrito en el artículo 164 Código penal español, de forma que puede ser ejecutado por “cualquiera”, porque es un supuesto de terrorismo individual, pero la disyuntiva legal prevé el fin subversivo, y con ello la exigencia objetiva de creación de terror en el entorno social, produciendo una alteración al núcleo social de forma insoportable de la paz pública, mediante la generación de un pánico colectivo⁷⁶⁰.

Para concluir con lo anterior, debemos tener en cuenta que dentro de las esferas de idéntica incidencia sustancial sobre el bien jurídico protegido por la normativa penal en los diversos artículos mencionados, integrada por la libertad ambulatoria, la cualificación personal del sujeto activo del injusto permite determinar la concreta tipología delictiva del injusto del secuestro, ejecutada por el autor de un comportamiento que materialmente afecta de forma equivalente a un mismo objeto de titulación punitiva⁷⁶¹, que en este caso es la libertad ambulatoria.

⁷⁵⁷ Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, “Organizaciones y grupos criminales”, en Miguel POLAINO NAVARRETE (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, págs. 563 y sigs.

⁷⁵⁸ Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, “Terrorismo”, op. cit., págs. 591 y 592.

⁷⁵⁹ Vid. MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 146.

⁷⁶⁰ Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, “Terrorismo”, op. cit., págs. 601 y 602. Para Miguel POLAINO-ORTS, el sujeto activo del injusto del artículo 577 del Código penal español, pasa de ser considerado como ciudadano a ser combatido como enemigo.

⁷⁶¹ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 138; ESCRIBUELA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, op. cit., pág. 3.

B) Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del injusto del secuestro es cualquier persona⁷⁶², es decir, el titular del bien jurídico protegido por el ordenamiento penal. Toda persona puede ser sujeto pasivo de este injusto, ya que el tipo penal no requiere una característica subjetiva especial, sin distinción de sus condiciones, o con relevancia a que no pueda ejercer por sí mismo su libertad ambulatoria o su capacidad de movimiento, ya que en estos supuestos es un estado de disminución de la capacidad locomotriz por enfermedad, edad, o discapacidad motriz (supuesto de una persona con discapacidad necesitada de especial protección)⁷⁶³.

Desde la perspectiva social, el bien jurídico tutelado en el tipo básico del injusto del secuestro se considera innato para todos los ciudadanos desde el momento del nacimiento hasta la muerte de la persona, de forma que se afectará siempre que se incida fácticamente en la libertad ambulatoria personal, cuando no se observa la debida vigencia normativa, conforme a las cuales las instituciones estatales protegen y garantizan la libertad ambulatoria como uno de los principales bienes jurídicos, ya que ayuda al desarrollo del entorno social y al subsistema normativo, para la composición del núcleo social, y sólo las

⁷⁶² Sujeto pasivo del injusto del secuestro puede ser cualquier ciudadano, sin embargo, el ordenamiento punitivo español establece especialidades subjetivas de la persona, por su rango de jerarquía como mandatario del Estado, que en este caso sería de los delitos contra la Corona del artículo 487, donde protege a los miembros de la Familia Real, de una posible privación de libertad, cuya pena es más elevada que el tipo básico de las detenciones ilegales y del secuestro del artículo 164. En el mismo sentido véase a VIVES ANTÓN, Tomás S. / GIMENO SENDRA, José Vicente, *La detención*, op. cit., pág. 56; ESCRIBIELLA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, op. cit., pág. 3; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 150. Como también, RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español*, op. cit., pág. 306; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, op. cit., págs. 104 y 105; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., págs. 69 y sigs; QUINTANAR DIEZ, Manuel, “Sobre el delito de detención ilegales”, op. cit., pág. 730; REBOLLO VARGAS, Rafael, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 173; QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal español*, op. cit., pág. 200; MARTÍNÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 128 y 129. En el extranjero BUROZ ARISMENDI, René, *Secuestro*, op. cit., pág. 31; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, op. cit., pág. 203.

⁷⁶³ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 140 y sigs ID., “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 145; MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., págs. 59 y 60; JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 467; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, Ma. Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., págs. 217 y 218; CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código Penal comentado*, op. cit., pág. 324; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 150. En el extranjero véase a MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 96; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 36; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis Jurídico del secuestro*, op. cit., pág. 77.

instituciones tienen el deber de cortar la libertad ambulatoria, mediante la pena⁷⁶⁴.

Resulta evidente que el sujeto pasivo del injusto del secuestro está representado por el ciudadano, ya que él es, exclusivamente, el titular del bien jurídico tutelado en el tipo básico de secuestro⁷⁶⁵.

Sin embargo, existen exclusiones en el tipo básico del secuestro en razón al sujeto pasivo, ya que el ordenamiento punitivo establece un tipo cualificado (art. 165 CP), en razón a las características subjetivas del sujeto pasivo del injusto, entre ellas que sea menor de edad (18 años)⁷⁶⁶, o persona con discapacidad necesitada de especial protección, y por último, que sea funcionario público en ejercicio de sus funciones sociales⁷⁶⁷, es decir, que esté realizando su rol de servidor público como miembro de institución gubernamental.

Las dos primeras categorías subjetivas del sujeto pasivo (menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección⁷⁶⁸), proviene de la especial vulneración del mismo, por el motivo de que existe una superioridad de madurez mental entre victimario y víctima, de donde se puede abstraer el desvalor del hecho por el prevalimiento del injusto⁷⁶⁹. A través de la historia el Derecho penal se ha visto muy influido por el entorno social, pero sobre todo por las construcciones del sistema normativo que se quiere garantizar, porque, por ejemplo, en el supuesto de que se secuestra a un niño recién nacido del hospital donde nació, y posteriormente se exige un rescate a los padres para entregar al bebé, aunque incidentalmente se haya estimado que el sujeto pasivo de este hecho son los padres (por él rescate y la sustracción del menor)⁷⁷⁰ y la víctima el bebé, desde una perspectiva normativa⁷⁷¹, el menoscabo a la libertad ambulatoria

⁷⁶⁴ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 141 y 142; ID., “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 145.

⁷⁶⁵ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 140.

⁷⁶⁶ Vid. JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 476; RUEDA MARTÍN, María Ángeles, “La adecuación social y el delito de detenciones ilegales”, op. cit., pág. 470; BOLEA BARDÓN, Carolina, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 139.

⁷⁶⁷ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, op. cit., pág. 908; VIVES ANTÓN, Tomás S. / GIMENO SENDRA, José Vicente, *La detención*, op. cit., págs. 56 y sigs.

⁷⁶⁸ Véase el artículo 25 del Código penal español.

⁷⁶⁹ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 156. En el mismo sentido, JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 145 y 146; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 151; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 188.

⁷⁷⁰ Vid. BUROZ ARISMENDI, René, *Secuestro*, op. cit., pág. 31; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, op. cit., págs. 930 y 931; MERKEL, Adolf, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 43; BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión*, op. cit., págs. 319 y 320.

⁷⁷¹ Vid. CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código Penal comentado*, op. cit., pág. 324. Como también la STS 3682/2003, ponente: Miguel COLOMERO MENÉNDEZ DE LUARCA STS 3682/2003, ponente: Miguel COLOMERO MENÉNDEZ DE LUARCA, (Fundamentos de Derecho II, págs. 6 y 7). Esta sentencia trata de una detención

afecta al bebé⁷⁷², y no a los padres⁷⁷³, siendo sujeto pasivo el menor, porque la vigencia de norma garantiza el respeto a la libertad ambulatoria de los ciudadanos en el entorno social.

Para concluir este apartado, es de destacar que sujeto pasivo del tipo básico del secuestro (art. 164 del CP) es cualquier ciudadano mayor de edad, con o sin limitaciones motrices y condiciones mentales, o el funcionario público que no esté realizando su rol de ente público, es decir, que tenga el estatus de ciudadano en el momento de la comisión delictiva. Si no se estima así, estaríamos ante el tipo cualificado del secuestro del artículo 165. Por tanto, sujeto pasivo del injusto del secuestro es cualquier⁷⁷⁴ ciudadano, ya que el tipo legal protege y garantiza la libertad ambulatoria de todos los ciudadanos que forman el entorno social, ya sea de manera básica o cualificada, valorándose de forma igualitaria un bien necesario para el desarrollo social y del entorno social.

ilegal de la madre del menor y del menor de edad, ambos se encuentran retenidos en mismo lugar, por lo menos al principio de los hechos, y posteriormente son separados por los sujetos activos: “El sujeto pasivo del delito puede ser una persona mayor o menor de edad. El hecho de que un menor de edad no pueda valerse por sí mismo y necesite para ello el auxilio de otra persona no implica que no sea titular del Derecho a la libertad individual, aun cuando precise de un tercero para hacerlo efectiva. La detención ilegal de un menor en esas condiciones se comete extrayéndolo del ámbito de influencia de quien hace efectivo su Derecho a la libertad deambulatoria o bien deteniéndolo o encerrando a éste, en cuyo caso se le impide no sólo el ejercicio de su propia libertad sino también de la del menor. En el primer caso, solamente se cometerá un delito, mientras que en el segundo, al afectar a dos bienes personalísimos, existirán dos infracciones”.

⁷⁷² En un sentido parecido, véase BOLEA BARDÓN, Carolina “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 135.

⁷⁷³ Vid. MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 148.

⁷⁷⁴ Vid. MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 148; AA.VV. “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 738.

CAPÍTULO IV

IMPUTACIÓN NORMATIVA EN LA TIPICIDAD DEL SECUESTRO

I. Introducción

La teoría de la imputación objetiva⁷⁷⁵ es una sábana que cubre el cuerpo del delito (hablando en términos metafóricos), que va depurando los elementos ontológicos (finalismo) del hecho criminal, mediante sus instituciones o baremos normativos que delimitan la responsabilidad jurídico-penal, pues normativiza la acción penal determinando el juicio de imputación jurídico penal de la desviación social del comportamiento⁷⁷⁶, es decir, a la teoría de la imputación objetiva ya no le importa propiamente quién cometió el injusto, sino a quién se le va imputar⁷⁷⁷ el quebrantamiento normativo de la expectativa social defraudada.

⁷⁷⁵ Günther JAKOBS dice que la teoría de la imputación objetiva -también podría hablarse de imputación personal, de imputación a personas en cuanto portadoras de un rol-dogmatiza las consecuencias de este cambio de perspectiva. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, traducción de alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pág. 10.

⁷⁷⁶ Esta idea es originaria de Enrique GIMBERNART ORDEIG, si bien él usa otra terminología a la utilizada en el párrafo principal, y su idea representa básicamente una crítica a la teoría de la imputación objetiva, pues afirma que “la acción o la causalidad es lo tangible, en cuanto que a ella hace referencia expresa la Ley; y la imputación objetiva, porque es un concepto desconocido por el legislador, es un fantasma que recorre los tipos. De ahí la tendencia, expuesta y criticada, a integrar al fantasma en lo tangible, con la aparente ventaja de encontrar una base sólida para negar la tipicidad de los resultados objetivamente inimputables: no son típicos porque no son acción o porque no son causales; pero esta ventaja, como ya he señalado, es sólo aparente: porque con ello se tergiversa el concepto de acción o el de causalidad y se sigue sin saber qué es la imputación objetiva y cuál es su fundamento”. GIMBERNART ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, 3ª. edic, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, pág. 213.

⁷⁷⁷ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., pág. 363; ID., “La problemática de la imputación objetiva”, traducción del alemán por Enrique CASAS BARQUERO, *CPC*, número 39, Madrid, 1989, págs. 749 y sigs; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, *ADPCP*, tomo 39, Fascículo I, Madrid, 1986, págs. 33-48; ID., “Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito”, *ADPCP*, tomo 42, Fascículo II, Madrid, 1989, pág. 495; ID., “Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización”, op. cit., págs. 15, 16, 20 y 21; SANZ MORÁN, Ángel José, *Los elementos subjetivos de justificación*, op. cit., págs. 7, 8 y 9; JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 19 y sigs; ID., “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, traducción del alemán por Enrique PEÑARANDA RAMOS, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO

Por ello, a continuación analizaré los baremos de la imputación normativa para delimitar el campo de acción de las esferas sociales⁷⁷⁸ que puede poner en riesgo o peligro la libertad ambulatoria, desde la perspectiva de consideración de la conducta que pudiera constituir un quebrantamiento normativo a la expectativa social del injusto del secuestro.

II. El punto de partida: la teoría de los roles sociales

Los seres humanos se encuentran constituidos en un mundo social en función de portadores de un rol⁷⁷⁹. La función de dicho rol social es la

MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 210; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo J., “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, *RDPCICPC*, vol. 21, núm. 69, Bogotá, 2000, pág. 73 y sigs; PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, traducción del alemán por Percy GARCÍA CAVERO, Editorial Comares, Granada, 2001, págs. 3 y sigs; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 297, la nota al pie número 2 y 298; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, Colección de maestros del Derecho penal número 24, 2ª. edic, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007, págs. 70 y sigs; ID., *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 60 y sigs; CANCIO MELIÁ, Manuel, “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., págs. 496 y sigs; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, *RDyPC*, número 9, Buenos Aires, Octubre 2012, págs. 33 y sigs; POLAINO-ORTS, Miguel, “Presentación”, en Fernando MIRÓ LLINARES / Miguel POLAINO-ORTS, *Imputación y valoración en Derecho penal. Un debate moderno entre los conceptos funcionalista y kantiano de imputación*, Editorial Flores editores, México, D.F., 2013, pág. IX. En sentido crítico véase a CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso-presunción de inocencia e *in dubio pro reo*”, en José Luis Díez RIPOLLÉS / Carlos M^a ROMEO CASABONA / Luis GRACIA MARTÍN / Juan Felipe HIGUERA GUIMERA (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003, págs. 593 y sigs; MIRÓ LLINARES, Fernando, “La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva”, en Fernando MIRÓ LLINARES / Miguel POLAINO-ORTS, *Imputación y valoración en Derecho penal. Un debate moderno entre los conceptos funcionalista y kantiano de imputación*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2013, págs. 2 y sigs. Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis, “Prólogo”, en María Ángeles RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídicas-penales en el ámbito de lo injusto*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, págs. 11 y sigs; RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. op. cit., págs. 41 y sigs, 320-323.

⁷⁷⁸ Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, *ADPCP*, tomo 39, Fascículo I, Madrid, 1986, págs. 33-48. Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis, “Prólogo”, op. cit., págs. 19 y 20.

⁷⁷⁹ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 9 y 25; ID., *La imputación objetiva en el Derecho penal*, traducción de alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, Centro de investigación en filosofía y Derecho, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 1994, pág. 9. Como también JIMÉNEZ-BLANCO, José, “Presentación”, en Ralph DAHRENDORF, *Homo sociologus. Un ensayo sobre la historia, significado y crítica de la categoría del rol social*, traducción por José BELLOCH ZIMMERMANN, Editorial Instituto de estudios políticos, Madrid, 1973, págs. 31 y 32; DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus. Un ensayo sobre la historia, significado y crítica de la categoría del rol social*, traducción por José

determinación que a cada sujeto le corresponde gestionar un determinado segmento mínimo de la realidad social, es decir, el rol social es una etiqueta colocada en la “solapa de cada sujeto”⁷⁸⁰ o la “máscara”⁷⁸¹, que utiliza para identificarse en los contactos sociales y le indica su posesión en el mundo social⁷⁸², por ejemplo, hay sujetos que de acuerdo a su función social poseen en el mundo social determinados roles sociales, como: el rol de taxista, de magistrado⁷⁸³, de panadero, de abogado, de bombero, de padre de familia, de conductor del transporte urbano, etc. Nuestro entorno social es un colectivo gestionado por un grupo limitado, de numerosas personas. Sin embargo, cada sujeto individual no gestiona el mundo social en su totalidad (*in toto*), sino una parcela mínima de la realidad social⁷⁸⁴, es decir, que el panadero no responderá jurídicamente por una mala asesoría jurídica, ni el panadero es responsable que el servicio público de transporte funcione⁷⁸⁵ correctamente⁷⁸⁶.

BELLOCH ZIMMERMANN, Editorial Instituto de estudios políticos, Madrid, 1973, págs. 52 y 143; MORALES NAVARRO, Julián / ABAD MÁRQUEZ, Luis V., Introducción a la sociología, 2ª edic, 2ª reimpr, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, págs. 84 y 85.

⁷⁸⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2009, pág. 63; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*. op. cit., pág. 84; POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo*. op. cit., pág. 115; POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Imputación normativa. Exposición programática en casos fundamentales”, en Claus ROXIN / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Política criminal y Dogmática penal. Cuestiones fundamentales*, Colección: Dogmática penal, Núm. 10, Editorial Ara, Perú, 2013, págs. 114 y 115; GUTIÉRREZ SANTOS, Óscar, *Conducta típica e imputación objetiva en Derecho penal. Referencia al tipo penal de delincuencia organizada*, op. cit., págs. 70-72.

⁷⁸¹ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., págs. 50 y sigs.

⁷⁸² Vid. DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., págs. 54 y 55; CHINOY, Ely, *La sociedad. Una introducción a la sociología*, traducción por Francisco LÓPEZ CÁMARA, 14ª reimpr. Editorial Fondo de cultura económica, México, D.F., 1985, págs. 49, 50 y 51; L. BERGER, Peter / LUCKMANN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, op. cit., págs. 97 y 98; GIDDENS, Anthony, *Sociología*, traducción por Teresa ALBERO, con la colaboración de Jesús ALBORÉS, Ana BALBÁS, José Antonio OLMEDA, José Antonio PÉREZ ALVAJAR y Miguel REQUENA, con la revisión técnica de Jesús CUELLAR MENEZO, 3ª. edic, Editorial Manueles, Madrid, 1998, págs. 120 y 739; LA TORRA, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo. Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del Derecho*, traducción del italiano por Cristina GARCÍA PASCUAL, Editorial Dykinson, 2008, págs. 173 y 174; CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., pág. 185.

⁷⁸³ Vid ROCHER, Guy, *Introducción a la sociología general*, op. cit., pág. 47; DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., pág. 60. En un sentido equivalente pero refiriéndose a juez. L. BERGER, Peter / LUCKMANN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, op. cit., pág. 99; CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., pág. 186 y 187; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, Editorial Ara, Lima, 2014, págs. 59 y 64.

⁷⁸⁴ CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., pág. 163.

⁷⁸⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 63 y 64; ID., “Imputación objetiva: esencia y significado”, en Urs KINDHÄSER / Miguel POLAINO-ORTS / Fernando CORCINO BARRUETA, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*,

Ahora bien, el punto de partida en el mundo social es el reconocimiento del rol social de cada uno de los sujetos que interactúan en los contactos sociales, ya que el rol social determina la posesión que cada sujeto guarda en la realidad cotidiana de la vida comunitaria, esto es, saber que función desempeña cada persona en la vida social, no es otro caso, que establecer las etiquetas y pautas sociales⁷⁸⁷ que “tienen colocada en la solapa” para la interacción⁷⁸⁸ social. El reconocimiento del rol social nos permitirá la distinción de quien es responsable del hecho criminal, por ejemplo, y volviendo al anterior ejemplo dado, que el panadero no responderá por una mala asesoría legal, si no el abogado que la dio, o en el otro supuesto que tampoco responderá por el funcionamiento correcto del transporte urbano, en cambio, si responderá el encargado del transporte público, o en su caso, el director de transporte público y urbanístico, ya que el abogado y el director son las personas correctas para administrar y gestionar ese rol social conforme a las expectativas sociales, no es otra cosa, que el estándar normativo de la interacción social. En conclusión, el rol social es la base del criterio de imputación jurídico-penal por no haber seguido el rol social y la expectativa normativa, es decir, hubo un quebrantamiento normativo al rol social y a la expectativa social, sin embargo, el rol social nos dá la medida de la responsabilidad en la gestión de cada parcela social⁷⁸⁹.

Editorial Grijley, Lima, 2009, pág. 20; ID., “Imputación funcionalista”, en Urs KINDHÄSER / Miguel POLAINO-ORTS / Fernando CORCINO BARRUETA, *Imputación normativa. Aspectos objetivos y subjetivos de la imputación penal*, Editorial Contexto, Resistencia, Chaco, 2011, págs. 13 y 14; ID., “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcional”, op. cit., págs. 75 y 76; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., págs. 42 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*. op. cit., pág. 84.

⁷⁸⁶ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 25 y 33.

⁷⁸⁷ Vid. ROCHER, Guy, *Introducción a la Sociología general*, traducción por José POMBO, 11ª. edic, Editorial Herder, Barcelona, 1990, pág. 43; MORALES NAVARRO, Julián / ABAD MÁRQUEZ, Luis V., *Introducción a la sociología*, op. cit., págs. 82 y 83. Cfr. DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*. op. cit., págs. 93 y 94.

⁷⁸⁸ Juan Ignacio PIÑA ROCHEFORT define “las interacciones son aquellos sistemas sociales que se denotan por la mera presencia humana. Dicha presencia ya es una fuente de comunicaciones que pueden observarse como un sistema social. Como ejemplo de ello puede citarse el ingreso en una panadería para comprar el pan, hacer la fila en el teatro o subirse a un autobús. De todas estas interacciones emanan roles (el rol de vendedor, el rol de usuario de transporte público, etc.). En este punto -y de estos simples ejemplos- es posible hacer notar una característica esencial de los roles sociales: que sólo tienen vigencia en el sistema social que los ha diferenciado (o validado). Mientras dicho sistema se encuentra en operación podremos apreciar un rol; una vez que el sistema se haya extinguido, el rol morirá con él (salvo que sea válido por otro sistema)”. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coord.), *El funcionalismo en Derecho, Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, tomo II, Centro de investigación en filosofía y Derecho, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 46 y 47.

⁷⁸⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 63 y 64. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 322 y 323; MIRÓ LLINARES, Fernando, “La imputación

A) El rol como fundamento y límite de la responsabilidad

1. Contenido del rol y establecimiento de derechos y deberes

El rol social identifica a cada sujeto en el entorno social, pero también, sirve para que los demás ciudadanos sepan a qué atenerse con la interacción social en los contactos sociales⁷⁹⁰. Esto quiere decir, que el rol social no es algo que sólo sirva para el titular (gestionador) del rol, sino que sirve para los contactos sociales de comunicación intrínseca con el sistema social⁷⁹¹. Sabiendo el rol social que desempeña, por ejemplo, el panadero, puedo saber cuándo reclamarle el incumpliendo del rol social⁷⁹².

El rol social está compuesto por dos elementos: un aspecto formal y un aspecto material. El aspecto formal, está constituido por la “etiqueta en la solapa”, “la máscara”⁷⁹³, o el pin⁷⁹⁴, de cada sujeto, identificándole socialmente e indicando su posesión en el mundo social, pero este aspecto formal, a su vez, está nutrido por el haz de derechos y deberes, y esto constituye el contenido del aspecto material, por ello, el rol social es una dualidad intrínseca entre el aspecto formal y el aspecto material, por uno determina la etiqueta social y el otro, la base de la imputación⁷⁹⁵.

Estos dos aspectos del rol social están intrínsecamente unidos, el uno con el otro, es decir, que el aspecto material da cuerpo y contenido al aspecto formal, conforme a su rol social de interacción, a cada sujeto le corresponde la gestión o administración de un determinado segmento de la realidad, mediante el rol social; sin embargo, el rol social está compuesto por un haz de derechos y deberes, que delimitan la esfera de competencia personal⁷⁹⁶, es decir, que en las

penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., págs. 22 y sigs.

⁷⁹⁰ CHINOY, Ely, *La sociedad*, op. cit., pág. 51.

⁷⁹¹ DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., pág. 97.

⁷⁹² POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 65; ID., “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcional”, op. cit., págs. 84 y 85; CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., pág. 183; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., págs. 42 y 43; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 85.

⁷⁹³ DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., pág. 55.

⁷⁹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 84.

⁷⁹⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 65; ID., “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcional”, en Fernando MIRÓ LLINARES / Miguel POLAINO-ORTS, *Imputación y valoración en Derecho penal. Un debate moderno entre los conceptos funcionalista y kantiano de imputación*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2013, págs. 69 y 76; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 84 y 85; POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo*, op. cit., pág. 117.

⁷⁹⁶ Vid. DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., págs. 60 y 69; GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, op. cit., pág. 217;

interacciones sociales los sujetos no responden de todo, sino de cada una de las parcelas de gestión de los contactos sociales del mundo social que le corresponde en el funcionamiento del rol social⁷⁹⁷.

Para esclarecer lo anterior mencionado, hay que simplificar, mencionado unos ejemplos prácticos de la vida cotidiana que permiten el desenvolvimiento del rol social en sus dos dualidades: por ejemplo, el ciudadano que desempeñe el rol social de taxista dispondrá del derecho municipal a cobrar el correspondiente precio por transportar a un viajero de un sitio a otro lugar que el pasajero o cliente le diga, y a su vez, tendrá la obligación de pagar las tasas municipales correspondientes al ejercicio de tal labor, etc.⁷⁹⁸; al que ostente el rol de bombero, se le vinculará la obligación de proceder de la manera más expedita de caso de un siniestro por incendio o para procurar extinguir las llamas, rescatar a las personas que se encuentran en el lugar del incendio, y por dicha obligación tiene el deber de ser gratificado mensualmente con sus honorarios por su labor prestada a la comunidad; y por último para ejemplificar, el haz de derechos y deberes que tiene el rol social, el padre de familia tiene una serie de derechos⁷⁹⁹, como el derecho a ser titular de la patria potestad, como también a ser alimentado cuando tenga un estado senil (la tercera edad), o no pueda laborar, pero se le vinculan obligaciones como dar alimentos al menor, vestido, sustento, y el deber de protección⁸⁰⁰, sin embargo, dichas obligaciones se contra-traen, porque son obligaciones recíprocas al momento de que el padre pierda el estado de lucidez mental o no pueda laborar por causas de una edad avanzada (un estado senil)⁸⁰¹, digamos que se premian las expectativas sociales al restaurarse la obligación alimenticia entre padres e hijos como obligación bilateral y recíproca, de modo que para quien la cumplió en su tiempo se restaura a la inversa⁸⁰².

LA TORRA, Massimo, *La lucha contra el Derecho subjetivo*, op. cit., págs. 332 y 333; CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., pág. 185.

⁷⁹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 85; POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel “Imputación normativa”, op.cit., pág. 115; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 50 y 64; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., pág. 43.

⁷⁹⁸ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 32, 33, 58 y 83; CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., págs. 186 y 187.

⁷⁹⁹ Vid. ROCHER, Guy, *Introducción a la sociología general*, op. cit., págs. 44 y 45; LA TORRA, Massimo, *La lucha contra el Derecho subjetivo*, op. cit., págs. 174.

⁸⁰⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 65 y 66.

⁸⁰¹ DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., pág. 60. “El mundo es un escenario en el que el individuo entra y sale. Pero no tiene una sola entrada, aparece varias veces y en máscaras cada vez distintas. El mismo individuo llega al escenario de niño, y lo abandona para regresar como adolescente, adulto y anciano. Sólo al morir sale por última vez; pero otros seres humanos, nuevos, pueblan entonces el escenario y representan sus papeles”. Como también las páginas 99 y 100 del mismo autor mencionado.

⁸⁰² JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 66 Y 67; LA TORRA, Massimo, *La lucha contra el Derecho subjetivo*, op. cit., pág. 174.

Ahora bien, el cumplimiento del rol social significa la expectativa social que los demás esperamos del titular y gestor del rol social⁸⁰³, y a su vez, la infracción del deber inherente al rol social del gestor significa la defraudación de la expectativa social de una norma⁸⁰⁴. En suma, todo rol social se compone de manera indispensable de un aspecto formal, “una etiqueta en la solapa”, la identificación del rol social, y de un aspecto material, el haz de derechos y deberes intrínsecamente unificados al rol social. Y esta dualidad del rol social en sus dos dimensiones (formal y material) sienta las bases para la comunicación social, para la interrelación de los contactos sociales en el mundo social⁸⁰⁵.

2. El rol como delimitador de esferas de competencia

El rol social identifica a cada uno de los sujetos que interactúan en el entorno social, pero además es la base del juicio de imputación jurídico penal, es decir, de la responsabilidad penal, esto es porque cada rol social fija y determina el ámbito de competencia social de las esferas de la interacción social, de cada sujeto, en este ámbito el sujeto gestiona una parcela del segmento de la realidad que cada uno ha de gestionar para ser parte del mundo social, de acuerdo a su rol social⁸⁰⁶. Si la realización del rol social se produce de manera correcta, entonces se afianzan las expectativas sociales, y sin embargo, si se administra aquél incorrectamente la sociedad se lo demandará, imputándole un delito y establecer su propia responsabilidad⁸⁰⁷. En otras palabras, si el rol social se cumple, la sociedad te premia con la confianza de los demás co-ciudadanos, y si se incumple, la sociedad te lo demanda imputándote una responsabilidad por la gestión incorrecta del segmento social asociado al rol en cuestión⁸⁰⁸.

El rol social no sólo define la posesión que cada sujeto ocupa en el entorno social, sino que representa el límite de la responsabilidad jurídico penal, en la función dual del rol social (aspecto formal/material), que constituye los derechos y deberes que definen el rol social, y el titular del rol social será responsable o no de una gestión adecuada al rol social o infractora de él, porque en esa esfera el titular del rol social viene obligado a hacer lo debido en el ámbito

⁸⁰³ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 18.

⁸⁰⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 85. Como también DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., pág. 71.

⁸⁰⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 66.

⁸⁰⁶ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 21 y 22; ID., *La imputación objetiva en el Derecho penal*, traducción de alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, y estudio preliminar de Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1996, pág. 97; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 47 y 48.

⁸⁰⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 66; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 85; POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo*, op. cit., págs. 118 y 119.

⁸⁰⁸ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 66. Como también, DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., págs. 69, 73 y 74.

de su su incumbencia, esto es, que ostenta la competencia para gestionar un determinado ámbito de la organización⁸⁰⁹.

Para poder ejemplificar lo anterior, regresando a nuestro ejemplo del padre de familia que tiene un rol social de alimentar, vestir, proteger y sustentar a sus hijos, sin embargo, este mismo rol social delimita una esfera de competencia personal, un ámbito que queda definido por las relaciones paterno-filial, de manera que en aquel en quien recaiga el rol ha de cumplir sus obligaciones, pero puede gozar de sus derechos a la vez, para evitar que la gestión de la organización de competencia desemboque en un curso incorrecto⁸¹⁰. Es decir, si en la gestión el ámbito de la realidad es correcto, se está ejerciendo el rol social de padre de familia⁸¹¹, y por ello la sociedad se lo premia en un buen padre de familia, otorgándole la patria potestad del hijo, como también la reciprocidad de los derechos⁸¹² de sustento alimenticio, cuando el padre tenga una edad senil o enfermedad degenerativa. Pero si la gestión de la esfera de competencia es incorrecta la sociedad mediante el Estado, se lo demandará, por ejemplo, quitándole la patria potestad, incluso imputándole el delito de incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar⁸¹³, de manera que si no alimenta a sus hijos puede perder la patria potestad de los menores o en un caso extremo en que los menores o hijos mueren por inanición, el padre, titular del rol social, podrá ser imputado por comisión por omisión de homicidio, producido dentro del ámbito de organización de esfera de competencia del padre, y, por ello, se le ha

⁸⁰⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 66, 67 y 68; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 85; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., pág. 43.

⁸¹⁰ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 27.

⁸¹¹ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 66, 67.

⁸¹² Vid. LA TORRA, Massimo, *La lucha contra el Derecho subjetivo*, op. cit., págs. 332 y 333.

⁸¹³ Por ejemplo, el Código Penal español tipifica el delito de abandono de familia, menores o personas con discapacidades necesitadas de especial protección, en el artículo 226: 1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses. 2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del Derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.- En el mismo sentido, el Código penal del Estado de Guanajuato, México, tipifica el delito de incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar en el artículo 215: A quien injustificadamente deje de satisfacer obligaciones alimentarias, total o parcialmente, se le impondrá una punibilidad de seis meses a tres años de prisión y de cinco a treinta días multa, además del pago de alimentos caídos en términos de la legislación civil. La acción penal se ejercerá independientemente de que haya iniciado o no algún procedimiento civil. Este delito se perseguirá por querrela. Si la persona ofendida fuere menor de edad, incapaz o adulto mayor, la querrela podrá ser formulada por institución de asistencia familiar o de atención a víctimas del delito. El perdón procederá sólo cuando se hayan cubierto las obligaciones omitidas y se otorgue garantía para su futuro cumplimiento hasta cuando menos por un año. A quien se coloque dolosamente en estado de insolvencia con el propósito de eludir el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, se le aplicará de uno a cuatro años de prisión.

de reprochar esa administración defectuosa e incorrecta que defrauda, que no es otra cosa que el quebrantamiento de la expectativa social y normativa que de él se esperaba de gestionar correctamente⁸¹⁴.

Cada esfera de competencia personal de cada sujeto en la sociedad impera un criterio de libertad, esto quiere decir, que cada sujeto es libre de adecuar su conducta a las expectativas y vinculadas al rol social, o no, esto puede ser explicado, en que cada sujeto es libre de cumplir con su rol social o no seguirlo⁸¹⁵. Sin embargo, como ser social debe saber que si la gestión del rol social es correcta será premiado por la misma sociedad, teniendo el status⁸¹⁶ de persona en derecho, de ciudadano fiel a la normativa social⁸¹⁷, en cambio, si no sigue el rol social, o su gestión es defectuosa o deficiente, la sociedad la demandará en la medida de su defraudación⁸¹⁸ el quebrantamiento del rol social y de la expectativa normativa, mediante el juicio jurídico-penal de la imputación objetiva⁸¹⁹.

Por ello, el rol social es una garantía objetiva del juicio de imputación jurídico penal, porque garantiza que un sujeto únicamente se le va a imputar por un hecho punible si tenía él, el propio rol, es decir, como gestor del rol social, con sus derechos y sus deberes⁸²⁰, y si se infringe un deber personal perteneciente a su propio rol, lo que quiero establecer es que a nadie se le puede imputar por la infracción de deber perteneciente a un rol ajeno, esto quiere decir, que el titular del rol social, tiene el deber de gestar el rol social de acuerdo a las expectativas sociales⁸²¹.

⁸¹⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 67; ID., “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcional”, op. cit., pág. 86; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., págs. 42 y sigs.

⁸¹⁵ Vid. DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., pág. 82; LA TORRA, Massimo, *La lucha contra el Derecho subjetivo*, op. cit., pág. 336.

⁸¹⁶ Sobre el status y el papel que realiza el ser humano en la sociedad véase a DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., págs. 108, 109, 110, 118; CHINOY, Ely, *La sociedad*, op. cit., pág. 48 y sigs.; LA TORRA, Massimo, *La lucha contra el Derecho subjetivo*, op. cit., págs. 172-183 y 330 y sigs.

⁸¹⁷ Vid. KINDHÄSER, Urs, “Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho”, op. cit., pág. 230.

⁸¹⁸ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 67, 68, 73.

⁸¹⁹ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 71; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., págs. 33, 42 y sigs. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 322 y 323.

⁸²⁰ Vid. CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 62.

⁸²¹ Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcional”, op. cit., págs. 70 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel “Imputación normativa”, op. cit. pág. 116; CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., pág. 185; ID., *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 47, 48 y 49. Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, “Epílogo. Lo que afirma, y lo que no, la doctrina de la

A tenor de lo expuesto, el rol social es útil para la determinación de las conductas que son prohibidas o permitidas, según sea el caso⁸²². En el ámbito de la delimitación normativa, lo relevante para el caso es la dimensión externa, eminentemente social. Sin embargo, también tiene una dimensión interna, que atiende a las desviaciones de la conducta del sujeto que quebranta su rol social, que le toca realizar en el mundo de las interacciones sociales. Estas desviaciones pueden recibir el tratamiento de explicación de las defraudaciones, por ejemplo, por una deficiente socialización, o por un error, como el enlace de un modo de reacción hacia la sanción⁸²³.

La dimensión externa es la base del juicio jurídico-penal de la imputación objetiva, ya que la determinación de la conducta prohibida mediante el rol social consiste en un baremo objetivo⁸²⁴ constituido socialmente⁸²⁵, es decir, delimita los contornos de la interacción social de los contactos sociales, como también el mismo sistema de imputación genera una serie de estructuras para la explicación de las defraudaciones, en la que se considera la relación subjetiva del rol y el individuo que debe desempeñarlo, pero de acuerdo a las necesidades del sistema social⁸²⁶. Es decir, el propio sistema al momento de determinar la defraudación, menciona qué explicaciones le resultan válidas, declarando qué defraudaciones no son capaces de violentar la norma, ya sea, por ejemplo, por un error de prohibición invencible, o trastornos mentales patológicos, y también cuáles no determinan un tratamiento de re-estabilización de la norma⁸²⁷, o sea, de la vigencia contra-fáctica de la norma.

Sin embargo, para poder saber delimitar con acierto las esferas de competencia por organización y gestión del rol social es necesario saber y

imputaciónn”, en Fernando MIRÓ LLINARES / Miguel POLAINO-ORTS, *Imputación y valoración en Derecho penal. Un debate moderno entre los conceptos funcionalista y kantiano de imputación*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2013, págs. 96 y sigs.

⁸²² DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., pág. 106. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., pág. 321.

⁸²³ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, op. cit., pág. 48. En un sentido equivalente, DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., págs. 73, 74, 105 y 106.

⁸²⁴ L. BERGER, Peter / LUCKMANN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, op. cit., pág. 100 y sigs.

⁸²⁵ Vid. JIMÉNEZ-BLANCO, José, “Presentación”, op. cit., pág. 34; DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., pág. 72. Cfr. FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 110 y 111; ID., *Imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., Lima, 2002, pág. 144.

⁸²⁶ Vid. COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., págs. 42 y 43

⁸²⁷ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, op. cit., pág. 48. Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, “La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., pág. 27.

distinguir los tipos de roles que existen dentro de nuestro entorno social, es decir, que el propio sistema social delimita y finca la base de los distintos roles sociales, para poder determinar la correcta imputación objetiva, ya que el rol social es la base del juicio de la imputación objetiva. Por ello, a continuación establece los tipos de roles sociales, que serán útiles para determinación de la imputación objetiva en el injusto del secuestro.

B) Clases de roles sociales

La interacción social de los miembros de la sociedad conlleva a la utilización de varios roles sociales simultáneamente, es decir, qué ser humano tiene una pluralidad de roles sociales⁸²⁸ “etiquetas en la solapa o máscara”, ya sea dos o tres roles sociales a la vez, que puede utilizar indistintivamente, para las internaciones sociales de los contactos sociales y así formar parte del mundo social y expresando una comunicación adecuada al entorno social⁸²⁹. Por ejemplo, el taxista puede ser padre de familia y a su vez presidente de su comunidad de vecinos, y que otro sujeto sea el dueño del taxi, o sea, del auto donde labora, o conductor del mismo, y por último, tributador de la hacienda pública⁸³⁰.

La dualidad o la multi-pluralidad de roles sociales que puede tener el sujeto en la interacción social es diversa⁸³¹ y a esta situación se le denomina concurrencia de roles en un mismo sujeto, se puede entender por la simple existencia de dos clases de roles: a) los roles comunes y b) los roles especiales⁸³², y que aunado a esta clasificación de roles sociales existe la concurrencia de roles sociales, por ello, es preciso analizarlos a continuación porque el rol social es la

⁸²⁸ DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., págs. 55 y 70; ROCHER, Guy, *Introducción a la sociología general*, op. cit., págs. 46 y 47; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, op. cit., pág. 51; ID., *Rol social y sistemas de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, Editorial J.M^a. Bosch, Barcelona, 2005, pág. 292.

⁸²⁹ Vid. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “¿Dogmática penal sistema? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, *DOXA*, Cuadernos de filosofía del Derecho, número 23, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2000, págs. 249 y 250; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*. op. cit., págs. 63 y 64.

⁸³⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 68; POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel “Imputación normativa”, op. cit., pág. 117.

⁸³¹ Vid. DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., págs. 70, 129 y 131 nota a pie de página número 84; L. BERGER, Peter / LUCKMANN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, op. cit., pág. 102; ROCHER, Guy, *Introducción a la sociología general*, op. cit., págs. 46 y 47.

⁸³² Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 71; POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 68; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 86.

base del juicio de imputación objetiva y mediante la distinción de los roles sociales podremos delimitar el campo de acción de la conducta criminal⁸³³.

1. Rol común

El rol común afecta a todos los sujetos que interactúan en el núcleo social, por ejemplo, pagar la contribución tributaria al fisco o a hacienda, el rol de socorrer a quien se encuentre desamparado y en situaciones de peligro, pudiendo hacerlo sin riesgo propio ni de tercero. Se trata de un rol común aquel que está compuesto por un deber de solidaridad mínima que incumbe a todos los ciudadanos que se encuentran en el mundo social interactuando entre sí, sin distinción de ningún tipo⁸³⁴.

El rol común es aquel rol social que es el punto de unión de enlace a con los demás roles sociales ya que es el sustento de la base de ser constituido como persona en derecho⁸³⁵, o sea, el rol social común es aquel rol social que reviste a la persona en derecho con una cualidad inherente a los derechos y deberes en el sistema social ya que viste o coloca “etiquetas en la solapa” de los sujetos⁸³⁶ y el rol social de persona en derecho es una “etiqueta o máscara” de interacción social, que determina el rol social común, en otras palabras, el individuo pasa de un estatus de natural⁸³⁷ o ser considerado como persona⁸³⁸ en derecho porque es revestido con el rol social común de las interacciones sociales⁸³⁹.

Sin embargo, en el plano de las fuentes de donde emana los roles sociales resulta extremadamente difícil distinguirlo de donde nace uno y otros roles. Por ello, afirmar que emanan de los sistemas sociales en los que se participa resulta muy útil respecto de los otros tipos de roles sociales, especialmente del otro tipo de rol social, del rol especial. Aun así, cada sistema social determinará según sus propias operaciones sociales la concepción del rol de persona, y también fincará

⁸³³ COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., pág. 43.

⁸³⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 69; ID., “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcional”, op. cit., pág. 83; ID., *Funcionalismo normativo*, op. cit., págs. 120 y 121; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 86; CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., pág. 191; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., pág. 43.

⁸³⁵ DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., pág. 57; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., pág. 43.

⁸³⁶ DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., pág. 62; ROCHER, Guy, *Introducción a la Sociología general*, op. cit., pág. 46.

⁸³⁷ Vid. BERGÉS, Alfredo, “El Derecho como sistema de niveles de libertad”, op. cit., pág. 43.

⁸³⁸ DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., págs. 57 y 58; LA TORRA, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo*, op. cit., págs. 173 y sigs.

⁸³⁹ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 60 y 61.

la base de la delimitación según sus propias normas y expectativas sociales de interacción⁸⁴⁰. Para comprenderlo, se puede ejemplificar lo que se exige a una persona para no defraudar las expectativas sociales de la normativa jurídico penal, que es distinto de lo que se exige en el subsistema de la moral y la ética: por ejemplo, dejar pasar por la corriente de un río a un niño que está siendo arrastrado por el agua y se está ahogando, y al que se podría salvar sin mayores esfuerzos y riesgos, constituye una simple omisión del deber de socorro para el sistema jurídico-penal, sin embargo, para el subsistema de la moral o la ética es un acto incalificable y falta de los más elementales valores humanos, en este ejemplo, el único interactuante de la interacción social es el rol común de persona, y el juicio de imputación en los dos sistemas mencionados (jurídico-penal/moral o ética), son diversos y diferentes⁸⁴¹.

La sociedad otorga el rol social de persona en derecho, pero este rol social lo da la misma sociedad mediante el reconocimiento de la libertad, pero este reconocimiento es muy difícil de precisar en términos positivos por los ordenamientos normativos⁸⁴², pues puede caracterizarse en una expectativa básica que se erige en un deber negativo⁸⁴³, que es el “no ejercer tu libertad sin dañar a otros”⁸⁴⁴, y este principio⁸⁴⁵, o más bien el deber negativo, ya era reconocido en las anteriores sociedades, por ejemplo, la sociedad romana, que ya contemplaba en el Derecho romano la máxima “*neminem laedere*”⁸⁴⁶.

⁸⁴⁰ JIMÉNEZ-BLANCO, José, “Presentación”, op. cit., pág. 35.

⁸⁴¹ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, op. cit., págs. 51 y 52; ID., *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 292. Como también, DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., págs. 77 y 78. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., pág. 321.

⁸⁴² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal”, *CPC*, número 71, Madrid, 2000, págs. 414 y 415.

⁸⁴³ Vid. DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., págs. 74 y 75.

⁸⁴⁴ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 72 y 73. Para una mayor apreciación del contenido de la libertad sin dañar a otro, véase el capítulo V del Bien jurídico en el inciso B) Libertad en el Derecho penal, número 7. Concepción del funcionalismo normativo: *Jakobs*.

⁸⁴⁵ Esta idea se puede entender de la siguiente manera, mediante los imperativos categóricos de HEGEL: “Sé una persona y respeta a los demás como personas, y el principio *exeundum esse e statu naturali* (hay que salir del estado de naturaleza). A partir de estos dos imperativos se puede entender, por un lado, la idea central de que la esfera del Derecho es un sistema de niveles de libertad, en el que los niveles más abstractos desarrollan las formas de la libertad individual y los niveles concretos impiden mediante una jerarquización normativa el vuelo a la normatividad de lo fáctico”. BERGÉS, Alfredo, “El Derecho como sistema de niveles de libertad”, op. cit., pág. 43. Como también SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal”, op. cit., pág. 412 y sigs.

⁸⁴⁶ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, op. cit., pág. 52; ID., *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., págs. 292 y 293; LA TORRA,

Ahora bien, el rol social de persona en derecho es útil en cuanto a la doble contingencia social de las interacciones y contactos sociales, por ello, es preciso ver en cada sujeto a una persona en derecho, es decir, como un portador de un rol social que administra, gestiona su ámbito de organización según el estándar general y razonable esperado por las expectativas sociales y por el ordenamiento punitivo⁸⁴⁷, con esto, es posible estructurar la propia conducta, cuando se sabe que la desviación por parte de la persona en derecho lo conducirán al juicio jurídico penal de imputación, pues, lo conduce a la responsabilidad, ya que se esperaba de él algún tipo de motivación adecuado al ordenamiento normativo y a las expectativas sociales de conducta⁸⁴⁸.

El rol social de persona emana del rol social común, es decir, que el rol común es el estatus de persona en derecho, y que dicho rol determina el deber o deberes generales de una persona en derecho de cómo debe de interactuar en los contactos sociales⁸⁴⁹.

Las defraudaciones al rol social común se constatan por la transgresión del deber negativo universal de “no dañar a otro”⁸⁵⁰, y este tipo de defraudación normativa no requiere la presencia o la concurrencia del rol especial, pues no es necesario que existan expectativas sociales especiales dirigidas a la persona en derecho ubicada en una determinada posesión social de interacción de los contactos sociales⁸⁵¹.

En la responsabilidad jurídico-penal por la organización incorrecta en las interacciones sociales puede constatarse que hubo o hay un quebrantamiento a la

Massimo, *La lucha contra el Derecho subjetivo*, op. cit., pág. 330; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 60.

⁸⁴⁷ Vid. DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., pág. 87; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., pág. 42; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 51 y 52.

⁸⁴⁸ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, op. cit., págs. 52 y 53; ID., *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 293.

⁸⁴⁹ JAKOBS, Günther, “La omisión. Estado de la cuestión”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, pág. 150; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, op. cit., pág. 53; ID., *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., págs. 293 y 294.

⁸⁵⁰ El “no dañar a otro” es el principio básico de la convivencia humana. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, op. cit., pág. 49.

⁸⁵¹ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 73; ID., “La omisión. Estado de la cuestión”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, pág. 131; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, op. cit., pág. 53; ID., *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 294.

expectativa de “no dañar”, habiendo siempre la misma causa, es decir, alguien esperaba “no ser dañado” por la interacción cotidiana del mundo social, sin embargo, fue dañado⁸⁵². Pero en el ámbito social no es posible distinguir si se trata de una expectativa de acción o de omisión, sino que simplemente se puede distinguir si la defraudación de la expectativa se ha verificado por acción u omisión, por ello, el juicio jurídico-penal de la imputación objetiva del comportamiento social nos permitirá distinguir y solucionar el problema⁸⁵³. El deber negativo de “no dañar a otro” proveniente del principio romano “*neminem laedere*”⁸⁵⁴ puede verse defraudado por acción o por omisión⁸⁵⁵, porque ambas conductas forman parte de la interacción de los contactos sociales, y por ende, del sistema jurídico penal ya que lo relevante es la defraudación normativa del daño causado, es decir, el deber de “no dañar”, y sólo a través de dicho deber se configura el punto de unión con el Código y la normativa, ya que la defraudación se produce mediante una acción o una omisión en las interacciones⁸⁵⁶ de los contactos sociales⁸⁵⁷.

Concretando lo anterior en el supuesto que nos interesa, es de señalar que el secuestro puede ser ejecutado por cualquier persona como sujeto activo⁸⁵⁸, y este factor implica que el injusto del secuestro puede ser perpetrado por cualquier

⁸⁵² JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 74.

⁸⁵³ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 73 y 74; ID., “Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Editorial Civitas, Madrid, 2004, pág. 87; ID., “Acción y omisión en Derecho penal”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES / Luis Carlos REY SANFIZ, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Editorial Civitas, Madrid, 2004, págs. 169 y sigs; ID., “Acción y omisión en Derecho penal”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES / Luis Carlos REY SANFIZ, *CPC*, número 74, Madrid, 2001, págs. 277 y sigs.

⁸⁵⁴ Cfr. CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., págs. 191 y sigs.

⁸⁵⁵ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 50: “Es indiferente si la persona quebranta su rol mediante acción u omisión, si aumenta o disminuye el riesgo, toda vez que si cabe diferenciar acción y omisión, así como aumento o disminución de riesgos, todo ello es posible únicamente en el mundo de la fenología causal-naturalista. Lo relevante es el significado normativo que comunica la conducta en un contexto social determinado; el significado será de un riesgo permitido cuando expresa el sentido adaptación al rol socialmente estereotipado de la persona en el sector parcial de la sociedad donde ejercita su acción”. Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal*, op. cit., págs. 261, 262 y nota al pie de página número 24.

⁸⁵⁶ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 73 y 74; ID., “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., págs. 211 y 212. Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal*, op. cit., págs. 261, 262 y nota al pie de página número 24.

⁸⁵⁷ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, op. cit., págs. 53 y 54.

⁸⁵⁸ Véase el capítulo correspondiente a la acción típica en el injusto del secuestro.

persona en derecho indistintamente (con la excepción de la titularidad de un rol social especial⁸⁵⁹), y la la realización de la conducta quebranta un deber negativo “de no privar de la libertad ambulatoria”⁸⁶⁰ a otros, que no es sino expresión del “deber de no dañar”, y esto lleva a la defraudación de la expectativa normativa de no secuestrar, de no privar de la libertad ambulatoria, de no condicionar la libertad⁸⁶¹. Dentro del plano del rol social se quebranta el rol social común de persona⁸⁶² en derecho porque se está quebrantado el deber negativo de dañar a otro en las interacciones sociales⁸⁶³.

2. Roles especiales

Los roles especiales son aquellos que obligan a determinados sujetos, que se encuentran en una posesión especial, concreta, y determinada, que les distingue y los individualiza de los demás sujetos en derecho (personas en derecho), por ejemplo, el funcionario público, el rol de padre, rol de policía, rol de militar, rol de bombero, etcétera. A diferencia del rol común de persona en derecho que tiene un deber de solidaridad mínima, el rol especial tiene el deber o deberes de garante, una posesión de garante, porque generan una incumbencia singular, específica, a la que únicamente se puede realizar o ejecutar el titular del rol social especial⁸⁶⁴. Los deberes que emanan los roles sociales especiales determinan el juicio jurídico-penal de la imputación objetiva, porque determinan la posesión de garante que guarda el titular del rol social especial⁸⁶⁵, sobre los demás interactuantes en el contacto social⁸⁶⁶.

Al igual que el rol social común, los mismos principios básicos rigen para el rol social especial, con referencia a las defraudaciones que se refieren a los roles especiales. De acuerdo, con la responsabilidad por la defraudación de las expectativas del rol social especial es preciso tener en cuenta que el hecho de que

⁸⁵⁹ Véase el capítulo de acción típica en el injusto del secuestro, especialmente en los apartados de sujeto activo y pasivo. Pues puede existir un agravante o atenuante en el injusto del secuestro por la interacción de un rol social especial como un policía, etc.

⁸⁶⁰ Véase el capítulo de bien jurídico en el injusto del secuestro.

⁸⁶¹ *Vid.* JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 73.

⁸⁶² Con la salvedad que no fuera ejecutado por una persona en Derecho que al momento de la comisión delictiva tenga una posesión especial, es decir, un rol social especial, como un policía, etc.

⁸⁶³ *Vid.* CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., pág. 186.

⁸⁶⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 69; ID., “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcional”, op. cit., pág. 70 y 71; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 86; JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 71 y 72; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., pág. 43.

⁸⁶⁵ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, op. cit., pág. 53.

⁸⁶⁶ *Vid.* CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., pág. 184.

una persona en derecho desempeñe un gran número de roles sociales no implica, precisamente, que desempeñe todos los roles sociales a la vez, o todo el tiempo. Por esta razón, la conformidad o disconformidad hacia las expectativas del propio rol social desempeñado, se deberá de juzgar conforme al rol que actualmente se está o que debería estar en ejecución⁸⁶⁷. Sólo de esta manera tendrá relevancia para el juicio jurídico-penal⁸⁶⁸, y por ende, para el juicio de imputación objetiva, pues, si el hecho de los acontecimientos tenga lugar cuando el policía no este de servicio, o el médico⁸⁶⁹ no este laborando por estar en vacaciones, o el salvavidas ya terminó su jornada laboral, etc. Estos roles sociales no operan en contra, porque no son un cúmulo de expectativas sociales indelebles que deban asociarse permanentemente, al juicio de la imputación objetiva a una determinada persona⁸⁷⁰.

Desde la perspectiva anterior, podremos establecer una diferencia entre los roles sociales comunes y especiales⁸⁷¹. Los roles sociales especiales de que una persona en derecho puede desempeñar son diversos, y sus expectativas sociales son eficaces en el momento del desempeño del rol social especial en función. En cambio, el rol social común de persona en derecho las expectativas sociales son indeleble, es decir, que no se pueden desvincular del ejercicio del rol social, por el deber de solidaridad mínima, y por ello, mucho más fijas al sujeto en derecho (persona en derecho)⁸⁷². Sin embargo, hay que tener presente que no existe una desvinculación entre el desempeño del rol social especial, por ejemplo, policía, médico, bombero, chofer, etc., y el rol común de persona en derecho⁸⁷³, porque uno y otro se unen en el momento donde se interactúa con la etiqueta del rol social especial.

Por ello, el rol social común asiste a todo el mundo, sin embargo, los roles sociales especiales son obligatorios a determinadas personas, aunque, aquellas personas a quienes incumbe la realización del rol social especial, no por esta

⁸⁶⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte”, *ADPCP*, tomo 48, Fascículo I, Madrid, 1995, págs. 203 y 204.

⁸⁶⁸ Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, “La culpabilidad: Estado de la cuestión”, op. cit., págs. 99.

⁸⁶⁹ *Vid.*, sobre la responsabilidad penal del médico, JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Recensión a: AA.VV., Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil, administrativa del médico y otros agentes sanitarios”, *CPC*, número 100, Madrid, 2010, págs. 267-274.

⁸⁷⁰ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, op. cit., pág. 54.

⁸⁷¹ CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., pág. 186.

⁸⁷² *Vid.* CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., pág. 185 y 191.

⁸⁷³ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, op. cit., pág. 55.

razón, dejan de tener el rol social común de personas en derecho⁸⁷⁴. Otra cosa es cómo se juzga la infracción al rol por parte del sujeto quebrantador. Esto es que por razones de la demanda social o por cuestiones de política-criminal la retribución o castigo por la infracción de un rol, el rol especial que prima sobre el general porque normalmente aquél ya incluye o presupone al rol social común, por ejemplo, en el caso anteriormente expuesto en este capítulo, donde el padre de familia que no alimenta a su hijo menor y que fallece por resultado de una inanición, no responde por un injusto de omisión de deber de socorro, a pesar de que el hijo se hallaba desamparado y en situación de peligro, sino responde por un injusto que englobe la infracción de solidaridad mínima, será responsable e imputado por el injusto de homicidio⁸⁷⁵ del menor, es decir, responderá por la omisión del deber de garante, como si hubiera causado la muerte del menor activamente, tirándolo por la ventana o clavándole un cuchillo en el corazón⁸⁷⁶.

Por lo expuesto, la distinción principal del injusto penal no radica en la separación o distinción de la comisión por acción u omisión, sino en la que atiende al fundamento de la responsabilidad entre responsabilidad en virtud de incumbencia por la organización y responsabilidad en virtud de incumbencia institucional⁸⁷⁷. La responsabilidad en virtud de incumbencia por organización se fundamenta en el sinalagma primordial de responsabilidad por la libertad⁸⁷⁸, es decir, por la organización del propio ámbito de movimiento de un modo inocuo para los demás ciudadanos en derecho (este el supuesto o caso del rol social común), en cambio, la responsabilidad en virtud de incumbencia institucional se fundamenta en las especiales relaciones reconocidas por la sociedad. Estas especiales relaciones, por ejemplo, las pater-filiales o las que presentan determinados fundamentos estatales respecto de los ciudadanos (policíaca, protección civil, etc.), suponen la existencia de determinadas instituciones a las que la sociedad ha decidido otorgar una especial protección, de modo que se

⁸⁷⁴ Vid. CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 61.

⁸⁷⁵ En un sentido equivalente véase a CHINOY, Ely, *La sociedad*, op. cit., págs. 47 y 50.

⁸⁷⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 69. Como también JAKOBS, Günther, “La omisión. Estado de la cuestión”, op. cit., págs. 150 y 151. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 320 y 321.

⁸⁷⁷ “Tanto los mandatos como las prohibiciones tienen su fundamento de responsabilidad en los requisitos: a) de tener consideración por los demás en la configuración del propio ámbito de organización (responsabilidad en virtud de incumbencia por la organización) y b) de la solidaridad institucionalmente reforzada (responsabilidad en virtud de incumbencia institucional). Tanto en la comisión como en la omisión se añade la responsabilidad por c) la vulneración de la solidaridad mínima... La distinción materialmente más significativa no es, pues, la que separa comisión y omisión, sino la que atiende al fundamento de la responsabilidad: entre responsabilidad en virtud de incumbencia por la organización y responsabilidad en virtud de incumbencia por la organización y responsabilidad en virtud de incumbencia institucional”. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 949, como también la página 267.

⁸⁷⁸ KINDHÄSER, Urs, “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, op. cit., pág. 77.

limita el ámbito de organización de aquellos que se encuentran en posiciones relacionadas con dichas instituciones, cargándolos directamente con el deber de protección⁸⁷⁹, en pocas palabras, es un deber de garante ante los demás ciudadanos en derecho⁸⁸⁰ (aquí estamos en el supuesto de los roles sociales especiales).

Por ello, está comprometida la incumbencia institucional, en tanto la estructura social ha determinado qué posiciones no quedan simplemente sujetas al ámbito del no dañar al otro, en el ejercicio de la libertad propia de las personas, sino que las expectativas propias del rol exigen un deber directo de protección sobre determinada relación nos encontramos frente a la responsabilidad institucional⁸⁸¹.

Hay que mencionar que determinadas responsabilidades emanan de un exceso en el ámbito propio de organización que resulta dañoso y otras emanan de un fallo en determinados deberes emanados de instituciones sociales. En estos casos, en el primer supuesto, corresponde a una vulneración del rol social común de la persona en derecho, en cambio, los segundos, son una vulneración de los roles sociales especiales. Esto se puede explicar, porque en el ámbito del rol social no es necesario distinguir entre unos y otros roles sociales, porque ambos son exceptivas sociales de conducta, es decir, que el rol social es una expectativa social que las demás personas esperan que se efectúe, y por ello, el no ejercer el rol social son defraudaciones del rol y defraudaciones a la expectativa normativa, y por esta razón, las defraudaciones pueden tener lugar mediante acciones o por omisiones, esto quiere decir, que los roles sociales están definidos por deberes negativos o deberes positivos, determinando un dualismo⁸⁸² de deberes para la persona en derecho⁸⁸³.

En resumen, el juicio de imputación objetiva versa sobre la vinculación de las expectativas sociales defraudadas, pero se pueden diferenciar o delimitar las expectativas sociales sobre la base del rol social específico del sujeto en derecho,

⁸⁷⁹ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, op. cit., pág. 55; ID., *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 296.

⁸⁸⁰ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 968 y 969; ID., *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 26; ID., “La omisión. Estado de la cuestión”, op. cit., págs. 146 y sigs.

⁸⁸¹ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, op. cit., pág. 55; ID., *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 296.

⁸⁸² JAKOBS, Günther, “Acción y omisión en Derecho penal”, op. cit., págs. 153 y 154; ID., “Omisión” traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Editorial Civitas, Madrid, 2004, págs. 173 y 174; LA TORRA, Massimo, *La lucha contra el Derecho subjetivo*, op. cit., págs. 181 y 182.

⁸⁸³ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., págs. 296 y 297.

o por el rol social de persona en derecho⁸⁸⁴. Por esta circunstancia es necesario analizar la confirmación y límites del rol social, más allá de que se hayan vulnerado expectativas sociales, porque toda expectativa social, se reprocha por la imputación objetiva del resultado que determina lo intolerable en la sociedad, o redefinirá dicha estructura para los procesos de los conflictos sociales⁸⁸⁵. Por lo tanto, la diferencia entre la responsabilidad institucional y la responsabilidad por organización guarda relación con el contenido de los roles a los que se refiere la interacción social. En el caso de la responsabilidad por organización se hace referencia al “deber negativo” de “no dañar otro” que determina el binomio libertad/responsabilidad, simplemente se explica por tratarse de una sociedad de libertades, pues en caso contrario, no se podrían trazar distinciones de las interacciones sociales en un contexto de interacción complejo⁸⁸⁶. En términos concretos, la redefinición de la estructura del status del rol social, para que sea adecuado el juicio de imputación objetiva, debe verificarse antes que todo el acontecimiento del hecho defraudador (quebrantamiento de la expectativa social) y nunca a la inversa⁸⁸⁷.

Ahora bien, el injusto del secuestro puede ser realizado por personas que tengan un rol social especial⁸⁸⁸, pero dicho rol social especial tiene que estar en ejecución, aunque se ha distinguir si es realizado por funcionarios⁸⁸⁹ públicos⁸⁹⁰ que tienen un deber especial de cuidado (respetar los derechos fundamentales)⁸⁹¹ o de seguridad pública y ciudadana, por ejemplo, el policía que secuestra a un

⁸⁸⁴ Vid. CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., págs. 186 y 187; ID., *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 58 y 63.

⁸⁸⁵ Vid. DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., pág. 105.

⁸⁸⁶ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 252; CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., pág. 186.

⁸⁸⁷ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., págs. 297 y 298.

⁸⁸⁸ Véase el capítulo de acción típica en el injusto del secuestro, especialmente en el apartado IV. Sujetos de conducta, inciso A) Sujeto activo. Ya que es un agravante, atenuante o cualificante del injusto del secuestro el tener un rol especial de funcionario público en ejercicio de las funciones.

⁸⁸⁹ FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, M^a Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., págs. 215 y sigs; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., pág. 50; BOLEA BARDÓN, Carolina / ROBLES PLANAS, Ricardo, “La tipificación de las detenciones ilegales policiales”, op. cit., págs. 5 y sigs. Como también el auto del TS de 5 de octubre de 1994, ponente: Ramón MONTERO FERNÁNDEZ-CID.

⁸⁹⁰ Para Tomás Salvador VIVES ANTÓN y José Vicente GIMENO SENDRA, el carácter de funcionario público vendría atribuido por la concurrencia en la actividad concreta de un triple elemento: subjetivo (función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público), objetivo (función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al Derecho público) y teleológico (función pública es aquella en la que se persiguen fines públicos). VIVES ANTÓN, Tomás S. / GIMENO SENDRA, José Vicente, *La detención*, op. cit., pág. 51. Como también, MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., pág. 59.

⁸⁹¹ Vid. BOLEA BARDÓN, Carolina / ROBLES PLANAS, Ricardo, “La tipificación de las detenciones ilegales policiales”, op. cit., págs. 4 y sigs; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 161.

ciudadano, cuya conducta realiza un tipo cualificado de secuestro (art. 167 CPE)⁸⁹², por ser su sujeto una persona con un rol especial que tiene una posesión especial⁸⁹³ y un deber de garante ante los ciudadanos, que representa al Estado, vigila, da seguridad y el orden a las interacciones sociales, por lo menos en materia administrativa (multas) y policíaca. Por lo anterior, la tipificación del artículo 164 del Código penal español sólo podrá ser imputarse a cualquier persona que no esté ejerciendo o ejecutando su rol social especial de funcionario público, con la excepción de si la persona en derecho ejecuta un rol social especial, del artículo 167 del mismo ordenamiento, abusando del papel que tiene en la sociedad⁸⁹⁴ y, por ello del poder provisto de su rol social especial; sin embargo, el secuestro y la privación de la libertad se producirán sin mediar causa por delito, a la que se vincula la detención ilegal del artículo 167, que debe interpretarse como detención no motivada por la comisión de una infracción penal; sin embargo, este precepto debe reservarse para los atentados directos contra la libertad ambulatoria, y si la conducta es ejecutada cuando el funcionario público está en ejercicio de su función o papel social de gestor de la administración pública, en ello estriba la razón material de la cualificación de la pena privativa de libertad⁸⁹⁵.

C) Funciones del ejercicio de un rol

La función del rol social no sólo sirve para la identificación de los destinatarios de las expectativas sociales (personas en derecho), sino que también sirve en la la estructura delimitación del juicio jurídico-penal de la imputación

⁸⁹² En los delitos especiales impropios, el tipo sólo designa como autor a personas que poseen un carácter especial, que en este caso es autoridad o funcionario público. Sin embargo pueden ser cometidos por cualquiera, pero su autoría sólo es constituida por personas cualificadas constituye una causa de agravación de la pena, por el elemento de la condición objetiva de punibilidad, porque representan una grave temeridad al orden social y a la vigencia de la norma, otras palabras se está defraudando la expectativa normativa. En un sentido parecido véase a JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 286 y 598; ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., pág. 338; ya que este autor los denomina delitos de infracción de deber, los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo, en los que sólo puede ser autor el que infrinja su deber especial derivado de una posición oficial. Como también, VIVES ANTÓN, Tomás S. / GIMENO SENDRA, José Vicente, *La detención*, op. cit., págs. 47 y 48; ALONSO PÉREZ, Francisco, *Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, op. cit., págs. 51 y sigs; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., págs. 186 y sigs; AA.VV. “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 740 y sigs; ESCRIBIELLA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, op. cit., págs. 18 y sigs. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público, art. 184 CP”, op. cit., pág. 348.

⁸⁹³ *Vid.* JAKOBS, Günther, “La omisión. Estado de la cuestión”, op. cit., pág. 150.

⁸⁹⁴ El papel (rol social) es un conjunto de normas, y el status y papel son dos lados de la misma moneda. El status es una posición socialmente identificada; el papel es el patrón de conducta aplicable a las personas que ocupan un status particular. CHINOY, Ely, *La sociedad*, op. cit., pág. 48.

⁸⁹⁵ BOLEA BARDÓN, Carolina / ROBLES PLANAS, Ricardo, “La tipificación de las detenciones ilegales policiales”, op. cit., págs. 8 y sigs; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 57, 58, 61 y 62.

objetiva, esto es, comparte un carácter de estructura de legitimación material de las conductas que determina la normativa que son permitidas o no para las interacciones de los contactos sociales⁸⁹⁶, es decir, el rol social es un pilar fundamental en el juicio jurídico-penal de la imputación objetiva ya que determina qué acción es adecuada⁸⁹⁷ o permitida para la realización de las interacciones sociales⁸⁹⁸.

La incorporación del rol social⁸⁹⁹ como baremo normativo de una estructura limitadora de las intervenciones penales es un logro evolutivo que se alcanzó por medio de la utilización de las ciencias auxiliares del Derecho penal, y que en este caso la Sociología. El rol social es una estructura de re-validación por el sistema jurídico, tomándola de las operaciones generales del sistema social del que forma parte e incorporada en su operación luego de la asignación de una función social⁹⁰⁰.

La persona o ciudadano que cumple su rol social y respeta la normativa se está respetando a sí mismo como persona en derecho, como ser social, y al mismo tiempo, dá una seguridad cognitiva de fidelidad normativa, y por ello, respeta a los demás ciudadanos como personas en derecho⁹⁰¹. La situación de homologación del rol social y de las expectativas sociales, que son algo normativo y no arbitrario, son la representación de las mismas expectativas sociales y por ello son homogéneos entre el rol social y las expectativas sociales⁹⁰². Es decir, que el rol social es la materialización de las expectativas sociales y con la materialización se hace efectiva la institucionalización de las

⁸⁹⁶ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., p. 347.

⁸⁹⁷ Según Miguel POLAINO-ORTS: “Quien ejerce su rol adecuado su comportamiento a la norma. El ciudadano que tributa fielmente a la hacienda pública o el padre que alimenta a su hijo están cumpliendo con sus respectivos roles, a saber: el rol de ciudadano correcto con el fisco y con el rol de padre. Esto es, están realizando exactamente aquello que socialmente se espera de ellos. Precisamente por eso, el cumplimiento del rol desempeña las mismas funciones que se atribuyen al concepto de norma jurídica de un lado, el afianzamiento de las expectativas sociales y, de otro el fomento de la capacidad de orientación normativa”. POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 70. Como también, ROCHER, Guy, *Introducción a la Sociología general*, op. cit., págs. 44 y 47.

⁸⁹⁸ Vid. COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., pág. 42.

⁸⁹⁹ DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., pág. 80: “La categoría de rol representa un punto interesante también para el análisis sociológico de las normas e instituciones del Derecho”.

⁹⁰⁰ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 348. Véase también DURKHEIM, Emile, *Las reglas del método sociológico*, traducción de Ernestina DE CHAMPOURCÍN, 2ª reimpr. Cuaderno de la gaceta, Núm. 30, Editorial Fondo de cultura económica, México, D.F., 2001, pág. 147.

⁹⁰¹ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 95.

⁹⁰² Vid. DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., pág. 41; GIDDENS, Anthony, *Sociología*, op. cit., pág. 120; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 286; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., pág. 44.

expectativas sociales establecidas en los ordenamientos legales⁹⁰³, conforme al parámetro de división social en función de los diversos ámbitos de competencia de las interacciones sociales⁹⁰⁴. Por ello, la persona en derecho que adecua su conducta de acuerdo al comportamiento a su rol social, cumple la norma, está realizando un procedimiento de comunicación con el mensaje lo que a él le corresponde pueden los demás miembros de la sociedad confiar en él, esto es que la ciudadanía y la sociedad en su conjunto confían plenamente en la interacción social de la parcela de sujeto en derecho. Esto conlleva el afianzamiento de la expectativa normativa, y por ende se da el reconocimiento de persona en derecho, respetándose a sí mismo como persona en derecho, indicando con su comportamiento que la expectativa social permanece vigente, esta actuación de respetarse a sí mismo como persona en derecho⁹⁰⁵, fomenta que los demás ciudadanos lo tomen en serio como interlocutor social, de manera que con él se puede seguir contando en la sociedad y puede seguir siendo un referente en el cumplimiento de la norma, en otros términos, el sujeto que cumple su rol social respetando la normativa, fomenta con su propia fidelidad al derecho la capacidad de los ciudadanos para orientar su conducta conforme a la norma, esto es, que se toma la norma como guía o referencia del propio comportamiento personal del sujeto en derecho (persona)⁹⁰⁶.

El rol social es aquel que está constituido como un haz de derechos y obligaciones (deberes)⁹⁰⁷, y que determina un binomio o principio básico de las interacciones sociales que es la dualidad entre libertad/responsabilidad, sin embargo, este mismo rol social y su constitución de derechos y deberes, tiene un efecto directo sobre el titular del rol social, pues determina el ámbito de la libertad donde el titular del rol social puede sentirse seguro en el proceso de las interacciones de los contactos sociales⁹⁰⁸, porque el rol social le inmuniza y le

⁹⁰³ Vid. L. BERGER, Peter / LUCKMANN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, op. cit., págs. 97, 98, 99 y 103.

⁹⁰⁴ JIMÉNEZ-BLANCO, José, “Presentación”, op. cit., pág. 34; DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., págs. 72, 75 y 76; ROCHER, Guy, *Introducción a la Sociología general*, op. cit., págs. 45 y 46; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 60.

⁹⁰⁵ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., págs. 50 y sigs; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal”, op. cit. 411 y sigs; CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., págs. 185 y 186.

⁹⁰⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 70 y 71; ID., “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcional”, op. cit., pág. 90; ID., *Funcionalismo normativo*, op. cit., págs. 122 y 123. Como también, ROCHER, Guy, *Introducción a la sociología general*, op. cit., pág. 43; LA TORRA, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo*, op. cit., págs. 176, 177, 180 y 183.

⁹⁰⁷ DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., pág. 69.

⁹⁰⁸ Vid. ROCHER, Guy, *Introducción a la sociología general*, op. cit., pág. 46.

blinda frente a la imputación de lesiones de ámbito de organización ajena⁹⁰⁹. Esto es que el rol social ejerce una garantía para quien lo ejerce de la manera adecuada e idónea, porque se está situando de parte de la norma, afianzado con ella expectativas sociales y fungiendo como referencia para la orientación normativa⁹¹⁰. En otras palabras, el ejercicio del rol, blinda al titular frente a cualquier intento de desaprobar su gestión como titular de ese rol⁹¹¹.

Ahora bien, el rol social tiene la función de delimitar las esferas de comportamiento social⁹¹², ya que delimita el ámbito de competencia, por medio de los derechos y deberes de cada persona en derecho⁹¹³, esto es, que cada ciudadano crea un ámbito en el que puede ejercer libremente sus derechos sin sufrir agresión injusta por parte de nadie pero, también se crea un ámbito en el que ha gestionado sus obligaciones de manera correcta, esto es, que adecua su rol social, si quiere ser considerado como persona en derecho⁹¹⁴.

Esta dualidad del haz de derechos y deberes contribuye a que el rol social sea un presupuesto de la garantía penal, porque garantiza que a un sujeto será imputado, si tiene un rol propio que ha quebrantado, esto es que infringe un deber personal perteneciente a su gestión en su propia esfera de la interacción social, esto es, que a nadie se le podrá imputar por la infracción de deber perteneciente a un rol social ajeno⁹¹⁵.

Desde esta perspectiva, se puede definir el rol social como materialización de la expectativa social en el ámbito de las interacciones sociales, y la desviación respecto de aquella expectativa social que compete al portador de un rol social⁹¹⁶, o la simple desviación de un rol social, merece el juicio de la imputación objetiva, lo que quiere decir que la imputación objetiva, y en este caso la imputación penal, es la demanda del quebrantamiento normativo de una

⁹⁰⁹ COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., pág. 43; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 56 y 65

⁹¹⁰ Vid. GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, op. cit., pág. 217.

⁹¹¹ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 71; ID., “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcional”, op. cit., págs. 77 y sigs.; ID., *Funcionalismo normativo*, op. cit., pág. 123.

⁹¹² JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 27.

⁹¹³ Vid. CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 62.

⁹¹⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 71 y 72.

⁹¹⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 71, 77 y 78; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 85 y sigs.; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., pág. 43.

⁹¹⁶ Vid. DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., págs. 105 y 106; REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Editorial Temis, Santa fé de Bogotá, 1994, pág. 131; CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., pág. 185. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 226, 227 y 320.

expectativa social, por la desviación incorrecta del ejercicio del rol social⁹¹⁷, esto es, el juicio jurídico-penal de la imputación es el reverso del ejercicio incorrecto del rol social, de manera que surge de la existencia del hecho del sujeto que desvía y no realiza su conducta adecuada a su rol social⁹¹⁸, que se esperaba que desempeñe en la sociedad con prudencia. Ello quiere decir que el juicio de la imputación objetiva se asienta en la defraudación imputable de las expectativas sociales, correlativamente con la concepción de la norma como modo de orientación de conductas y como fundamento estabilizador de las expectativas sociales⁹¹⁹.

III. Instituciones de la imputación objetiva

A) Riesgo permitido

1. Fundamentación

Las sociedades de nuestros tiempos son sociedades que están en un constante cambio social, y por ello su nivel de interacción es elevado y esta situación lleva a que la interacción social tenga un nivel de tolerancia sobre ciertos riesgos que permiten el desarrollo de la vida cotidiana en el entorno social⁹²⁰. Cualquier contacto social entraña un riesgo, incluso cuando todos los

⁹¹⁷ Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcional”, op. cit., págs. 74 y sigs. Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, “La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., pág. 51.

⁹¹⁸ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 60; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 49 y 58. Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, “La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., págs. 49 y sigs.

⁹¹⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 74 y sigs; POLAINO-ORTS, Miguel, “Las cuatro caras de la imputación penal Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcional”, en Fernando MIRÓ LLINARES / Miguel POLAINO-ORTS, *Imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, Editorial Ara, Lima, 2010, págs. 81 y sigs; ID., “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcional”, en Fernando MIRÓ LLINARES / Miguel POLAINO-ORTS, *Imputación y valoración en Derecho penal. Un debate moderno entre los conceptos funcionalista y kantiano de imputación*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2013, págs. 79 y sigs; CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., págs. 188 y 189; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., pág. 43; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 395.

⁹²⁰ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 250; ID., *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 44 y 61; ID., “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., pág. 212; TORIO LÓPEZ, Ángel, “Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma”, op. cit., pág. 388 y 389; JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, *RECPC* 16/2014, págs. 1 y sigs. (Accesible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>); POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 78 y 79; ID., “Homicidio y asesinato”, op. cit., pág.

intervinientes actúan de buena fe, por ejemplo, a través de un apretón de manos puede transmitirse, a pesar de todas las precauciones, una infección, que puede producir la muerte o alguna lesión corporal, al igual que en tráfico vehicular puede producir un accidente que, al menos que exista tráfico, sea inevitable los siniestros por percance de los vehículos⁹²¹.

Por esta razón, tal y como expone Miguel POLAINO NAVARRETE⁹²², las sociedades modernas son sociedades de riesgo⁹²³: todas lo han sido, pero los modernos avances tecnológicos (investigaciones genéticas, internet, etc.) también han incrementado los focos sociales de riesgo (manipulación genéticas, delitos cibernéticos como la difusión de pornografía a través de internet, etc.). La vida social está transitada de una diversidad de riesgos que es difícil delimitarlos en su conjunto, multitud de acciones cotidianas que exponen a quienes las realizan a diversas magnitudes de riesgos.

Esto es que la vida en la sociedad es inherente a los avances tecnológicos que han venido consiguiendo a través de la historia, la vida que hoy en día tenemos a repercutir en una calidad mucho mejor de los siglos anteriores del desarrollo de la humanidad⁹²⁴, sin embargo, esta cualidad del desarrollo de la humanidad ha conllevado a que han aumentado en similar proporción la cantidad de riesgos a los cuales diariamente nos exponemos en las interacciones sociales, ya que es un requisito inevitable del desarrollo social de las interacciones sociales, para explicar mucho mejor esto, por ejemplo, la utilización de los medios masivos de transporte como el avión, los trenes o los automóviles han facilitado en gran medida la interacción y el desarrollo social⁹²⁵, pero no se puede desconocer que con su aparición se elevaron notablemente los riesgos, como la

43; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Resultado lesivo e imprudencia*. op. cit., pág. 267; ID., *Imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 197; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., pág. 44; ID., *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, Editorial Bosch, Barcelona, 2014, págs. 25 y sigs; GUTIÉRREZ SANTOS, Óscar, *Conducta típica e imputación objetiva en derecho penal. Referencia al tipo penal de delincuencia organizada*, op. cit., págs. 74-87.

⁹²¹ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 43; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 52, 53.

⁹²² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 88.

⁹²³ Vid. BECK, Ulrick, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, traducción del alemán por Jorge NAVARRO / Daniel JIMÉNEZ / M^a Rosa BORRÁS, Editorial Paidós ibéricos, Barcelona-Buenos Aires-México, 2002, págs. 55 y sigs; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., págs. 13 y sigs; SANZ MORÁN, Ángel José, “Recensión a: Jesús María SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, 3^a edic, Editorial B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2011, pág. 223; JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, op. cit., págs. 1 y sigs.; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, op. cit., págs. 25 y sigs;

⁹²⁴ Vid. BECK, Ulrick, *La sociedad del riesgo*, op. cit., págs. 19 y sigs; JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, op. cit., págs. 2 y sigs.; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, op. cit., págs. 25 y sigs.

⁹²⁵ Vid. *infra* este mismo inciso III pero apartados a) y b).

perdida de la vida, lesiones, etcétera, que ya existían desde el surgimiento de los primeros medios de transporte⁹²⁶. Una eliminación de todos los riesgos en la sociedad supondría la renuncia a actividades como las que acabamos de mencionar, y retrocederíamos como sociedad, incluso no se permitiría el uso del fuego, ni cualquier instrumento de tecnología contemporánea al ser una fuente de riesgo⁹²⁷.

Esto se puede comprender que con el aumento de la complejidad de la sociedad, y por ende, de la posibilidad de selección de las interacciones sociales cotidianas, las posibilidades de enlace de los contactos sociales son diversas y con ello debe haber una valoración objetiva sobre la interacción social, esto es que debe haber una determinación si es factible o no la lesión o la puesta en riesgo del bien jurídico puesto⁹²⁸ en contacto con el entorno social, pero esto debe estar de acuerdo con las expectativas sociales que tiene la sociedad en aplicación, esto es, que el aumento de la complejidad social trae aparejado el aumento de los riesgos⁹²⁹.

Sin embargo, el riesgo permitido no resuelve una colisión de bienes jurídicos⁹³⁰, sino que establece que son supuestos normales de interacción, ya que la sociedad, cuyo estado normativo es el que interesa en la perspectiva de la valoración de la imputación objetiva, y por ello, no es un mecanismo para

⁹²⁶ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Editorial Edersa, Madrid, 1992, pág. 132, nota al pie de página 186. “El tráfico aéreo o por ferrocarril se ha entendido tradicionalmente como una actividad peligrosa pero permitida. Actualmente, dado el perfeccionamiento técnico que han alcanzado dichos medios de comunicación, podría negarse ya la peligrosidad de la participación en ellos, su adecuación respecto a la producción de resultados típicos, es decir, que, dado el reducido número de accidentes que en dichos medios de transporte se producen en relación con la importancia de la actividad, puede afirmarse que, por ejemplo, el realizar un viaje en avión no hace aparecer el resultado lesivo como objetivamente previsible. Y ello sobre todo si tenemos en cuenta que una cosa es predicar la peligrosidad de la actividad considerada en abstracto y otra respecto a conducta concreta de participación en dicha actividad”.

⁹²⁷ REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., págs. 90 y 91. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 247 y sigs.

⁹²⁸ ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 296 y 297; ID., “Observaciones sobre la adecuación social en el Derecho penal”, traducción del alemán por Mariana DEANESI, *CDJP*, año VII, número 12, Buenos Aires, 2001, pág. 86; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 430 y 431; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 335 y 336. Cfr. JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., pág. 209.

⁹²⁹ ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., págs. 394 y 396. Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 86, 87, 126 y 127; ID. (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., págs. 145 y 147.

⁹³⁰ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 431.

obtener la protección de bienes jurídicos, sino un contexto de interacción social con los demás miembros de la sociedad⁹³¹.

En la sociedad de hoy en día existe una conciencia a la habitualidad al riesgo, en que la misma sociedad y los integrantes de la sociedad se han familiarizado con el riesgo. El ciudadano como persona en derecho es gestor de riesgos, para el desenvolvimiento social; sin embargo, la propia sociedad es la que establece qué riesgos son tolerables dentro del mínimo de tolerancia social, es decir, establecen qué riesgos son permitidos y qué riesgos no son permitidos para el desarrollo de la vida cotidiana en la sociedad, ahora bien, la sociedad le otorga al ciudadano el rol social de persona en derecho revistiéndolo con la capacidad de auto-determinarse conforme al derecho⁹³², que lo materializa con la libertad de actuación⁹³³, y por ello se reconoce al ciudadano con la capacidad de gestión de esos riesgos, de modo que se convierte en un sujeto parcialmente idóneo en la gestión de los riesgos sociales⁹³⁴.

Esto quiere decir que la libertad de actuación del ciudadano en derecho abarca la creación como la neutralidad de los riesgos, sin embargo, los riesgos permitidos son aquellos que son tolerables, o socialmente⁹³⁵ adecuados⁹³⁶, y que no dan lugar a la responsabilidad penal, en cambio, los riesgos no permitidos son aquellos que no son tolerables, es decir, que sobrepasan el riesgo permitido, en

⁹³¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 244; JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 45; MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coord.), *El funcionalismo en Derecho, Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, tomo II, Centro de investigación en Filosofía y Derecho, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 212.

⁹³² POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 79 y sigs.

⁹³³ *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 86, 87, 126 y 127; ID. (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., págs. 145 y 147; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., pág. 44; LA TORRA, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo*, op. cit., págs. 180 y 181.

⁹³⁴ JAKOBS, Günther, “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege?. Contradicción y prevención de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, op. cit., pág. 13; ID., “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., pág. 212; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 89.

⁹³⁵ *Vid.* ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 394; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Editorial Ángel editor, México, D.F., 2001, pág. 73; POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 80 y 81; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 53.

⁹³⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 86, 87, 126 y 127. Sin embargo, fundamenta la libertad actuación, de voluntad y deambulatoria por el principio de la adecuación social, pero no hay que olvidar que dicho principio es la rama troncal del riesgo permitido. Como también ID. (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., págs. 145 y 147. Cfr. WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, op. cit., pág. 85; ID., *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducción del alemán y notas por José CEREZO MIR, 2ª reimpr, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, pág. 87.

otras palabras, sobrepasan la cuota de lo normalmente permisible en la sociedad en función de las expectativas⁹³⁷ de cada lugar y cada momento histórico⁹³⁸, y tales riesgos no permitidos son los que dan lugar al juicio de responsabilidad jurídico-penal⁹³⁹.

Para poder determinar los casos de relevancia jurídico penal, es preciso recordar que el ciudadano es revestido como persona en derecho y esto le otorga el status de persona en derechos con el haz derechos y deberes, que son intrínseco al rol social de persona en derecho, que obliga a analizar si el sujeto ha actuado conforme a su rol social, o si, por el contrario, ha quebrado su rol social gestionando un riesgo no permitido que tenía el deber evitarlo⁹⁴⁰ o neutralizarlo⁹⁴¹. De aquí se desprende un principio general de la responsabilidad jurídico-penal, que se mantiene dentro del ámbito del riesgo permitido no es responsable de las lesiones derivadas para terceros de su actividad⁹⁴². El riesgo permitido personifica los límites de la libertad de actuación del ciudadano según el segmento parcial del contexto social de la interacción de la sociedad, donde ejerce su acción⁹⁴³. Por ello, es necesario identificar en el caso concreto cuál es la fuente normativa que delimita de manera clara los ámbitos de competencia, mediante el rol social de la persona para decidir si la conducta supera el riesgo permitido alcanzando el nivel de lo típico o no⁹⁴⁴.

⁹³⁷ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 244 y 245.

⁹³⁸ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 48; JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., pág. 212; POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 79 y 80; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., pág. 45; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., págs. 280 y sigs; ID., *Imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., págs. 215 y sigs; MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, op. cit., págs. 209 y sigs. Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis, “Prólogo”, op. cit., pág. 15.

⁹³⁹ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 50 y 51; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 89 y 90; ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., págs. 394 y 395. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 221 y sigs.

⁹⁴⁰ JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”, op. cit., págs. 214 y 215; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., págs. 396, 397 y 398. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., pág. 320.

⁹⁴¹ POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., págs. 42 y 43. Como también *Vid. supra* II. El punto de partida de la teoría de los roles sociales en adelante, de este mismo capítulo.

⁹⁴² ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 394.

⁹⁴³ Vid. MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, op. cit., págs. 209 y sigs. Cfr. JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, op. cit., págs. 4 y sigs.

⁹⁴⁴ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 395; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 56 y sigs.

La tolerancia al riesgo, o mejor dicho el riesgo permitido, se establecen mediante las normas que comprenden el ámbito de competencia en el contexto social determinado⁹⁴⁵. Estas normas pueden tener un contenido penal, pero no necesariamente, ya que pueden ser normas también extra-penal, sin embargo, las normas extra-penales cumplen la función de precisión del sentido comunicativo de los tipos penales, pero nunca la función de creación de los mismos tipos penales. Esto se debe al principio de legalidad⁹⁴⁶, ya que sólo una ley penal puede legitimar, crear (tipos penales) y sancionar conductas penalmente⁹⁴⁷.

Esto quiere decir que el riesgo permitido es un instituto para la interacción social de los contactos sociales está configurado mediante normas, y por esta razón el riesgo permitido no es un concepto unitario ni rige por igual para toda la sociedad; todo lo contrario, el riesgo permitido adquiere sentido y rige en función de segmentos o subsistemas parciales de la sociedad, en el contexto social concreto⁹⁴⁸. Las normas que delimitan el campo de actuación del riesgo permitido pueden subdividirse en cuatro grupos: en primer lugar, están las normas generales, que es el propio Código penal; en segundo lugar, se encuentran las normas especiales, a las que se llega mediante una remisión extra-penal, por ejemplo, la ley tránsito, ley de transporte público y colectivo, la ley del medio ambiente, ley tributaria, etcétera, aunque en este lugar también se encuentran las leyes orgánicas, reglamentos internos o manuales de organización y funciones⁹⁴⁹, que delimitan los ámbitos de competencia de la función pública de las personas que tienen un status especial (rol especial), con la obligación de administrar el segmento que les concierne de función pública, de los funcionarios y servidores públicos; en tercer lugar, se ubican las normas de *lex artis*, que concretan los límites de la libertad de actuación de los profesionales, plasmándose por lo general en protocolos y normas deontológicas de los colegios

⁹⁴⁵ Vid. JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”, op. cit., pág. 213.

⁹⁴⁶ ROXIN, Claus, “Observaciones sobre la adecuación social en el Derecho penal”, op. cit., págs. 84 y 85.

⁹⁴⁷ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 54. Como también, REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., págs. 113 y sigs; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., págs. 297 y sigs; ID., *Imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., págs. 241 y sigs; MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, op. cit., págs. 217 y 220; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 400. Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 76 y 77; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte general*, op. cit., págs. 638; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 335 y 336.

⁹⁴⁸ Vid. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., págs. 398, 403 y 404.

⁹⁴⁹ Vid. CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 74; OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, traducción del alemán por María de las MERCEDES GALLI, *RDPPP*, Fascículo 10, Buenos Aires, 2012, pág. 1713.

profesionales; y, por último, están las normas de estándar de conducta, que resultan de la práctica reiterada y permanente de los oficios en cuyo estereotipo social delinearán ámbitos de competencia, por ejemplo, el oficio de taxista, albañil, panadero, entre otros oficios, etcétera⁹⁵⁰.

La esencia del contorno y límite del riesgo permitido viene a ser el paralelismo de los límites del rol social de la persona en derecho en la sociedad⁹⁵¹. Es decir, cualquier ciudadano que supere el límite del riesgo permitido cuando exceda los límites del rol que desempeña dentro del entorno social, y estos límites están contenidos dentro de las expectativas sociales, que se materializan en las normativas vigentes de la sociedad, ya sean penales o extra-penales, se circunscribe el ámbito de competencia transgredido concretamente en el ejercicio del rol social o de la función social⁹⁵² yendo más allá del riesgo permitido.

Lo que puedo concluir en este apartado es que el ciudadano que convive en la sociedad de hoy en día está familiarizado con el riesgo, pues la sociedad conlleva necesariamente una relación fluida entre el ciudadano y los riesgos sociales, lo cual es consecuencia de una situación hasta cierto punto paradójica, esto es, que hay una línea horizontal entre el riesgo permitido y las interacciones sociales⁹⁵³. El ciudadano es foco o fuente del surgimiento del riesgo permitido, y esos riesgos individuales causados se multiplican exponencialmente cuando se entremezclan las interacciones sociales, y a todo esto hay que añadir los riesgos fortuitos (como las catástrofes naturales)⁹⁵⁴, pero igualmente reales y generadoras de riesgo.

He aquí el punto de la teoría de la imputación objetiva en la relevancia del juicio objetivo, pues los riesgos son generadores de peligro⁹⁵⁵, y lo que pretende responder la teoría de la imputación objetiva es a quién se va imputar el

⁹⁵⁰ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 55; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., págs. 400, 403 y 404. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., pág. 321.

⁹⁵¹ *Vid. supra* II. El punto de partida de la teoría de los roles sociales en adelante de este mismo capítulo.

⁹⁵² REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., págs. 113 y sigs; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 58 y sigs.

⁹⁵³ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 80. Cfr. JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, op. cit., págs. 4 y sigs.

⁹⁵⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 89.

⁹⁵⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 363, 364 y sigs. Cfr. JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, op. cit., págs. 4 y sigs. En el ámbito de la Sociología, véase BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo*, op. cit., pág. 88. Y, respecto de la distinción entre riesgo y peligro, COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, op. cit., págs. 28 y 29.

desenlace del riesgo jurídicamente relevante⁹⁵⁶. Por ello, a continuación desarrollaré una serie de casos que están contemplados dentro del ámbito del riesgo permitido que afectan a la libertad ambulatoria, aunque no son casos de secuestro⁹⁵⁷, pero sí del tipo básico, es decir, de las detenciones ilegales, pero dichos casos están dentro del umbral del riesgo permitido y, por ello, no son creadores de riesgos jurídicamente relevantes⁹⁵⁸ que ameriten un juicio jurídico-penal de responsabilidad.

2. Riesgo permitido en supuestos de privación de la libertad en medios de transporte público

a) Autobuses públicos

La aludida hipótesis de la realización de un riesgo permitido en el supuesto de la privación de la libertad en medios de transporte público fue formulada por primera vez por Hans WELZEL⁹⁵⁹, sin bien la fundamentaba en la teoría de la adecuación social⁹⁶⁰, en el caso en que un conductor de un autobús o

⁹⁵⁶ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma”, op. cit., pág. 385; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 297 en la nota al pie número 2, 307 y 308.

⁹⁵⁷ Al respecto, Hans-Heinrich JESCHECK y Thomas WEIGEND afirman: “la imputación del resultado más grave en los delitos cualificados por el resultado sólo es afirmable cuando éste está vinculado de tal modo con la figura básica que el riesgo específico de ésta se ha materializado en el resultado. Además, tal y como ha señalado la jurisprudencia más reciente, ello no depende de la inmediatez temporal de la relación. Lo decisivo es, más bien, que el riesgo típicamente vinculado con la acción del hecho se ha realizado en el resultado”. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 310.

⁹⁵⁸ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, *El Médico y el Derecho penal*, tomo I, la actividad curativa. Licitud y responsabilidad penal, Editorial Bosch, Barcelona 1981, págs. 127 y 128; RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 223 y 224; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 336.

⁹⁵⁹ WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal*, op. cit., págs. 84 y 85, correspondientemente en la nota al pie de página número 11. Cfr. MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, op. cit., págs. 222 y sigs.

⁹⁶⁰ Vid. WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, traducción del alemán por Carlos FONTÁN BALESTRA con la colaboración de Eduardo FRIKER, Editorial Roque Dipalma editor, Buenos Aires, 1956, págs. 63 y sigs; ID., *Derecho penal alemán. Parte general*, op. cit., pág. 84; ID., *El nuevo sistema del Derecho penal*, op. cit., págs. 86 y 87; HIRSCH, Hans Joachim, “Acerca de la crítica al “Finalismo”, traducción del alemán por Eduardo DEMETRIO CRESPO, *ADPCP*, tomo 50, fascículo I, Madrid, 2005, págs. 21 y sigs; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 334-336; ROLDÁN BARBERO, Horacio, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, Núm. 190, Editorial Universidad de Córdoba, Córdoba, 1992, págs. 15, 52 y sigs. Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal*, op. cit., págs. 123 y sigs; ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 289 y 290; ID., “La problemática de la imputación objetiva”, op. cit., págs. 750 y sigs; ID., “Observaciones sobre la adecuación social en el Derecho penal”, op. cit., págs. 81 y sigs; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 30 y sigs.

de un tren⁹⁶¹ se niega a detenerse entre dos estaciones reglamentarias para dejar descender al pasajero que ha tomado el autobús equivocado, aparentemente existe una violación a la libertad de ambulatoria puesto que contra la voluntad del pasajero se le desplaza a un lugar diverso querido, pero en verdad se trata de actuaciones que la comunidad social no desaprueba sino que por el contrario fomenta⁹⁶², ya que si se permitiera a cada usuario de autobuses, trenes o a un avión descender donde quisiera se vería notablemente entorpecida la actividad social que con base en los medios colectivos masivos de transporte se desarrolla⁹⁶³. Sin embargo, Hans WELZEL denominó estas actividades dentro del umbral de la teoría de la adecuación social⁹⁶⁴, es decir, dentro de las conductas socialmente adecuadas que no afectan bienes jurídicos por la funcionalidad del bien jurídico en las actividades de la realización social⁹⁶⁵.

Con los avances de la dogmática jurídico-penal, y respectivamente de la teoría de la imputación objetiva⁹⁶⁶ que normativiza toda la acción penal mediante la fijación de los baremos objetivos delimitando el campo de la conducta estableciendo qué conducta es jurídicamente relevante para el juicio de reprochabilidad penal⁹⁶⁷ y qué conducta no lo es, es decir, la teoría de la imputación objetiva, metafóricamente, es una sábana que va limpiando o

⁹⁶¹ Vid. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 334-336.

⁹⁶² Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., pág. 295; OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, op. cit., pág. 1713. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 252, 253 y 254.

⁹⁶³ REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., págs. 85 y 86. Como también, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 86, 87, 126 y 127; ID. (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., págs. 145 y 147. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 251-254.

⁹⁶⁴ Vid. WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, op. cit., pág. 84; ID., *El nuevo sistema del Derecho penal*, op. cit., págs. 86 y 87; HIRSCH, Hans Joachim, “Acerca de la crítica al “Finalismo”, op. cit., págs. 21-23.

⁹⁶⁵ REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit. págs. 86 y sigs; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 30 y sigs; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte general*, op. cit., págs. 568 y sigs; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 307. Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., pág. 132, nota al pie de página 186; RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 235-sigs y 251-254; OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, traducción del alemán por María de las MERCEDES GALLI, *RDPPP*, Fascículo 10, Buenos Aires, 2012, págs. 1707 y 1708; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 335 y 336.

⁹⁶⁶ ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal*, op. cit., págs. 129 y sigs; ROXIN, Claus, “Observaciones sobre la adecuación social en el Derecho penal”, op. cit., págs. 83 y 91. Cfr. HIRSCH, Hans Joachim, “Acerca de la crítica al “Finalismo”, op. cit., págs. 21-23.

⁹⁶⁷ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., págs. 44 y 45.

delimitando el ontologismo y la causalidad, y señalando a quien realmente se debe imputar la realización del hecho criminal⁹⁶⁸.

El riesgo permitido es un elemento del injusto penal, porque su absoluta independencia de la imputación subjetiva es aplicable tanto a los delitos dolosos como imprudentes (culposos), de manera que viene a cumplir el mismo papel (función) que anteriormente cumplía el instituto del tipo objetivo del “deber de cuidado”, que tradicionalmente se utilizaba únicamente en los delitos imprudentes (culposos)⁹⁶⁹, para sustituirlo por la genérica expresión de “riesgo permitido”, que como elemento (no criterio) de la imputación objetiva⁹⁷⁰ determina un elemento normativo de riesgo genérico de un deber de cuidado hacia la norma y las expectativas sociales que se encuentran en juego por el hecho criminal⁹⁷¹.

Sin embargo, el baremo del riesgo permitido tiene el mismo árbol genealógico que la teoría de la adecuación social⁹⁷² de Han WELZEL, de la cual el

⁹⁶⁸ Vid. *supra* I. introducción de este mismo capítulo. Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis, “Prólogo”, op. cit., págs. 12-18, 20 y 23; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte general*, op. cit., págs. 641 y sigs; MIRÓ LLINARES, Fernando, “La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., págs. 12 y sigs.

⁹⁶⁹ Vid. ROXIN, Claus, “La problemática de la imputación objetiva”, op. cit., págs. 750 y sigs; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., págs. 35-48; JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”, op. cit., págs. 210 y 213; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 431; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte general*, op. cit., págs. 569 y 570. Cfr. GIMBERNART ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, op. cit., págs. 213 y 214; ROLDÁN BARBERO, Horacio, *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, op. cit., págs. 55, 108 y sigs; GRACIA MARTÍN, Luis, “Prólogo”, op. cit., págs. 12 y sigs.

⁹⁷⁰ ROXIN, Claus, “La problemática de la imputación objetiva”, op. cit., pág. 758; REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 97; FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., págs. 45 y sigs. Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., págs. 88, 121, 123 nota al pie de página 172, 125, 120, 140 y sigs; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterio de imputación del resultado*, Editorial PPU, Barcelona 1989, págs. 324-328, 335 y 344; EAD., *El delito imprudente. Criterio de imputación del resultado*, 2ª edic, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, págs. 307, 312, 315, 316, 324, 327 y 328; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., págs. 268 y sigs; ID., *Imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., págs. 198 y sigs; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 398; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., págs. 43, 44 y 46. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 221 y sigs.

⁹⁷¹ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 49; CANCIO MELIÁ, Manuel, “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., págs. 501-503; MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, op. cit., pág. 233 y 234.

⁹⁷² Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., págs. 37-41; ID., “Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma”,

riesgo permitido fue considerado inicialmente como una de sus manifestaciones⁹⁷³, pero con la ventaja de que posee una clara fundamentación de coherencia de un sistema penal para el cual son relevantes las defraudaciones a las expectativas de comportamiento social y no cualquier menoscabo a los bienes jurídicos⁹⁷⁴, por lo que el riesgo permitido carece de ese componente ético-social característico de la dogma finalista y de la teoría de la adecuación social⁹⁷⁵ de Han WELZEL, si bien generó una distorsión al problema, en vez de solucionarlo⁹⁷⁶, y por esta razón surgió la nueva teoría⁹⁷⁷, que da una vuelta a la problemática que suscitó la teoría de la adecuación social⁹⁷⁸, la de determinar si una conducta está dentro del umbral del riesgo permitido o no⁹⁷⁹.

Ahora bien, podría darse una conjunción en la determinación y diferenciación de las figuras que comprende el riesgo permitido como baremo⁹⁸⁰ normativo de la imputación objetiva, mejor dicho, como instituto de la teoría de la imputación objetiva, entre las figuras de la “adecuación social”⁹⁸¹, “el deber de cuidado” y “el riesgo permitido”, al considerar el riesgo permitido como un elemento esencial e imprescindible de la imputación objetiva que habiendo

op. cit., pág. 386; ID., “Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización”, op. cit., pág. 20; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 225. Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis, “Prólogo”, op. cit., págs. 14 y sigs; RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 232 y sigs.

⁹⁷³ Al respecto, Hans-Heinrich JESCHECK afirma que “el fundamento material de la teoría de la adecuación reside en que sólo la aceptación de un riesgo jurídicamente desvalorado puede corresponder con el sentido de la norma de prohibición, por lo que sólo son imputables aquellos resultados en los que dicho riesgo se ha realizado”. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 305.

⁹⁷⁴ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., pág. 367; MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, op. cit., págs. 232 y sigs; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., pág. 44.

⁹⁷⁵ Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis, “Prólogo”, op. cit., págs. 15 y sigs; RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 252-254.

⁹⁷⁶ Claus ROXIN afirma que “muchos autores la rechazan, por la imprecisión de sus criterios, como peligrosos para la seguridad jurídica y superflua en relación con los métodos reconocidos de interpretación, o sólo la admiten a lo sumo como principio interpretación general”. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 293, 297 y 359; ID., “Observaciones sobre la adecuación social en el Derecho penal”, op. cit., pág. 90. Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis, “Prólogo”, op. cit., págs. 12 y sigs.

⁹⁷⁷ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 45 y sigs.

⁹⁷⁸ Cfr. OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, op. cit., págs. 1707 y 1708.

⁹⁷⁹ REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., págs. 98, 99 y 103. Cfr. JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, op. cit., págs. 4 y sigs.

⁹⁸⁰ Vid. ROXIN, Claus, “Observaciones sobre la adecuación social en el Derecho penal”, op. cit., págs. 90 y sigs; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, op. cit., pág. 29

⁹⁸¹ Vid. OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, op. cit., págs. 1709 y sigs.

superado los criterios intra-sistematicos de la adecuación social⁹⁸² es aplicable tanto para los delitos dolos como para los delitos imprudentes (culposos), y con ello, desaparece la necesidad de conservar el elemento del deber de cuidado⁹⁸³, y a su vez también, la adecuación social como figuras autónomas dentro de la sistemática de la teoría jurídico penal, en cuanto a la edificación de la teoría jurídico penal de tutelar la vida social, por cuanto al Derecho penal de la actualidad no le interesa la simple concordancia formal entre una conducta y su mera descripción legal, sino la relevancia de la efectiva tutela penal sobre las expectativas sociales⁹⁸⁴, es decir, las defraudaciones a las expectativas sociales de las interacciones sociales de la vida cotidiana, en otras palabras, que ninguna conducta que no pueda ser considerada como lesiva o que sobrepasa el coto de peligro para los contactos sociales⁹⁸⁵ debe ser tipificada como peligrosa para interacción social, ya que de lo contrario arribaríamos a la insostenible conclusión que no se podría realizar ninguna actividad por ser arriesgada⁹⁸⁶.

Regresando a nuestro caso práctico de la privación de la libertad en medios de transporte públicos, por ejemplo, si un conductor de un autobús se niega a detenerse entre dos estaciones no reglamentarias para dejar descender al pasajero que ha tomado el autobús equivocado, aparentemente existe una violación a la libertad de ambulatoria puesto que contra la voluntad del pasajero se le desplaza a un lugar diverso del querido, pero en verdad se trata de actuaciones que la comunidad social no desaprueba sino que por el contrario fomenta, ya que si se permitiera a cada usuario de autobuses, trenes o a un avión descender donde quisiera se verían notablemente entorpecida la actividad social que con base en los medios colectivos masivos de transporte se desarrolla⁹⁸⁷.

⁹⁸² Cfr. ROLDÁN BARBERO, Horacio, *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, op. cit., págs. 57-63 y 103-123; HIRSCH, Hans Joachim, “Acerca de la crítica al “Finalismo”, op. cit., págs. 21-23.

⁹⁸³ JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., pág. 210.

⁹⁸⁴ Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis, “Prólogo”, op. cit., pág. 14; RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 252-254; BURKHARFT, Björn, “Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”, traducción del alemán por Nuria PASTOR MUÑOZ, en Jürgen WOLTER / Georg FREUND (Eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pág. 187.

⁹⁸⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 81 y 82. Cfr. OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, op. cit., págs. 1710 y 1711.

⁹⁸⁶ REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 101. Como también, MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, op. cit., pág. 213 y sigs. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 219 y 220; OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, op. cit., pág. 1709.

⁹⁸⁷ REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., págs. 85 y 86. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 251 y sigs.

Para determinar si una conducta es jurídico penal relevante y que supera el riesgo permitido en nuestro caso, el mismo se establece mediante las normas que concretan los ámbitos de competencia en un contexto social determinado. Estas normas pueden tener un contenido penal o extra-penal, y por ello, describiré las normas que pudiera defraudar el conductor del autobús por no dejar bajar al pasajero que se equivocó de tomar la línea incorrecta que lo llevara a su destino. Por ello, siendo lo que ya he analizado en este capítulo correspondiente, donde mencione que el rol social de las personas en derecho es un elemento de materialización de las expectativas sociales, por lo que primero debo analizar es la normativa que defrauda o la expectativa social que se ve infringida por el conductor del autobús, como también verificar las normativas secundarias que regulan la actividad cotidiana del conductor de medio de transporte público y posteriormente materializar estas normativas con el rol social del conductor del autobús⁹⁸⁸.

La normativa que puede ser defraudada por el conductor del autobús es en primer lugar, la constitución especialmente el artículo 19 de la Constitución española, pero bajando dentro de la pirámide kelseliana de las clasificaciones de las normas jurídicas⁹⁸⁹, en segundo lugar, se defraudaría el Código penal español, especialmente en el artículo 163 del mismo ordenamiento mencionado, en mi opinión la concurrencia del tipo de la privación de la libertad en autobús público es calificativo del artículo 163, descartando el artículo 167 porque el conductor de un autobús no tiene la calidad de funcionario público o autoridad no pública al ser un trabajador de una concesionaria que da el estado a una empresa particular (privada), por ello, la calidad que tiene el conductor del autobús es de persona privada, no funcionario público, a ser un trabajador que tiene derechos y deberes con la persona jurídica (moral) que administra y gestiona la concesión de los autobuses que dan servicio a la sociedad. Y por último y en tercer lugar, se defrauda el artículo 11 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo⁹⁹⁰.

Desmenuzando las leyes anteriormente citadas, para poder llevar a cabo el juicio de superación del riesgo permitido se puede verificar en la modalidad

⁹⁸⁸ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 68: “El riesgo permitido sólo puede determinarse de modo relativo de conformidad con el rol de quienes en cada caso pueden lícitamente organizar un ámbito vital”; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 400. Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 334-336.

⁹⁸⁹ Vid. CALSAMIGLIA, Albert, *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, 2ª edic, Editorial Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1978, págs. 166 y sigs; KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del estado*, traducción por Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, 2ª edic, 5ª reimpr, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1995, págs. 149 y sigs.

⁹⁹⁰ Vid. CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 55.

básica de las detenciones ilegales el injusto de detención del artículo 163.2 del Código penal español, cuyo tenor literal establece: “El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años”. Este tipo penal sintetiza la pauta de conducta de una expectativa social que comunica que nadie prive de la libertad ambulatoria a los demás ciudadanos de manera dolosa o imprudente (culpa) bajo la conminación de una sanción penal⁹⁹¹. Aunque esté diseñada la expectativa social de este modo, ella alude únicamente al esperar genérico de una forma de conducta necesitado de concreción vinculada a la interacción social concreta para no quedar reducida a una mera descripción en abstracto de una conducta típica. Precisamente como ejemplo de concertación de la defraudación hacia la expectativa social mencionada, nuestro caso en particular⁹⁹². Y como la conducta es realizada por una interacción social que conlleva la complejidad social⁹⁹³, que es reglamentada por una ley especial y secundaria que determina y delimita el campo de acción de los contactos sociales, que en este caso, ocurre la conducta dentro de un autobús que consecuentemente se priva la libertad ambulatoria parcialmente y dicha conducta de conducir un vehículo de motor y especialmente un autobús está reglamentada por el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que en el artículo 11 establece los derechos y deberes del conductor de autobús como también menciona los derechos y deberes del pasajero que señala lo siguiente:

- “Artículo 11. Transporte colectivo de personas. 1. El conductor deberá efectuar las paradas y arrancadas sin sacudidas ni movimientos bruscos, lo más cerca posible del borde derecho de la calzada, y se abstendrá de realizar acto alguno que le pueda distraer durante la marcha; el conductor y, en su caso, el encargado, tanto durante la marcha como en las subidas y bajadas, velarán por la seguridad de los viajeros.
2. En los vehículos destinados al servicio público de transporte colectivo de personas se prohíbe a los viajeros:
- a) Distraer al conductor durante la marcha del vehículo.
 - b) Entrar o salir del vehículo por lugares distintos a los destinados, respectivamente, a estos fines.
 - c) Entrar en el vehículo cuando se haya hecho la advertencia de que está completo.
 - d) Dificultar innecesariamente el paso en los lugares destinados al tránsito de personas.
 - e) Llevar consigo cualquier animal, salvo que exista en el vehículo lugar destinado para su transporte. Se exceptúan de esta prohibición, siempre bajo su responsabilidad, a los invidentes acompañados de perros, especialmente adiestrados como lazarillos.

⁹⁹¹ Cfr. WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, traducción del alemán por Carlos FONTÁN BALESTRA, op. cit., págs. 65 y 66; ID., *Derecho penal alemán. Parte general*, op. cit., pág. 85; ID., *El nuevo sistema del Derecho penal*, op. cit., pág. 88.

⁹⁹² CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 55 y 56.

⁹⁹³ Vid. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 394.

- f) Llevar materias u objetos peligrosos en condiciones distintas de las establecidas en la regulación específica sobre la materia.
- g) Desatender las instrucciones que, sobre el servicio, den al conductor o el encargado del vehículo.

El conductor y, en su caso, el encargado de los vehículos destinados al servicio público de transporte colectivo de personas deben prohibir la entrada y ordenar su salida a los viajeros que incumplan los preceptos establecidos en este apartado”.

Esta normativa especial del reglamento de circulación nos servirá de referencia normativamente al cual acudir para determinar los contornos del ámbito de competencia que en dicho contexto social el conductor del autobús rebasó con su acción riesgo permitido o no⁹⁹⁴.

Teniendo identificada las normativas penales y extra-penales que el caso que nos ocupa puede defraudar, es un indicio del riesgo permitido o no permitido por el ordenamiento punitivo⁹⁹⁵. El riesgo permitido personifica los límites concretos de la libertad de actuación del ciudadano según el segmento parcial del contexto social, donde se ejecuta la conducta⁹⁹⁶. Para ello, es necesario identificar en el caso concreto cuál es la fuente normativa que delimita de manera clara los ámbitos de competencia del rol social, tanto del conductor como del pasajero del autobús, para decidir si la conducta supera el riesgo permitido alcanzando el nivel de lo típico o no⁹⁹⁷.

El rol social del sujeto activo tiene un papel fundamental, ya que está constituido por el haz de derechos y deberes concretos reconocidos a la persona en el sector social parcial donde desempeña su actividad cotidiana⁹⁹⁸, por lo que una conducta es imputable objetivamente sólo cuando quebranta los deberes pertenecientes a su rol social, que es lo mismo que la superación del riesgo permitido⁹⁹⁹.

⁹⁹⁴ Vid. CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 56.

⁹⁹⁵ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., págs. 310 y sigs.

⁹⁹⁶ Vid. CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 76.

⁹⁹⁷ Vid. CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 56.

⁹⁹⁸ Vid. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 397. Cfr. OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, op. cit., pág. 1716.

⁹⁹⁹ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 252; JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 63 y 68; JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., pág. 211; REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 132; MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, op. cit., pág. 222; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 56.

En el campo de la interacción social que existe una concurrencia del delito de la privación de la libertad de nuestro caso en concreto, determinar el contorno del riesgo permitido definirá los límites de la libertad de actuación del conductor del autobús. Con independencia de las particularidades del tipo penal del artículo 163 del Código penal español, siempre que se trate de una conducta imputable a un particular, ahora bien, la determinación de los límites del riesgo permitido se tomará en consideración necesariamente el rol social¹⁰⁰⁰ y competencia del conductor del autobús delimitadas por la normativa del sector del transporte público. Por esta razón, es necesario recurrir a la normativa extra-penal del reglamento de circulación para delimitar con precisión los ámbitos de competencia se deberá recurrir a las normas reglamentarias que se encargan de definir la organización y responsabilidad de este segmento en la estructura social de los medios de transporte público. Utilizar el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, esta normativa especial de origen extra-penal, fincará la base los diversos niveles de competencia de las demás interacciones sociales entre el conductor del autobús y el pasajero.¹⁰⁰¹

La normativa extra-penal no otorga al conductor del autobús una categoría de un rol social especial, por contener deberes positivos, este tipo de rol social especial es el segmento parcial de la realidad de la sociedad donde la persona desarrolla su personalidad con la obligación específica de comportarse según las reglas de un rol social especial¹⁰⁰². En el caso que nos interesa, el conductor del autobús o chofer de vehículo automotor tiene el deber de fomentar y proteger una concreta esfera de derechos por encontrarse vinculado a ella por un ámbito común¹⁰⁰³ de la sociedad, es decir, el artículo 11 del Reglamento de circulación que otorga al conductor una serie de deberes y derechos inherentes a su rol social especial de conductor de un autobús público: “El conductor deberá efectuar las paradas y arrancadas sin sacudidas ni movimientos bruscos, lo más cerca posible del borde derecho de la calzada, y se abstendrá de realizar acto alguno que le pueda distraer durante la marcha; el conductor y, en su caso, el encargado, tanto durante la marcha como en las subidas y bajadas, velarán por la seguridad de los viajeros. El conductor y, en su caso, el encargado de los vehículos destinados al servicio público de transporte colectivo de personas deben prohibir la entrada y ordenar su salida a los viajeros que incumplan los preceptos establecidos en este apartado”.

¹⁰⁰⁰ Vid. DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus*, op. cit., págs. 108, 109, 110, 118.

¹⁰⁰¹ Vid. CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 56.

¹⁰⁰² JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 68; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 395.

¹⁰⁰³ Vid. CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 60 y 61.

Si el conductor del autobús quebranta su rol social especial, se configura un delito de infracción del deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol social de conductor de autobús público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de infracción de un deber institucional¹⁰⁰⁴.

El rol social especial del conductor del autobús delimita el ámbito de competencia personal que caracteriza la posición del actuante en los contactos sociales, así es factible distinguir los derechos y deberes emanados del rol social de las expectativas sociales. En nuestro caso en concreto, el conductor del autobús tiene la obligación de parar el autobús en las paradas que están reglamentarias para la movilidad de la ciudadanía, es decir, que el conductor del autobús tiene el deber de prestar el servicio de viaje a los pasajeros (comunidad), para moverse dentro de la ciudad, pero dicho atributo le obliga a cumplir un horario¹⁰⁰⁵ y parar en las bajadas y subidas reglamentarias¹⁰⁰⁶ para que no se entorpece la actividad de la sociedad ya que tiene una función de movilidad y conectividad con las distintas áreas de la ciudad en que se desarrolla la actividad, esta es la razón principal por la cual no se puede estar al libre arbitrio del pasajero de poder bajar donde quiera aunque se haya equivocado por imprudencia. El conductor del autobús tiene que tener una auto-determinación por la normativa penal y extra-penal (especial) que reglamenta su segmento de la parcela de la realidad social que efectúa en el entorno social.

Ahora bien, el pasajero también tiene derechos y deberes dentro de la interacción social de pasajero de un autobús público, y dichos deberes lo establece la misma normativa y el mismo artículo 11 del Reglamento General de Circulación, específicamente a partir del número 2, sin embargo, dentro del ámbito que nos interesa a nuestro caso en concreto es determinar si es un riesgo permitido o no permitido el privar paulatinamente de la libertad ambulatoria al pasajero que se equivoca del autobús y quiere bajar al momento de la marcha del autobús. El artículo 11.2 del reglamento mencionando contempla dos letras que son relevancia para el caso concreto que ellas son b) y c) que señalan lo siguiente: “2. En los vehículos destinados al servicio público de transporte colectivo de personas se prohíbe a los viajeros: b) Entrar o salir del vehículo por lugares distintos a los destinados, respectivamente, a estos fines y c) Entrar en el vehículo cuando se haya hecho la advertencia de que está completo”.

¹⁰⁰⁴ Vid. CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 61 y 62.

¹⁰⁰⁵ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, *El Médico y el Derecho penal*, op. cit., págs. 127 y 128.

¹⁰⁰⁶ Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., pág. 252 en la nota al pie de página número 158. Esta autora está citando un artículo de Hans JOACHIM HIRSCH, que no hay traducción del alemán al español, pero es interesante porque es una crítica a lo que establezco en esta página.

Este precepto del reglamento de circulación los determina que el pasajero sólo podrá efectuar las bajadas y entradas del autobús en los lugares destinados para tal caso, o sea, que sólo podrá abordar y salir del vehículo en el lugar indicado por las normas extra-penales que regulan el segmento parcial de la actividad del transporte público y urbano de la sociedad que se trate.

Esta delimitación de ámbitos de competencia reduce la complejidad del enmarañado de funciones e interacciones sociales, de manera que no todas las funciones son competentes de todas las funciones, cada uno de ellos puede ser identificado puntualmente en la posición que le corresponde desarrollar dentro de ese mundo social tan complejo¹⁰⁰⁷. Esto quiere decir, que el rol social se configura de una manera sustraída de la individualidad del ser humano, porque es revestido por una serie de expectativas sociales y normativas que lo vinculan de manera inherente a la sociedad, dándole un status o rol social para interactuar ya sea general o especial. Esto es que las expectativas sociales y normativas fincan la base de la interacción social ya que ayudan a la realización de los contactos sociales, reduciendo la complejidad social, sobre todo en nuestras sociedades de nuestros tiempos, cuya característica principal es el elevado nivel de anonimización de los contactos sociales¹⁰⁰⁸.

La condición del titular de un rol social, y que en este caso en particular, el rol social especial del conductor de un autobús público obliga a la persona que desempeña dicho rol social a comportarse de acuerdo a los derechos y deberes inherentes a esa posición de un deber en la sociedad en la que interactúa. La correcta administración de roles por parte de todos los actores sociales permite el funcionamiento del sistema social así como el mantenimiento del ordenamiento jurídico, es decir, comunicar que las expectativas normativas son vigentes y están en aplicabilidad normativa. Por ello, la infracción al rol social que se materializa por la defraudación a los deberes pertenecientes a la posición jurídica o posición de deber que fija un rol social está en ejercicio funcional, fundamentan una responsabilidad penal¹⁰⁰⁹, y el reverso, que es el seguir y actuar correctamente en el marco de un rol, equivale a estar protegido por un “paraguas frente a la lluvia de las imputaciones”¹⁰¹⁰. “El espacio en seco interpuesto por el paraguas garantiza al portador del rol un campo de libertad con la absoluta seguridad que nunca responderá por las consecuencias que pudieran surgir de la administración

¹⁰⁰⁷ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 394.

¹⁰⁰⁸ Vid. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 394; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 62 y 63.

¹⁰⁰⁹ Vid. JAKOBS, Günther, “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege?. Contradicción y prevención de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, op. cit., pág. 13; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 402.

¹⁰¹⁰ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 65.

correcta de esa libertad¹⁰¹¹. El comportamiento que reúne semejantes características se ubica así dentro del riesgo permitido con el significado normativo de estar cubierto por una zona libre de responsabilidad jurídico-penal”¹⁰¹².

El punto de partida de cualquier caso penal o de cualquier imputación objetiva es el establecer relevancia o no relevancia penal de la conducta imputada al sujeto activo, y que radica en el campo de la imputación objetiva, porque es precisamente en el ámbito de la imputación objetiva donde se determina si la conducta supera o no el riesgo permitido, siendo a este respecto decisivo la interpretación del contexto social donde se desarrolló la acción conforme a los derechos inherentes al rol del sujeto activo, con independencia de si una actuación fue hecha mediante acción u omisión, y también muy al margen de los datos psíquicos que pueden tener en su mente y la causalidad natural acontecida¹⁰¹³; es de este modo que el análisis del rol social del sujeto activo cobra un protagonismo esencial porque el rol canaliza el haz de derechos y deberes concretos reconocidos a la persona en el sector social parcial donde desempeña su actividad, por lo que una conducta es imputable objetivamente sólo cuando quebranta los deberes pertenecientes a su rol social, cual es lo mismo que la superación del riesgo permitido¹⁰¹⁴.

El rol social especial del conductor del autobús no tiene la obligación de eliminar todos los riesgos existentes en su esfera de interacción, si el volumen de los riesgos a eliminar puede variar respecto de roles especiales (posesión de garante). Y en el supuesto de la privación de la libertad del pasajero del autobús es un riesgo jurídicamente irrelevante¹⁰¹⁵, al ser un riesgo residual, ya que es inherente a la vida en sociedad y quien no transgrede ese residuo de riesgo, se comporta conforme a las prescripciones de su rol social, es decir, dentro del umbral del riesgo permitido, y que es el supuesto de nuestro caso del presente inicio¹⁰¹⁶.

¹⁰¹¹ Vid. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 131; CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., pág. 185. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 226, 226 y 320.

¹⁰¹² CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 58, 64 y 65.

¹⁰¹³ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal*, op. cit., págs. 261, 262 y nota al pie de página número 24.

¹⁰¹⁴ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 65.

¹⁰¹⁵ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 295 y 366; ROXIN, Claus, “Observaciones sobre la adecuación social en el Derecho penal”, op. cit., pág. 86; OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, op. cit., págs. 1713 y 1714; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 336.

¹⁰¹⁶ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 28 y 29; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, op. cit., pág. 60; ID., *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 398. RUEDA MARTÍN, María

Por ello, y a manera de conclusión del presente caso de la privación de la libertad en medios de transporte público y que en este caso en particular de un autobús urbano que transporta personas de un destino a otro por toda la ciudad. El conductor del autobús no infringe su rol social especial porque las normativas especiales (extra-penales), contemplan que sólo podrá hacer las paradas -descensos- de los pasajeros en los lugares establecidos para dicho efecto, ya que tiene que cumplir un horario de llegadas a las paradas para poder tener una comunicación de movilidad por todas las áreas del recorrido de la unidad de transporte¹⁰¹⁷. Esto conlleva a que el sujeto activo (conductor del autobús), cumple con una expectativa social y normativa de acuerdo a su rol social y esto se materializa en una conducta cotidiana de las interacciones sociales porque tiene una función de trasladar pasajeros de un lugar a otro por la ciudad, permitiendo la comunicación de movilidad urbana por la ciudad¹⁰¹⁸, por esto, el sujeto activo (conductor del autobús) se muestra dentro del umbral del riesgo permitido porque está amparado por la normativa extra-penal de funcionamiento vehicular.¹⁰¹⁹

Cuando el conductor del autobús se niega a detenerse entre dos estaciones no reglamentarias para dejar descender al pasajero que ha tomado el autobús equivocado, aparentemente existe una violación a la libertad de ambulatoria puesto que contra la voluntad del pasajero¹⁰²⁰ se lo desplaza a un lugar diverso del querido por él, pero en realidad se trata de actuaciones que la comunidad social no desaprueba sino que por el contrario fomenta la interacción social, ya que si se permitiera a cada usuario de autobuses descender donde quisiera se vería notablemente entorpecida la actividad social que con base en los medios masivos de transporte público se desarrolla para la comunidad social para

Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., pág. 320.

¹⁰¹⁷ Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., pág. 252 en la nota al pie de página número 158. Esta autora está citando un artículo de Hans JOACHIM HIRSCH, que no hay traducción del alemán al español, pero es interesante porque es una crítica a lo que establezco en esta página.

¹⁰¹⁸ Cfr. WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, traducción del alemán por Carlos FONTÁN BALESTRA, op. cit., págs. 64 y 65; ID., *Derecho penal alemán. Parte general*, op. cit., pág. 84; ID., *El nuevo sistema del Derecho penal*, op. cit., pág. 87.

¹⁰¹⁹ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 394. Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal*, op. cit., págs. 127 y 128; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 335 y 336.

¹⁰²⁰ Sin embargo, para un sector de la doctrina jurídico-penal determina que es un caso de adecuación social la realización de viajes en medios de transporte públicos, lo fundamentan mediante que no existe una actuación previa a la voluntad de la víctima. Por ello, mencionan "...en dicha situación faltaría, ya de entrada, un elemento tácito del propio tipo de la detención ilegal: la actuación contraria a la voluntad del ofendido. El pasajero, al comprar su billete de avión, tren o autobús, presta su ascenso a la limitación temporal de su libertad ambulatoria. De ahí que resulta desmesurado y aparatoso acudir a un criterio extrajurídico cunado de una mera exégesis literalista del precepto debe excluirse ya la tipicidad". ROLDÁN BARBERO, Horacio, *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, op. cit., pág. 55. Como también ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal*, op. cit., págs. 127 y 128; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 334 y 335.

moverse dentro de la ciudad¹⁰²¹. En síntesis, al Derecho penal no le interesa la simple concordancia formal entre una conducta y su mera descripción legal, sino la efectiva defraudación a expectativas normativas sociales, ninguna acción que no pueda ser considerada como lesiva de esa interrelación social debe ser calificada de típica¹⁰²², pues de lo contrario arribaríamos a la insostenible conclusión de que cuando el conductor de un autobús que se desplaza de un punto a otro punto de la ciudad se niega a detener el autobús en un lugar no determinado por las normas extra-penales (reglamentos internos¹⁰²³ del desarrollo del plano urbano de movilidad), para dejar descender a quien en su prisa ha tomado el autobús equivocado estaría desarrollando una conducta típica de detención ilegal¹⁰²⁴. He aquí el problema solucionado por medio del rol social, pues la conducta es una realización cotidiana que se encuentra dentro del umbral del riesgo permitido y por ello, no puede ser reprochable¹⁰²⁵ porque el conductor del autobús cumplió su rol social y no defrauda ninguna expectativa normativa de la sociedad.

b) Aviones comerciales de transporte

Al igual que el anterior caso que desarrollamos de la privación de la libertad en medios de transporte público en el supuesto de autobuses, también pueden existir casos del riesgo permitido en la privación de la libertad en aviones comerciales de transporte¹⁰²⁶, pero para tal supuesto hay que analizar¹⁰²⁷ las normativas correspondientes para establecer si está permitido o desaprobado el riesgo¹⁰²⁸.

Estableciendo nuestro caso de la privación de la libertad ambulatoria en un avión comercial, en el supuesto de un capitán de la aerolínea X que realiza un vuelo sin escalas (directo) entre España y México, pero un pasajero que se

¹⁰²¹ REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., págs. 85, 86 y 95. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 251 y sigs.

¹⁰²² PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 395.

¹⁰²³ Vid. CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 74, PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 400.

¹⁰²⁴ REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 101 y 102.

¹⁰²⁵ Vid. MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, op. cit., pág. 213. Cfr. OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, op. cit., pág. 1707 y sigs.

¹⁰²⁶ ROLDÁN BARBERO, Horacio, *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, op. cit., págs. 15, 52 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 147, fundamentándolo en la adecuación social.

¹⁰²⁷ Vid. *supra* Capítulo II Secuestro noción y tipología, especialmente letra C) Secuestro aéreo, como también los incisos 1) Apoderamiento ilícito de aeronave y 2) Piratería aérea.

¹⁰²⁸ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 399.

equivoca de avión, tomando el incorrecto avión, ya que se dirigía a Florida (EUA.), y sin embargo, el sistema de vuelo, o mejor dicho el sistema de logística del vuelo, entre España y México pasa por Florida (EUA).

Para poder determinar con acierto el veredicto del juicio de imputación objetiva dentro del umbral del riesgo permitido, es necesario analizar la conducta con la colisión de las expectativas sociales que contiene cada rol social dentro de la interacción del contexto social que se está dando¹⁰²⁹. Para ello es necesario el análisis de la situación concreta, con el reconocimiento de que tanto las normas legales como las reglamentaciones escritas y no codificadas constituyen un hecho indicador respecto de la desaprobación jurídica de los riesgos¹⁰³⁰ no está aún nada dicho sobre la forma como ese juicio de valor debe llevarse a cabo para establecer en cada caso concreto si la acción concretamente efectuada se mantuvo dentro del umbral del riesgo permitido, y esto es que las normativas establecen el catálogo de tolerable¹⁰³¹ o no tolerable de los riesgos que de ella se derivan¹⁰³². Con el análisis de la exigibilidad personal y temporal de las mencionadas reglamentaciones como componentes de una valoración de la situación concreta, dentro de los parámetros que permiten catalogar a un riesgo como desaprobado o aprobado¹⁰³³.

Al igual que el anterior caso hay que analizar la normativa penal y extra-penales (especiales), para determinar si la conducta del capitán de negarse a descender el avión en Florida (EUA) para dejar bajar del avión al pasajero que se equivocó al tomar el avión incorrecto está dentro del umbral de riesgo permitido o no¹⁰³⁴.

Las normativas que reglamenta la aviación civil son: En primer lugar, los tratados internacionales entre ellos, el Convenio sobre infracción y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, conocido como el Convenio de Tokio de 1963, el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronave, llamado Convenio de la Haya de 1970, Convenio para represión de actos ilícitos

¹⁰²⁹ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 44, 45 y 60 y sigs; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 397.

¹⁰³⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 79; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 399. Cfr. OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, op. cit., pág. 1713.

¹⁰³¹ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 50 y 57.

¹⁰³² Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 51 y 52; MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, op. cit., págs. 217 y 220.

¹⁰³³ REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 126; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 399.

¹⁰³⁴ Vid. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., págs. 113 y sigs; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 54; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., págs. 297 y sigs; ID., *Imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., págs. 241 y sigs.

contra la seguridad de la aviación civil, denominado Convenio de Montreal de 1971, y en segundo lugar la legislación española el Código penal y en tercer lugar, la ley especial de la navegación aérea denominada ley 209/1964, de 22 de diciembre, penal y procesal de la navegación aérea¹⁰³⁵.

Para poder determinar si la conducta del capitán está dentro del umbral del riesgo permitido, debemos analizar algunos preceptos de los Convenios y Leyes mencionada para determinar la adecuada conformación o no conformación del riesgo permitido, así como también del ejercicio del rol social de capitán de la aeronave¹⁰³⁶.

El primer punto contempla el supuesto en que la aeronave se encuentra en vuelo. Se ha de determinar qué comprenden los Tratados internacionales por el término en pleno vuelo. El Convenio de Tokio, en su artículo 1 párrafo 3º, menciona que la aeronave se encuentra en vuelo cuando se aplica la fuerza motriz para despegar hasta que termina el recorrido de aterrizaje. El mismo Convenio, pero el artículo 5 en el párrafo 2º, establece que una aeronave se encuentra en vuelo desde el momento en que se cierran todas las puertas externas después del embarque y el momento en que se abra cualquiera de dichas puertas para el desembarque. Ahora bien, el Convenio de la Haya, en su artículo 3, “considera que una aeronave se encuentra en vuelo desde el momento en que se cierran todas las puertas externas después del embarque hasta el momento en que se abra cualquiera de dichas puertas para el desembarque. En caso de aterrizaje forzoso se considerará que el vuelo continúa hasta que las autoridades competentes se hagan cargo de la aeronave y de las personas y bienes a bordo”¹⁰³⁷. En segundo lugar, la ley penal y procesal de la navegación aérea española, en su artículo 11.4, define cuando la aeronave se encuentra en vuelo, entendiendo que la navegación aérea comienza con su propia fuerza motriz para emprender el vuelo, y termina cuando, realizado el aterrizaje, queda aquélla inmovilizada y son parados sus motores¹⁰³⁸.

¹⁰³⁵ Vid. TAPIA SALINAS, Luis, *Curso de Derecho aeronáutico*, op. cit., págs. 508 y sigs; GÓMEZ CARDOZO, Rubén, “Los delitos aeronáuticos”, op. cit., págs. 200 y sigs; LUONGO, Norberto E., *Tratado de daños y perjuicios en el transporte aéreo*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, págs. 51 y sigs.

¹⁰³⁶ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 68. Cfr. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 128; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 334-336.

¹⁰³⁷ MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, op. cit., pág. 170. “De estas tres fórmulas, la que admite mayor período de tiempo es la más reciente, la establecida en la Haya, ya que para que la fuerza motriz sea aplicada a los motores es indispensable que las puertas estén cerradas. Según la Haya basta este requisito, aunque los motores no hayan sido puestos en marcha. Para el legislador español es preciso que la aeronave se ponga en movimiento y que éste sea precisamente para emprender el vuelo”.

¹⁰³⁸ Vid. MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, op. cit., págs. 41, 146, 147, 168, 169 y 170; GÓMEZ CARDOZO, Rubén, “Los delitos aeronáuticos”, op. cit., págs. 200 y sigs.

Una vez analizado los supuestos de los Tratados internacionales y la Ley especial española sobre la navegación aérea, que determinan el comienzo del vuelo, hay que analizar las facultades del comandante o piloto de la aeronave civil para determinar su rol social.

El Convenio de Tokio, en el artículo 5, párrafo 2º, establece las facultades inherentes al comandante (piloto) de la aeronave: “En el caso de aterrizaje forzoso las disposiciones referentes a las facultades del comandante se continuarán aplicando a las infracciones y actos cometidos a bordo, hasta que las autoridades competentes de un estado se hagan cargo de la aeronave y las personas y bienes de la misma¹⁰³⁹. Como también la ley especial de la navegación aérea española de 21 de julio de 1960, en su artículo 59, define quien tiene la calidad de comandante de la aeronave es la persona designada por el empresario para ejercer el mando. En el mismo sentido, pero en otro numeral de la misma ley mencionada, el artículo 60 menciona que el comandante tendrá la condición de autoridad en el ejercicio de su mando y será responsable de la aeronave y su tripulación, de los viajeros y equipajes, de la carga y del correo, desde que se haga cargo de aquélla para emprender el vuelo, aunque no asume su pilotaje material, cesará en esa responsabilidad cuando finalizado el vuelo y haga entrega de la aeronave, pasajeros, correo y carga a cualquier autoridad competente o al representante de la empresa aérea¹⁰⁴⁰.

De todo lo anterior, cabe determinar que el capitán de una aeronave civil de cualquiera empresa aérea tiene la posesión social de un rol social especial, ya que la misma ley especial de la navegación aérea y los Convenios de la misma le dan la facultades inherentes de un deber especial, equivalente al deber de garante¹⁰⁴¹, de actuar de la manera más cuidadosa posible sobre los pasajeros del avión, pues es la autoridad en el campo de la vigencia normativa de cualquier expectativa social que se encuentra en colisión en el segmento de la ubicación del avión, durante el período del vuelo, incluso el comandante -capitán o piloto- puede ejercer sus facultades de tomar medidas, coercitivas, desembarque a personas y entregarlas a las autoridades competentes en el caso de algún injusto penal que se haya perpetrado durante la duración del vuelo¹⁰⁴².

¹⁰³⁹ Vid. MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, op. cit., págs. 41 y 104. En sentido equivalente, APARICIO GALLEGO, Javier, “Los precedentes aeronáuticos del Convenio de Roma para la protección penal del tráfico marítimo internacional”, en *Liber amicorum. Libro Homenaje al Prof. Luis Tapia Salinas*, Editorial Asamblea general del Instituto iberoamericano de Derecho aeronáutico, Madrid, 1989, págs. 29 y sigs.

¹⁰⁴⁰ MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, op. cit., pág. 145.

¹⁰⁴¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 252 y 253; JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., pág. 212; REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 128.

¹⁰⁴² MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, op. cit., pág. 104; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 428 y la nota al pie número 32.

Sin embargo, también se tiene que tomar en cuenta que la desviación de una aeronave que es el caso que se plantea en este supuesto, pues, el sujeto que se equivoca esta sin la posibilidad de bajarse del avión porque no puede salir de la aeronave al encontrarse en pleno vuelo y si lo hace pone en riesgo la actividad de la navegación aérea y de los demás tripulantes y con esto también se puede fundamentar que la desviación de una aeronave comercial de la ruta legalmente establecida implica necesariamente que tanto los pasajeros y la tripulación, y como la carga lleguen a un punto del destino que no es el determinado, y por ello, lleguen con retraso al lugar del destino, esta situación llevaría a la compañía a pagar una indemnización¹⁰⁴³ a los pasajeros¹⁰⁴⁴, ya que hay un horario fijo que se debe cumplir de salidas y llegadas de los aviones a los aeropuertos establecidos, para no entorpecer las llegadas y salidas de los demás vuelos¹⁰⁴⁵.

Ahora bien, la normativa de la ley especial de la navegación aérea española contiene una cláusula general para desembarcar a un pasajero, que es prevista en el artículo 96 de la ley mencionada, que menciona que el transportista queda facultado para excluir el transporte a los pasajeros que por causa de enfermedad u otras circunstancias determinadas en los reglamentos¹⁰⁴⁶ puedan constituir un peligro o perturbación para el buen régimen de la aeronave. En el mismo contexto, el Convenio de Tokio tiene una previsión similar al anterior artículo citado, pero referida sólo a casos de extrema peligrosidad de algún pasajero que tenga la pretensión de cometer un injusto penal sobre los miembros de la tripulación o sobre la aeronave, pues en su artículo 8 establece que siempre que sea necesario para proteger la seguridad de la aeronave, de las personas y bienes en la misma y para mantener el buen orden y la disciplina a bordo, podrá desembarcar en el territorio de cualquier Estado en que aterrice la aeronave a aquella persona sobre la que tenga razones para creer que ha cometido o estado a punto de cometer a bordo de la aeronave actos de los previstos en el Convenio como delitos¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴³ LUONGO, Norberto E., *Tratado de daños y perjuicios en el transporte aéreo*, op. cit., págs. 419 y sigs.

¹⁰⁴⁴ ROMEO CASABONA, Carlos María, *El Médico y el Derecho penal*, op. cit., págs. 127 y 128. Este autor menciona que en el caso del autobús, como también aplicando la analogía al supuesto de la avión, el conductor de autobús y por ende el piloto de la aeronave tiene un cumplimiento de un deber, pero su actuación es realizada por la realización contractual previa al viaje y por ello, es irrelevante la lesión del bien jurídico de la libertad ambulatoria.

¹⁰⁴⁵ MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, op. cit., págs. 75 y sigs; ID., “La responsabilidad en el transporte aéreo internacional. Estado presente de la cuestión”, en *Libro homenaje al Prof. Jesús López Medel*, tomo II, Editorial Centro de estudios registrales, Madrid, 1999, págs. 1382 y sigs. Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal*, op. cit., págs. 127 y 128; RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., pág. 252 en la nota al pie de página número 158, citando un artículo de Hans JOACHIM HIRSCH, del que no hay traducción del alemán al español, interesante por su crítica a lo planteado.

¹⁰⁴⁶ Vid. CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 74.

¹⁰⁴⁷ MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, op. cit., pág. 151. Cfr. *Ibidem*, págs. 152 y 153.

Para determinar el juicio de imputación objetivo del veredicto del riesgo permitido¹⁰⁴⁸, al comandante del avión por no dejar descender a un pasajero que toma erróneamente el avión, pero que el avión se encuentra en pleno vuelo, dentro del espacio aéreo de Florida (EUA.), una vez ya analizado las leyes y tratados internacionales citados, hay que determinar si su acción está dentro del umbral del riesgo permitido. En primer lugar, el capitán de la aeronave tiene un rol social¹⁰⁴⁹ especial, porque tiene un deber de cuidado, una posesión de garante sobre los tripulantes de la aeronave como se lo faculta la ley especial de navegación aérea en su artículo 59 y 60, como también, el tratado internacional de Tokio en su numeral 5, sin embargo, al tener esta posesión de garante sobre la tripulación le otorga la potestad de mostrarse con la mayor diligencia posible¹⁰⁵⁰ sobre sus conductas a bordo de la aeronave, incluso tiene el papel de autoridad en caso de algún injusto penal, pero para retener, no para sentenciar, porque lo debe poner a disposición de las autoridades competentes en tierra una vez que haya finalizado en vuelo. En segundo lugar, existe dos cláusulas generales en que se puede permitir el desembarque de un pasajero, entre ellas, por causa de algún peligro eminente en contra de los pasajeros y tripulantes, por la causa de algún delito dentro de avión (artículo 8 de Convenio de Tokio), y la otra, es por alguna enfermedad grave sobre algún pasajero o sean un peligro para tripulación y funcionamiento de la aeronave (artículo 96 de la ley especial de navegación aérea). Estas son las razones por la cual la normativa autoriza el desembarque de algún pasajero, y como en nuestro supuesto en concreto en el que él pasajero se quiere bajar de la aeronave porque se subió a la aeronave equivocada, no aplica la posibilidad que el avión desvíe el fijado rumbo, pues no existe alguna causa de justificación o un estado de necesidad por alguna enfermedad para que el avión cambie de rumbo hacia florida, y mucho menos hay un peligro eminente sobre la tripulación para descender del avión y bajar al pasajero.

No obstante, con lo anteriormente mencionado, la evaluación de la situación concreta no significa a todas luces que el juicio de aprobación del riesgo permitido deje de ser objetivo, porque la situación concreta en que se encuentra en interacción, debe ser estandarizada para la valoración del riesgo¹⁰⁵¹, de tal manera que no se indagará por la forma en que una determinada persona se comportó dentro de ciertas circunstancias específicas, sino que se analizará la conducta que le era exigible a todas aquellas personas que en un momento dado se encuentran en la mismas circunstancias a las cuales el autor se vio enfrentado¹⁰⁵². Con la estandarización de la conducta en la situación concreta¹⁰⁵³

¹⁰⁴⁸ REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 115.

¹⁰⁴⁹ Vid. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., págs. 395, 398 y 399.

¹⁰⁵⁰ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 56.

¹⁰⁵¹ Vid. FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., págs. 308 y sigs. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 226 y 227.

¹⁰⁵² REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 127; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., págs. 396 y 401.

en que el pasajero se ve privado de libertad ambulatoria para poder descender de la aeronave, no es determinante la conducta exigible¹⁰⁵⁴ al piloto, porque la normativa sólo le exige descender al pasajero por dos circunstancias ya mencionadas, la primera, porque sea un peligro eminente para el desarrollo de la navegación aérea, la segunda, porque haya cometido algún delito dentro de la aeronave, y la tercera, porque esté enfermo o sobrevenga una enfermedad que ponga en grave riesgo al pasajero y a los miembros de la tripulación. Con esto puedo concluir que la conducta estandarizada del piloto o capitán de la aeronave no le faculta el descender a cualquier pasajero por circunstancias externas del buen funcionamiento de la navegación aérea, es decir, que el piloto no tiene que cumplir la complacencia de los pasajeros de llegar al punto donde ellos quieren, pues existe un plan de vuelo¹⁰⁵⁵ por el cual se debe orientar correctamente para el desarrollo de la vida social de la comunicación por los medios de transporte en masa¹⁰⁵⁶.

Ahora bien, el rol social especial del capitán (piloto) de la aeronave no tiene la obligación de eliminar todos los riesgos existentes en su esfera de interacción, si el volumen de los riesgos a eliminar *puede* variar respecto de roles especiales (posesión de garante)¹⁰⁵⁷. Y en el supuesto de la privación de la libertad del pasajero que toma el avión equivocado, y no le permite bajar porque la aeronave se encuentra en pleno vuelo, un riesgo jurídicamente irrelevante¹⁰⁵⁸, al ser un riesgo residual, ya que es inherente a la vida en sociedad y quien no transgrede ese residuo de riesgo, se comporta conforme a las prescripciones de su rol social, es decir, dentro del umbral del riesgo permitido, y que es el supuesto de nuestro caso del presente inicio¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵³ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 52, 53, 54, 55, 56 y 58. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 226, 227, 320 y 322.

¹⁰⁵⁴ Vid. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 129; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., págs. 400 y 401.

¹⁰⁵⁵ Vid. JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., pág. 219; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., págs. 307 y sigs.

¹⁰⁵⁶ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 48.

¹⁰⁵⁷ Vid. LUONGO, Norberto E., *Tratado de daños y perjuicios en el transporte aéreo*, op. cit., págs. 177 y sigs.

¹⁰⁵⁸ Vid. ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal*, op. cit., pág. 127; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma”, op. cit., pág. 387; ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 295 y 366; ID., “Observaciones sobre la adecuación social en el Derecho penal”, op. cit., págs. 90 y 91; OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, op. cit., págs. 1713; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 336.

¹⁰⁵⁹ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 28 y 29; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, op. cit., pág. 60; ID., *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 398. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., pág. 320.

Por ello, el capitán de la aeronave está dentro del umbral del riesgo permitido, porque la ley le faculta la obligación de cumplir con el trayecto del avión y de llegar prontamente al destino con la mayor diligencia¹⁰⁶⁰ posible para la tripulación¹⁰⁶¹, y sin embargo le permite desembarcar a un pasajero problemático o que se encuentre en grave estado de salud, lo que se puede materializar estimando que la conducta del capitán de la aeronave no está defraudando ninguna expectativa normativa y mucho menos social, pues él es un actor dentro de las expectativas, es decir, ayuda al adecuado funcionamiento del desarrollo de movilidad internacional de comunicación con el otro lado del mundo para que las interacciones sociales sean más complejas y permite ese flujo de interacción intrínseco con el sistema del entorno social¹⁰⁶².

Si el Derecho penal está edificado sobre la pretensión de tutelar la vida de las relaciones sociales, esto es que al Derecho penal no le interesa la simple concordancia formal entre una conducta y su mera descripción legal sino la efectiva defraudación de las expectativas normativas del comportamiento social, ninguna acción que no pueda ser considerada como lesiva de esa interacción social debe ser calificada de típica, pues de lo contrario arribáramos a la insostenible conclusión de que cuando el capitán de una aeronave que vuela de España a México se niega a aterrizar en Florida (EUA) para dejar descender al pasajero distraído que tomó el avión equivocado estaría desarrollando una conducta típica de privación de la libertad ambulatoria¹⁰⁶³. Sin embargo, el riesgo permitido permite la lesión de ciertas expectativas que son a su vez bienes jurídicos que se encuentran en un constante funcionamiento e interacción en la sociedad, esto es que la vida en la sociedad está llena de actividades complejas, que se caracterizan por la continua ejecución de conductas típicas que están dentro del umbral del riesgo permitido, esto es, que el riesgo permitido ampara ciertas actividades que se ubican dentro de ese umbral que la misma normativa determina¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶⁰ Vid. LUONGO, Norberto E., *Tratado de daños y perjuicios en el transporte aéreo*, op. cit., págs. 240- 242, 419 y sigs.

¹⁰⁶¹ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal*, op. cit., págs. 340 y sigs; REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 131. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 226, 227 y 320.

¹⁰⁶² Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 48; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Resultado lesivo e imprudencia*, op. cit., págs. 271 y sigs; ID., *Imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., págs. 203 y 204. Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., pág. 132, nota al pie de página 186.

¹⁰⁶³ Cfr. WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, traducción del alemán por Carlos FONTÁN BALESTRA / Eduardo FRIKER, op. cit., págs. 64 y 65; ID., *Derecho penal alemán. Parte general*, op. cit., pág. 84; ID., *El nuevo sistema del Derecho penal*, op. cit., págs. 86 y 87; OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, op. cit., pág. 1714.

¹⁰⁶⁴ REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 101; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 74 y sigs; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 394. Cfr. ROLDÁN

B) Principio de confianza

1. Fundamentación

Las sociedades necesitan del apoyo del principio de confianza mínimo para el desarrollo de las interacciones sociales en el contexto del entorno social. Esto es una confianza mediada por la sociedad mediante sus ordenamientos y reglamentos, y esto se materializa en la confianza que se puede tener de que los demás ciudadanos que interactúan en el núcleo social respetarán la norma¹⁰⁶⁵, sin embargo, existe una probabilidad de un desliz normativo, una equivocación por una falta de fidelidad normativa, aunque en condiciones normales de habitualidad social la confianza existe y esa confianza impulsa la relaciones sociales en los contactos sociales¹⁰⁶⁶.

La confianza como factor general fomenta la interacción social de los ciudadanos que comprenden el núcleo de la sociedad que cohabitan, y además ayuda al desenvolvimiento de la sociedad. Este factor determina que la confianza sólo se podrá realizar en una pluralidad de sujetos cohabitantes del entorno social. Por ello, al respecto Miguel POLAINO NAVARRETE¹⁰⁶⁷ subraya que la confianza es propiedad que proviene de un verbo transitivo, se confía en algo o en alguien, como se ve muy claramente en los casos de división de trabajo¹⁰⁶⁸.

El desarrollo de la confianza en la sociedad es uno de los principales mecanismos de reducción de la complejidad de sociedad. Nuestra sociedad se fundamenta en el funcionamiento de los roles sociales para simplificar la operación de las interacciones sociales, es decir, que este funcionamiento permite evitar de manera paulatina preguntarnos qué esperamos de los demás ciudadano

BARBERO, Horacio, *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, op. cit., págs. 55; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Lecciones de Derecho penal*. op. cit., págs. 335 y 336.

¹⁰⁶⁵ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 14 y 31; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, op. cit., págs. 46 y 47; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 66, 70 y 71; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*. op. cit., págs. 382 y 393; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., pág. 37 y sigs;

¹⁰⁶⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 84; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 92; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, 2ª edic., Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 108. Como también REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., págs. 142 y 144; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., pág. 40 y sigs.

¹⁰⁶⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 92; ID., *Lecciones de Derecho penal*. op. cit., pág. 108. Como también, POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 84.

¹⁰⁶⁸ Vid. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., págs. 151 y 152; JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 29; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 608.

al momento de realizar una interacción social y que implique un cúmulo de contexto social¹⁰⁶⁹. En pocas palabras es una confianza en el sistema social de donde se interactúa, o una confianza normativa en el estándar de comportamiento de una persona en derecho, sólo de esta forma es válido confiar en la expectativa normativa de interacción social¹⁰⁷⁰.

La sociedad es un cúmulo de contactos interpersonales que muchas veces son ánimos y que suscitan cotidianamente, por ello, es imprescindible poder confiar en que el resto de los ciudadanos se comporten conforme al estándar del cuidado debido¹⁰⁷¹. Por esto, la confianza no emana de la responsabilidad ajena sino de la diferencia de roles que se ha verificado en la sociedad, esto quiere decir, que la otra cara de la confianza es la autorresponsabilidad del otro, no es más que un dato fáctico para el caso de la defraudación¹⁰⁷², sin embargo, es incapaz de fundamentarse la confianza en los supuestos que el interactuante defrauda una expectativa normativa, pues demuestra que no se puede confiar en él. Con esto se puede determinar que el principio de confianza se encuentra intrínsecamente unido al riesgo permitido, esto es, que las interacciones sociales es necesario delimitar el ámbito de competencia, es decir, que todo aquello en lo que se puede confiar se debe entenderse dentro del umbral del riesgo permitido¹⁰⁷³, o sea, que no existe o no debe existir una preocupación para la

¹⁰⁶⁹ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, op. cit., págs. 50 y 60; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 377.

¹⁰⁷⁰ FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., págs. 280 y sigs; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 66.

¹⁰⁷¹ Vid. FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., págs. 58; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 78; STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte General*, op. cit., págs. 436 y 437; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, op. cit., pág. 47; JORGE BARREIRO, Agustín, “Prólogo”, en Mario MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 21; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2009, págs. 124, 172 y 173; JAKOBS, Günther, “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege?. Contradicción y prevención de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, op. cit., pág. 13.

¹⁰⁷² Vid. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 145; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, op. cit., pág. 47; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 67 y 68; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., págs. 294 y 295. Cfr. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 29 y 30; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 230.

¹⁰⁷³ Vid. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 149; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 253; ID., “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., pág. 218; CANCIO MELIÁ,

realización de la interacción social, de tal modo, que los resultados lesivos que emanen de la confianza adecuadamente depositada en la conducta del interactuante no puede fundamentar la responsabilidad penal¹⁰⁷⁴.

Con lo anterior se puede determinar que el principio de responsabilidad sólo puede ser aplicable cuando exista una defraudación jurídicamente relevante y esta es la otra cara inversa de las expectativas normativas del rol social. Esta es una de las problemáticas de vinculación del principio de confianza de un modo intrínseco con la responsabilidad ajena de los demás partícipes de la interacción social, es decir, de las terceras personas¹⁰⁷⁵.

A lo largo del presente capítulo he mencionado que la conducta se origina de acuerdo a los marcos de las expectativas sociales¹⁰⁷⁶, esto quiere decir que cuando se ejecuta una determinada interacción social se tiene en cuenta lo que se espera de ella. Pero de dicha interacción social se origina el estado de la expectativa de expectativas, es decir, una interacción social con los demás. Este es el punto culminante del principio de confianza, pues, su importancia es saber que se puede esperar de los demás al momento de la realización de la interacción social¹⁰⁷⁷. El principio de confianza es determinante en el momento del enjuiciamiento por el hecho de si alguien ha debido contar con una determinada conducta posterior de un tercero interactuante, en realidad lo que se quiere responder es lo que debe de esperar de la interacción social correcta¹⁰⁷⁸. Esto se puede analizar desde la perspectiva de la prevención general positiva pues se muestra anclada al desarrollo de la actividad adecuada de una confianza mutua entre el ordenamiento punitivo y las interacciones sociales, por ello, existen una

Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 77, 78, 80 y 81; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, op. cit., pág. 48; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 152 y 371; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 65 y 66.

¹⁰⁷⁴ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., págs. 377 y 378.

¹⁰⁷⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 257; JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., pág. 218; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., pág. 38; ID., “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, *RDPC*, número extra 1, Madrid, 2000, pág. 94; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., págs. 378 y 393; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, op. cit., pág. 48; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 49.

¹⁰⁷⁶ *Vid. supra* el inciso II El punto de partida: la teoría de los roles sociales, de este mismo capítulo y también véase el capítulo de acción típica en el inciso I Introducción.

¹⁰⁷⁷ Cfr. FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., pág. 257.

¹⁰⁷⁸ MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., pág. 123.

mínima confianza del respeto mutuo por el ordenamiento jurídico¹⁰⁷⁹, es decir, el Derecho penal permite la estabilidad de la confianza en la sociedad¹⁰⁸⁰.

De lo anteriormente manifestado se puede determinar que el principio de confianza tiene un principio general de “quien se comporta adecuadamente no tiene que contar con que su conducta produzca un resultado prohibido debido al comportamiento inadecuado de otra persona”. Es decir, quien se comporta conforme a lo que se espera de él se espera (rol social) no puede ser imputado aunque otros se ayuden de ese comportamiento para la realización de un hecho criminal, aunque dicha interacción fuera previsible de su ilicitud, esto no es otra cosa, que un estar permitido confiar en la interacción social¹⁰⁸¹.

Con ello, el principio de confianza tiene un papel fundamental en las interacciones sociales, y esto se puede ver o analizar, mediante el cumplimiento del rol social, esto es, quien cumple cabalmente el rol social que desempeña en la sociedad, demuestra que se puede confiar en él como persona en derecho y a la vez, demuestra que se puede confiar en su rol social especial si es que desempeña en la interacción social un rol social especial en el momento de la interacción social¹⁰⁸². Es decir, quien cumple su rol social y confía razonablemente en que los demás también lo van a cumplir queda exento de responsabilidad aunque haya de alguna forma realizada una organización se derive de un riesgo no permitido¹⁰⁸³.

Sin embargo, existe una problemática al momento de determinar la confianza en las interacciones sociales, detener evidencia suficiente para estimar que la confianza y la expectativa saldrán defectuosas, es decir, de un

¹⁰⁷⁹ Vid. CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 66, 70 y 71.

¹⁰⁸⁰ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 379.

¹⁰⁸¹ REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., págs. 145 y 146; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., págs. 379, 380 y 391. Como también PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva*, op. cit., págs. 108, 113, 114, 115.

¹⁰⁸² PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., págs. 376, 380 y 381.

¹⁰⁸³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 93; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 109. Como también, REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 145; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 254; ID., *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 38 y 39; ID., “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”, op. cit., pág. 218; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., pág. 41; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 78; PUPPE, Ingeborg, “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, traducción del alemán por Nuria PASTOR MUÑOZ, en *Indret* 4/2006, pág. 2 (accesible en http://www.indret.com/pdf/382_es.pdf); COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, op. cit., págs. 48 y 49; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 65 y 66.

comportamiento contrario a derecho y a las expectativas sociales, esto implica que un mayor o menor grado de previsibilidad como fundamento del deber, aunque este sería la postura tradicional de la dogmática jurídico-penal al momento de determinar el deber de la interacción social¹⁰⁸⁴. Hoy en día esta idea no tiene sentido de su constitución ya que los avances de la dogmática jurídico-penal ha de resolverse desde la perspectiva del deber normativo (deber negativo o positivo) para después afirmar que depende que el sujeto sepa que el tercero¹⁰⁸⁵ interactuante se comportara de un modo contrario a la fidelidad normativa¹⁰⁸⁶. Esto quiere decir, que la previsibilidad es una condición objetiva del principio de confianza que ha de materializarse para observar la vulneración del deber, pero la existencia de dicho deber no puede fundarse en la misma previsibilidad, ya que la determinación del deber y del ámbito de la responsabilidad puede verificarse el rol social de aquel cuya conducta se realiza¹⁰⁸⁷.

Ahora bien, existe una problemática al respecto del principio de confianza y en ella versa que no se puede confiar cuando no se debe seguir confiando. Esto implica que el principio de confianza tiene un campo de aplicación extenso, sin embargo, se puede delimitar mediante el carácter normativo de dicho instituto, aunque ya mencione en párrafos arriba el principio general del principio de confianza, lo volverá a sintetizar, es que “todos pueden confiar en que el resto de los interactuantes se comportarán conforme a las perspectivas de su rol social”, esto no quiere decir, que se trate de algo que realice o deje de realizar en confiar, más bien se trata de si se debe o no se debe confiar, pues, esto es que a dejarse de confiar cuando existan motivos para sospechar que alguien se comportará de un modo antijurídico, esto implicaría determinar la relevancia jurídico-penal en aquellos supuestos que el sujeto sabe¹⁰⁸⁸.

En los cursos de las interacciones sociales los acontecimientos de la habitualidad de la vida diaria son distintos y muchas veces son anómalos, para determinar una confianza presunta sólo es necesario saber de la ejecución del rol social, es decir, el rol social impregna un aire de confianza en el desarrollo de la interacción social, por ejemplo, el médico puede confiar en que la enfermera encargada ha esterilizado el material quirúrgico¹⁰⁸⁹, o el conductor de un

¹⁰⁸⁴ MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 28, 123 y 125. Cfr. FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., págs. 228 y 229.

¹⁰⁸⁵ PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva*, op. cit., pág. 112; JORGE BARREIRO, Agustín, “Prólogo”, op. cit., pág. 22.

¹⁰⁸⁶ FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., págs. 60, 61 y 62.

¹⁰⁸⁷ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., págs. 381, 382 y 393.

¹⁰⁸⁸ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 383. Como también PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva*. op. cit., pág. 111.

¹⁰⁸⁹ Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., pág. 42; JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 30; PUPPE, Ingeborg, “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación

automóvil que los frenos del auto se encuentran en perfecto estado por haber salido del servicio automotriz que periódicamente le realiza¹⁰⁹⁰, o el superior jerárquico puede confiar que el responsable de los vertidos verificará que su tratamiento haya sido el adecuado antes de realizarlos¹⁰⁹¹, etcétera¹⁰⁹².

Materializando el principio de confianza como un principio general, con respecto a los delitos dolosos: “en principio todos pueden confiar que los otros no cometerán delitos dolosos”¹⁰⁹³, o por lo menos que se comportarán como personas fieles al derecho, determinando su principal deber negativo de no dañar a terceros, y todo esto no es otra cosa que el rol social de persona en derecho, de un ciudadano fiel al orden normativo y punitivo.

El principio de confianza tiene una fuente de vinculación directo con los delitos imprudentes, incluso su raíz de origen se encuentra en ellos¹⁰⁹⁴, sin embargo, en la actualidad y la moderna teoría de la imputación objetiva al normativizar la conducta con los baremos normativos determina que el principio de confianza también es un elemento de ésta, ya que delimita el campo de acción del injusto mediante el deber de cuidado, pero esta delimitación es con respecto en que el curso causal lesivo tuviera una interacción con terceras personas¹⁰⁹⁵, incluso hay una doctrina penal que determina que el principio de confianza es un presupuesto de la prohibición de regreso¹⁰⁹⁶. Sin embargo, no es lo que aquí se quiere fundamentar, pues en mi opinión es un instrumento delimitación de acción

médica”, op. cit., pág. 4; POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., págs. 44 y 43; JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Recensión a: AA.VV., Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil, administrativa del médico y otros agentes sanitarios”, op. cit., págs. 267-274. Cfr. FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., págs. 463.

¹⁰⁹⁰ JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”, op. cit., pág. 219.

¹⁰⁹¹ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 383.

¹⁰⁹² Vid. CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 78 y 79.

¹⁰⁹³ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 384.

¹⁰⁹⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., pág. 46.

¹⁰⁹⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., págs. 44 y sigs; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 116, 146, 148, 154, 155 y 183. Cfr. PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva*, op. cit., pág. 117.

¹⁰⁹⁶ Vid. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 146; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 253 y 254; ID., *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 33; FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., págs. 372 y 373; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 28, 29, 131, 153 y 154.

pero desde la perspectiva de la autorresponsabilidad, por lo que el binomio del principio de confianza será “principio de confianza/ autorresponsabilidad”¹⁰⁹⁷.

Por aplicación de lo anterior, en el ámbito del tráfico vehicular, el principio de confianza juega un papel fundamental, ya que se fundamenta en los siguientes términos quien se comporta debidamente en la circulación, puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario¹⁰⁹⁸. Materializando esto dentro del tráfico vehicular, quien tiene paso preferente, puede confiar en que quien tiene el deber de respetarlo lo hará, de modo que no se le exige ni siquiera disminuir la velocidad reglamentaria a la que conduce para enfrentar el cruce¹⁰⁹⁹. Sin embargo, la doctrina dominante menciona que al momento en que hay indicios de que el obligado a respetar el paso preferente no lo hará, es preciso tomar medidas de modo que la vigencia del principio de confianza no es aplicable¹¹⁰⁰.

Ahora bien, y contradiciendo lo anterior, para que el principio de confianza siga teniendo vigencia, aunque, exista indicios de que la conducta es irrespetuosa de los deberes¹¹⁰¹ que contrae su acción, que en el caso anterior, es del conductor de un automóvil, de ser participe en el tráfico vehicular, esto no obliga a modificar la conducta puesto que se puede seguir confiando, sin embargo, sólo se puede fundamentar el decaimiento del principio de confianza en la existencia de una posesión de garante que materialice un deber de cuidado, la posesión de garante puede obligar la incorporación de la relación todos los conocimientos de que se disponga, sin considerar la fuente de dichos conocimientos. Esta es la primera hipótesis que pretende resolver el principio de confianza como baremo objetivo de la imputación objetiva, incluso, se puede sintetizar de la siguiente manera cuando concurre una posición de garante sí se deben incorporar todos esos conocimientos para establecer el riesgo

¹⁰⁹⁷ REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., págs. 145, 151 y 153; JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 30; PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva*, op. cit., pág. 117; JORGE BARREIRO, Agustín, “Prólogo”, op. cit., pág. 22; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 129, 152, 153, 173 y 184; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 68 y 69.

¹⁰⁹⁸ Vid. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., págs. 142 y 144; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 608, 626 y nota al pie de página número 16; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, op. cit., pág. 48. JORGE BARREIRO, Agustín, “Prólogo”, op. cit., pág. 21. Cfr. FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., págs. 207 y sigs.

¹⁰⁹⁹ Vid. PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva*, op. cit., págs. 107 y 108; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 69 y 70.

¹¹⁰⁰ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 384.

¹¹⁰¹ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 30; PUPPE, Ingeborg, “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, op. cit., pág. 4.

jurídicamente relevante del que se tiene noticia de su interacción¹¹⁰². Por ejemplo, el padre de familia no puede confiar que la niñera esquizofrénica cuidará adecuadamente al recién nacido, otro ejemplo más complejo dentro del ámbito de las interacciones sociales médicas que son aún más complejas de desarrollar, por ejemplo, el cirujano sabe que todos las agujas de la misma mesa de operación han fallado en el curso de la operación médica, la primera hipótesis se puede alegar el principio de confianza en este caso en particular, ¿se puede alegar el principio de confianza en caso que el utilizar las agujas aunque se rompa y se lesione al paciente?, la respuesta a la interrogante es un no rotundo, sin embargo, esta respuesta, no se determina el “no” porque existan motivos concretos para sospechar o conocimientos especiales por los que debe saber el cirujano, sobre las agujas que pueden fallar en la operación, sino que en el caso del médico¹¹⁰³ cirujano ese conocimiento forma parte de su rol social, y esto se materializa en su deber de cuidado. Realmente no es necesario un conocimiento social de la inutilidad de las agujas¹¹⁰⁴. Más bien, es un conocimiento entregado por su habitualidad¹¹⁰⁵ a la interacción social de la operación, que bien podría ser la experiencia, tal como puede serlo el saber o el “deber saber”¹¹⁰⁶, por ejemplo, que una determinada forma de ligar una incisión cardíaca genera menos riesgos de hemorragia. Este conocimiento debe utilizarse aunque sea fruto de la habitualidad de la experiencia realizada durante años de operaciones médicas, con esto se puede explicar que el rol social de un médico no puede limitarse sólo a los conocimientos adquiridos en las aulas de la facultad de medicina; esta no es una sola institución de relevancia jurídica, sino también que forma parte de la estructura social, pues, la experiencia médica también es relevante para efectos prácticos de los juicios jurídicos penales¹¹⁰⁷ –en términos coloquiales- la experiencia médica también se paga en la factura posterior a la operación. Este conocimiento se integra en los deberes del rol social del médico cirujano, es decir, que la propia posesión de garante del médico sobre la salud de su paciente el que impone el deber de no utilizar la aguja que no funciona correctamente¹¹⁰⁸.

¹¹⁰² REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 149; JORGE BARREIRO, Agustín, “Prólogo”, op. cit., pág. 22.

¹¹⁰³ Vid. JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Recensión a: AA.VV., Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil, administrativa del médico y otros agentes sanitarios”, op. cit., págs. 267-274.

¹¹⁰⁴ Vid. CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 66. Como también POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., págs. 44 y 45.

¹¹⁰⁵ JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., pág. 219.

¹¹⁰⁶ Vid. MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., pág. 371.

¹¹⁰⁷ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 254 y 255; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 625; PUPPE, Ingeborg, “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, op. cit., págs. 4 y 5.

¹¹⁰⁸ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., págs. 385, 386 y 391.

Con lo anterior lo que se puede demostrar que no existe un deber general, y por ende una limitación general al principio de confianza, de dejar de confiar cuando existe motivos objetivos para sospechar el comportamiento antijurídico de otra persona¹¹⁰⁹. Es decir, no se trata de saber o no saber, se trata de determinar si se tiene o no un especial deber respecto del riesgo que se ha de gestionar¹¹¹⁰.

El principio de confianza tiene una vinculación directa en las actividades de organización de división del trabajo, esto es por la vinculación directa que tiene con los roles sociales, ya que los roles sociales y la división del trabajo son dos formas de observación del fenómeno social de las interacciones sociales, esta vinculación de los roles sociales, el principio de confianza y la división del trabajo ayuda a determinar las interacciones sociales de compleja actividad social¹¹¹¹, por ejemplo, en el ámbito de las cirugías médicas, o en las labores de las empresas, por ejemplo, es muy común que dentro del ambiente de las empresas manufactureras los superiores dan órdenes a los inferiores para realizar la actividad industrial, etcétera.

La división del trabajo se subdivide en dos tipos en horizontal o vertical¹¹¹². La división del trabajo horizontal es aquella en que el desarrollo de la actividad del trabajo hay una igualdad homogénea, mientras que la división del trabajo vertical se trata de una relación jerárquica donde interactúan un superior (supra) y un inferior (subordinado). Esta interacción de división del trabajo vertical de superior e inferior, el principio de confianza no tendrá la misma significación si se trata de confianza ascendente, es decir, el subordinado al superior, o si se trata de confianza descendente de superior al subordinado¹¹¹³.

¹¹⁰⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., pág. 44; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 93; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 109. Para estos autores la confianza es un presupuesto de la bilateralidad, es decir, que es recíproca. Cfr. PUPPE, Ingeborg, “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, op. cit., pág. 4. Ya que esta autora menciona “...el principio de confianza no consiste en una especie de confianza recíproca, como puede ocurrir en Derecho civil, sino que el principio de confianza es previo al comportamiento del autor y limita sus deberes de cuidado”

¹¹¹⁰ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 387.

¹¹¹¹ Vid. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., págs. 152 y 153; JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 29, 30, 31, 38 y 39; PUPPE, Ingeborg, “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, op. cit., pág. 3; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 138 y 140, 141 y 142, 166 y 167.

¹¹¹² Vid. FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., págs. 54, 55 y 56; PUPPE, Ingeborg, “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, op. cit., pág. 4; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, op. cit., págs. 47, 48 y 49; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., pág. 138.

¹¹¹³ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 627.

Esto se debe que el principio de confianza tendrá una mayor eficacia de quien recibe órdenes, en aquellos casos en donde existen grandes desniveles de formación laboral, por ejemplo, en el ámbito de la medicina quirúrgica, médico a enfermera¹¹¹⁴, arquitecto a obrero, etcétera. De la misma manera, pero a la inversa, tendrá una menor eficacia quien imparte las órdenes, ya que por su posesión de garante deberá desplegar una actividad de supervisión mayor¹¹¹⁵.

Como en toda la teoría jurídico-penal de la imputación objetiva normativa, la vinculación que tienen los roles sociales desempeña un papel fundamental, y en este caso en particular el principio de confianza también lo tiene, en el supuesto de las divisiones del trabajo, ya que lo relevante es la distinción de los roles involucrados en la relación de la interacción social ejecutada¹¹¹⁶, y esto no es otra cosa, que los deberes de cada uno de los intervinientes en la relación social. Esto es que el principio de confianza tiene idéntica vigencia tanto en los casos de verticalidad ascendente como en la descendente, en ambos casos cubre toda la interacción social de tal forma que no debe ser expresamente supervisado por quien ostenta un determinado deber, esto es, que no interesa tanto la interacción jerárquica entre el superior y el subordinado, sino la función que compete a cada uno de ellos con su deber de cuidado determinado, y esto se puede representar o imputar mediante la autorresponsabilidad que tiene cada gestor de un rol social¹¹¹⁷. Esto se puede explicar de la siguiente manera, no se trata directamente de que el subordinado quede totalmente amparado por el principio de confianza que el superior, más bien, qué en los ámbitos del rol social que desempeñan cada uno en la división del trabajo no les permite confiar de manera absoluta, por ejemplo, en el ámbito de las empresas nucleares respecto a los vertidos del material inservible o altamente radiactivo¹¹¹⁸, el superior (director), está amparado por el principio de confianza respecto del vertido del material en los lugares destinados a ellos, es decir, que los vertidos del material radiactivo o tóxico la función la ejecuta otra persona que es el subordinado en el lugar establecido en la ley ambiental, la pregunta que responde el principio de confianza es en la hipótesis de la división del trabajo ya sea vertical u horizontal quien se debe ocupar de dicho deber de cuidado¹¹¹⁹, por ello, es necesario la

¹¹¹⁴ REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., págs. 154 y 156; POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., págs. 44 y 45.

¹¹¹⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., pág. 55; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 625; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., págs. 387, 391 y 392.

¹¹¹⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., pág. 44; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 68 y 69.

¹¹¹⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., págs. 48 y sigs.

¹¹¹⁸ *Vid.* REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 148; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 625 y 627.

¹¹¹⁹ JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio

posesión de garante de cada uno de los interactuantes de la división del trabajo¹¹²⁰.

A manera de síntesis, el principio de confianza expresa que todos los interactuantes en la actividad social, independientemente de la división de trabajo que realicen, ya sea vertical u horizontal, están totalmente amparados por el principio de confianza en todos aquello que estamos especialmente obligados a realizar, o sea, que el principio de confianza está totalmente anclado con la autorresponsabilidad¹¹²¹ de cada uno de los interactuantes de las relaciones sociales¹¹²².

Para poder sintetizar lo anterior, debemos determinar el principio de confianza y la autorresponsabilidad del hecho, se debe tomar en cuenta el alcance de la posesión de garante de cada situación concreta, recordemos que el rol social es un haz de expectativas sociales que otorga derechos y deberes y dichos deberes se materializan con las posiciones de garante de las interacciones sociales¹¹²³. A manera de ejemplificar, el conductor de un automóvil que sin vulnerar las normas del tráfico vehicular no detiene el auto ante la pelota que cruza¹¹²⁴ repentinamente, o aquel empresario que realiza juguetes eventualmente peligrosos para la salud de los infantes. En el supuesto del juguetero le compete una posesión de garante por el sólo hecho de generar un riesgo más allá del umbral del riesgo permitido, de tal manera que si dicho riesgo se concreta en un resultado deberá responder por el resultado lesivo el juguetero, porque, la realización del resultado lesivo cruza la barrera del umbral del riesgo permitido y a su vez es una defraudación a su rol social. En cambio, en el supuesto del conductor del vehículo que va circulando por la avenida de una calle concurrida por la sociedad, y que conduce adecuadamente y no se detiene ante la pelota que cruza repentinamente, aunque pudiera prever la aparición de menores de edad no ha vulnerado ningún rol social, porque realiza su rol social de conductor del vehículo de la manera más cuidadosa posible a tal caso que no excede el límite de la velocidad señalado por el reglamento o por las señales de tránsito (letreros

de confianza”, op. cit., págs. 218 y 219; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 28 y 305.

¹¹²⁰ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 388.

¹¹²¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., págs. 48, 51, 52, 54 y sigs; JORGE BARREIRO, Agustín, “Prólogo”, op. cit., pág. 22.

¹¹²² PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 389. Como también, JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 627; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 67 y 68.

¹¹²³ Vid. MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 145 y 146.

¹¹²⁴ PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva*, op. cit., pág. 108; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 81; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., págs. 59, 64, 65 y 66.

de vialidad), aunque conducir un vehículo de motor o cualquier clase de medio de transporte es una herramienta generadora de riesgos hipotéticos, dentro del umbral del riesgo permitido¹¹²⁵. En este supuesto del conductor del vehículo auto-motor, no se trata de que realizará un conductor experimentado o un buen conductor, aunque podría serlo -en un caso hipotético que sea un conductor de fórmula 1¹¹²⁶- o si una tipificación en un reglamento establezca como requisito ser un buen conductor y habilidoso, en este supuesto lo relevante es que se le puede exigir a cualquier conductor de vehículos, pero dichas exigencias son conocidas por todos aquellos que conducen un vehículo, por ejemplo, la velocidad máxima, respetar las señales del tráfico¹¹²⁷, mantener el auto en buen estado, obtener una licencia, aprobar las inspecciones del vehículo, contratar seguros, llevar triángulos de señalización, etcétera, esto es lo que normativamente se le exige al conductor del vehículo, es decir, la relevancia en el juicio jurídico de la imputación objetiva es por lo normativo y no por las exigencias subjetivas que no deben ser tomadas en cuenta al momento de la determinación del juicio de reproche jurídico-penal, como por ejemplo, la especial capacidad de previsión, ni una especial pericia ni un especial cuidado en caso inusitado¹¹²⁸. Para poder concluir este ejemplo del conductor del vehículo el negar el juicio jurídico-penal, no descansa por el principio de confianza que tiene el conductor en la interacción social de conducir el vehículo por la zona urbana, sino en la carencia de un deber de cuidado que se materializa en la carencia de una posesión de garante respecto del niño que va por su balón¹¹²⁹.

A continuación plantearé un caso práctico de principio de confianza¹¹³⁰, si bien los anteriores casos del riesgo permitido son del injusto de las detenciones ilegales, y sin olvidar que el delito del secuestro es un tipo cualificado de las detenciones ilegales, y la agresión a la expectativa social que se defrauda es la privación de la libertad, por ello, de la relevancia de dicha interacción social que en seguida mencionaré.

¹¹²⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 254; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 71.

¹¹²⁶ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 69, 70 y 71.

¹¹²⁷ PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva*, op. cit., pág. 107; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 66, 67, 69 y 70.

¹¹²⁸ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 70 y 71.

¹¹²⁹ PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva*, op. cit., pág. 109; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 81; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., págs. 59, 64, 65 y 66; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., pág. 390.

¹¹³⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., págs. 62 y 63, menciona un caso de principio de confianza en el supuesto de un beneficio penitenciario relativo a la concesión de permisos de salida por parte de un reo que está purgando su pena.

2. Principio de confianza en el caso de eventos públicos masivos

Para iniciar este epígrafe es necesario antes que nada de poner nuestro caso práctico o ejemplo, sobre el principio de confianza en un supuesto de eventos públicos masivos.

Un caso hipotético de privación de la libertad ambulatoria de manera breve es el de eventos públicos masivos donde hay una concurrencia de sujetos que se encuentran en el mismo lugar disfrutando de alguna actividad, por ejemplo, un concierto de música, un estadio de futbol, y en dichos eventos públicos existen normativas que regula su seguridad para el desarrollo adecuado del evento¹¹³¹, no produciéndose accidentes derivados por algún riesgo concurrente con la actividad -recordemos que nuestra sociedad es una sociedad de riesgos con alta complejidad de interacción social-, existiendo en dichos eventos normas de seguridad¹¹³² para desalojar el inmueble o la ubicación de los eventos, pero la salida debe efectuarse de una forma ordenada y cuidadosa, y en muchas ocasiones es obligado el sujeto que se encuentra en la fila X a esperar a que salgan los demás sujetos de otras filas al estar más cerca o para evitar una catástrofe, por lo que se produce una privación de la libertad ambulatoria momentáneamente hasta que le llegue el turno o la fila de la salida esté más desalojada.

Ahora bien, y dentro del principio de confianza y la normativa de la seguridad, existen monitores que se encuentran dentro del inmueble del evento para poder cuidar y vigilar¹¹³³ el buen desarrollo del evento público, incluso tienen el deber de cuidar y desalojar a las personas que concurren al evento público¹¹³⁴. Estos monitores son las personas o sujetos activos que privan parcialmente de la libertad ambulatoria a un sujeto, sin embargo, dicha actividad se encuentran dentro del umbral del riesgo permitido. Por ello, a continuación estableceré en este caso hipotético el principio de confianza como baremo normativo de la imputación objetiva.

El principio de confianza como instituto de la imputación objetiva contribuye a una mejor delimitación del umbral del riesgo permitido en virtud de lo cual se le considera como un criterio general delimitador de la responsabilidad jurídico-penal¹¹³⁵, sin embargo, para determinar dicha delimitación es necesario

¹¹³¹ JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Medidas relativas a reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos. Obstáculos en vías públicas”, op. cit., págs. 114-131.

¹¹³² JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Medidas relativas a reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos. Obstáculos en vías públicas”, op. cit., págs. 114-118.

¹¹³³ Vid. REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 154; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, op. cit., pág. 47.

¹¹³⁴ JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Medidas relativas a reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos. Obstáculos en vías públicas”, op. cit., págs. 119, 123 y 127.

¹¹³⁵ Vid. JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., pág. 218; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación del*

el establecimiento o mejor dicho el análisis del rol social, en el sentido de que quien actúa conforme a las obligaciones inherentes a su rol social puede confiar fácticamente en que los demás sujetos intervinientes harán lo mismo, como personas en derechos fieles a la normativa. Este es el primer filtro del principio de confianza, restringiendo la responsabilidad penal a quien actúa confiando en el comportamiento social adecuado de los demás miembros de la sociedad que son auto-responsables de sus propias acciones de interacción social. En este supuesto a las personas que realizan actividades riesgosas pero lícitas les está permitido confiar en que quienes participan junto con ellos van a ajustar su comportamiento a la normativa¹¹³⁶.

Materializando lo anterior en nuestro caso práctico, ya hemos dicho anteriormente que el riesgo permitido es previsto o indicado en las normativas sociales, es decir, en el cúmulo de leyes, normas, reglamentos, etcétera¹¹³⁷. El monitor tiene el riesgo permitido de transgredir ciertas expectativas sociales que bien puede ser lesiones no graves algún bien jurídico¹¹³⁸, pero de acuerdo a la seguridad del evento público, pues tiene un deber de cuidado sobre el personal que encuentran dentro del inmueble disfrutando del evento público.

A manera de determinar el riesgo permitido del monitor, la Ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana previene ciertos riesgos permitidos que se encuentran dentro de ese umbral de lo permisible, por ejemplo, en los artículos 27¹¹³⁹, 35¹¹⁴⁰ y 36¹¹⁴¹ legitima la interacción del monitor

Derecho penal del riesgo, op. cit., pág. 48; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 119 y 369; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 65 y 66.

¹¹³⁶ REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 148; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 250; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 77, 78 y 81; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., págs. 48, 49, 71 y sigs; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 65 y 66. Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 80; FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., págs. 208 y 209; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., págs. 280 y sigs.

¹¹³⁷ *Vid. supra* inciso A) Riesgo permitido de este mismo apartado. Como también MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 369 y 370.

¹¹³⁸ *Vid. supra* MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., pág. 118.

¹¹³⁹ El artículo 27, *Espectáculos y actividades recreativas*, dispone:

“1. El Estado podrá dictar normas de seguridad pública para los edificios e instalaciones en los que se celebren espectáculos y actividades recreativas.

2. Las autoridades a las que se refiere esta Ley adoptarán las medidas necesarias para preservar la pacífica celebración de espectáculos públicos. En particular, podrán prohibir y, en caso de estar celebrándose, suspender los espectáculos y actividades recreativas cuando exista un peligro cierto para personas y bienes, o acaecieran o se previeran graves alteraciones de la seguridad ciudadana.

en caso de riesgos graves y perturbaciones durante el evento público, incluso después de éste en las inmediaciones del establecimiento. En los mismos términos que la ley 4/2015 de seguridad ciudadana, la ley 14/2010, de 3 de diciembre, de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos, legitima las obligaciones y deberes de los empresarios y del personal que realiza las actividades públicas de espectáculos, incluso también determina el umbral del riesgo permitido en las actividades correspondiente a la seguridad del personal y de los ciudadanos que asisten a dichos espectáculos. Estos riesgos permitidos están contemplados en todo el cuerpo de la ley de espectáculos, pero los más sobresalientes para determinar el riesgo permitido en tal supuesto hipotético están previstos en los artículos 4, 25, 29, 32, 50, 51 y 52¹¹⁴².

El artículo 4 de la ley 14/2010 sobre espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos establece las condiciones técnicas generales para el desarrollo de la actividad recreativa del espectáculo. Este artículo señala las obligaciones y deberes de cuidado que debe cumplir el empresario o la persona jurídica que quiere realizar un evento público en masa, entre ellas y las más sobresalientes para nuestro caso práctico son los apartados a) y h); la letra a) menciona la necesidad de seguridad para el público en general, para los trabajadores, ejecutantes y bienes, y el apartado h) el plan de emergencia según las normas de autoprotección en vigor.

En el mismo sentido pero con mayor amplitud el artículo 29 determina las facultades, obligaciones y deberes de cuidado que debe tener el titular o el prestador del servicio del espectáculo, incluso menciona qué son obligaciones solidarias. Son varias las obligaciones y deberes que establece este artículo, pero las de relevancia para nuestro caso son previstas en los números 1,6, letra e), 2, 3, 7, 12 y 13. El apartado 1 menciona adoptar las medidas de seguridad y salubridad previstas con carácter general o especificado en la licencia o, en su caso, autorizaciones, manteniendo en todo momento los establecimientos e instalaciones en perfecto estado de funcionamiento. El número 6º establece que debe disponer en lugar visible al público y perfectamente legible la siguiente información, letra e), en su caso: 1.- Limitaciones de entrada y prohibición de

3. La normativa específica determinará los supuestos en los que los delegados de la autoridad deban estar presentes en la celebración de los espectáculos y actividades recreativas, los cuales podrán proceder, previo aviso a los organizadores, a la suspensión de los mismos por razones de máxima urgencia en los supuestos previstos en el apartado anterior.

4. Los espectáculos deportivos quedarán, en todo caso, sujetos a las medidas de prevención de la violencia dispuestas en la legislación específica contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte”.

¹¹⁴⁰ “El artículo 35. Infracciones muy graves. Son infracciones muy graves:...3. La celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas quebrantando la prohibición o suspensión ordenada por la autoridad correspondiente por razones de seguridad pública...”

¹¹⁴¹ “El artículo 36. Infracciones graves. 1. La perturbación de la seguridad ciudadana en actos públicos, espectáculos deportivos o culturales, solemnidades y oficios religiosos u otras reuniones a las que asistan numerosas personas, cuando no sean constitutivas de infracción penal...”

¹¹⁴² Véase los artículos mencionados.

consumo de alcohol y tabaco a menores de edad, de conformidad con la legislación vigente; 2.- Condiciones de admisión; 3.- Normas particulares o instrucciones para el normal desarrollo del espectáculo o actividad. El número 7° menciona que se debe permitir la entrada del público, salvo en aquellos supuestos establecidos legal y reglamentariamente. El apartado 12° señala que deben estar adecuados los establecimientos públicos a las necesidades de las personas discapacitadas, de acuerdo con la normativa vigente. Y por último el número 13° establece que deben concertar y mantener vigente el oportuno contrato de seguro en los términos que se determine reglamentariamente.

En el mismo sentido que el artículo anterior, el artículo 32 determina las obligaciones de los destinatarios (empresario) que quieran realizar un espectáculo, entre ellas el número 2 menciona que “el titular o prestador podrá adoptar sus propias medidas preventivas para, en el marco de los derechos constitucionales, asegurar el correcto desarrollo del espectáculo público y actividad recreativa o el uso del servicio en los términos establecidos en la presente ley. Cuando se observe el incumplimiento de las prohibiciones y limitaciones expuestas, podrá solicitar el auxilio de los agentes de la autoridad, quienes dispondrán, en su caso, el desalojo de los infractores, sin perjuicio de las acciones legales que correspondan”. Este precepto es relevante porque determina que el empresario tiene que tomar medidas internas para poder evitar la realización de riesgos no permitidos durante el evento público, incluso, le entrega una facultad de detener a los agresores que comentan alguna infracción o delito durante el espectáculo, sin embargo, deben ponerlo al conocimiento de las autoridades competentes. Dentro de las relevancias de este precepto es que el empresario debe tomar las medidas de seguridad necesarias y poder desalojar a los infractores del ordenamiento, aquellas personas que defrauden las expectativas sociales y entregarlas a las autoridades competentes.

El artículo 50 de la ley señala las infracciones leves que se pueden cometer durante y después del evento público. Las que son aplicables a nuestro caso en concreto son los números 7 y 9. El apartado 7 establece lo siguiente: el acceso del público al escenario o lugar de actuación durante la celebración del espectáculo, salvo que esté previsto en su realización, cuando no suponga un riesgo para la seguridad de las personas y bienes. Esta reinscripción es un deber primario del empresario, sin embargo, le puede delegar al monitor del espectáculo para cuidar el debido desarrollo de la actividad. El apartado 9 la falta de cartel en lugar claramente visible que prohíba la entrada de menores, cuando proceda. Este apartado es un deber y obligación del rol social del empresario, porque es la propaganda de publicidad de reinscripción del acceso a menores de edad.

El artículo 51 del mismo ordenamiento citado menciona las infracciones graves. Son varias las infracciones que tipifica pero las más sobresalientes para nuestro caso práctico son: el número 6 “el exceso de aforo permitido, cuando no suponga un grave riesgo para la seguridad de personas y bienes”. Esta es una aplicación recíproca entre el empresario y el monitor porque los dos tienen el

deber de cuidar y vigilar el libre desarrollo del espectáculo. El número 7 menciona “el incumplimiento de las condiciones de seguridad y sanidad establecidas en la normas vigentes y en las licencias o autorizaciones”. Sin ninguna duda, ésta es una obligación y deber del empresario que va patrocinar el evento público. El número 8 prevé “el mal estado en las instalaciones o servicios que no supongan un grave riesgo para la salud o seguridad del público o actuantes”. Esta es una obligación del empresario, pues, él es quien escoge el lugar para la actividad del espectáculo. El número 9 regula “el ejercicio de derecho de admisión de forma arbitraria, discriminatoria o abusiva o cuando se vulnere lo previsto en el artículo 14 de la Constitución española”. Esta infracción es un deber tanto del empresario como del monitor, pues los dos tienen la misma facultad de ceder o negar admisión de algún espectador. El número 10 determina el “no establecer un servicio específico de admisión cuando se esté obligado a ello de acuerdo con la normativa vigente, o contratar, para este cometido, a personas que no hayan obtenido la correspondiente acreditación de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente”. Esta es una obligación del empresario, que debe contratar al personal adecuado para que cuide y vigile el desarrollo de las actividades del evento¹¹⁴³, de hecho determinar taxitamente la necesidad de contratar monitores para velar por la seguridad de los espectadores. El número 20 señala que “el acceso del público al escenario o lugar de actuación durante la celebración del espectáculo, salvo que esté previsto en la realización del mismo, cuando ello suponga un riesgo para la seguridad de las personas y bienes”. Este precepto establece un deber del monitor de restringir el paso al escenario o lugares de actuación, por lo que se restringe nuestra libertad ambulatoria de trasladarnos a donde queramos, en cuanto no se puede acceder a lugar donde se entorpece el desarrollo de la actividad del evento, y se prevé una cláusula de ampliación del riesgo en el caso que existe un riesgo manifiesto (latente) se puede acudir a dicho lugar, por ejemplo, cuando una de las salidas de emergencia se encuentre en dicho lugar. Este precepto determina los deberes del monitor y del empresario, si bien el empresario en este supuesto puede delegar dicha acción en el monitor.

Para concluir, la normativa de la Ley de espectáculos públicos en el artículo 52 establece las infracciones graves, entre las que pueden ser aplicables a nuestro supuesto hipotético las siguientes: las contempladas en los números 1, 3, 4 y 8. El apartado 1 prevé: “Permitir o tolerar actividades o acciones penalmente ilícitas o ilegales, especialmente en relación con el consumo o tráfico de drogas”. El apartado 3: “El incumplimiento de las medidas de seguridad establecidas en la normativa vigente, o exigidas en la licencia, autorización e inspecciones, cuando ello suponga un grave riesgo para las personas o bienes”. El número 4: “La superación del aforo máximo autorizado, cuando suponga un grave riesgo para la seguridad de las personas o bienes”. El número 8: “El incumplimiento de las medidas de evacuación de las personas en los establecimientos públicos que

¹¹⁴³ Vid. MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 140 y sigs.

disminuyan gravemente el grado de seguridad exigible para las personas y bienes”. Estos deberes incumben al empresario y al monitor.

Los artículos mencionados de la ley 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana y la ley 14/2010 de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos determinan el umbral del riesgo permitido en las actividades de eventos públicos de masa con finalidades de recreación.

Retomando nuestro caso práctico en el supuesto de desalojar el inmueble del evento público de una forma ordenada y precisa para evitar riesgos que pueden darse en un supuesto de interacción social masiva, para evitar delitos que pueden suscitarse en la misma, la Ley de espectáculos determina una serie de obligaciones del empresario y prestadores del servicio del espectáculo, entre ellas, adoptar las medidas de seguridad y reglamentos internos para el desarrollo adecuado del servicio de espectáculo, como también el contratar personal para el cuidado del evento (monitores)¹¹⁴⁴, que cuiden y vigilen la interacción durante el espectáculo, y he aquí que en este punto es necesario el principio de confianza, incluida la división de trabajo en el de este instituto de imputación objetiva, para determinar el deber de cuidado de cada uno de los interactuantes sociales¹¹⁴⁵.

Dentro de la división del trabajo en nuestro supuesto, existe una división vertical entre el empresario y los monitores y una división horizontal entre los monitores. Sin embargo, las divisiones del trabajo tanto vertical como horizontal son datos puramente fácticos precisan una valoración jurídica desde el punto de vista de la existencia de deberes de cuidado con respecto a otras personas con las que se realiza una tarea común¹¹⁴⁶. Y es tarea común vigilar el adecuado desarrollo de la actividad del espectáculo así como facilitar la evitación de riesgos que pueden suceder en la interacción del evento público. En esta valoración jurídica juega un papel esencial el principio de confianza como límite de la imputación jurídico-penal. No hay que olvidar que las actividades en división de trabajo sólo se describe un fenómeno que debe ser analizado de acuerdo con criterios normativos de imputación para un adecuado sistema de imputación¹¹⁴⁷. Para determinar el adecuado juicio de imputación, es necesario apreciar la competencia, ya que es un punto de partida esencial en el juicio jurídico penal de la imputación objetiva, con respecto con otras personas que

¹¹⁴⁴ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 626.

¹¹⁴⁵ Vid. FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., págs. 51 y 52.

¹¹⁴⁶ Vid. PUPPE, Ingeborg, “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, op. cit., pág. 2; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 142 y 143.

¹¹⁴⁷ MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., pág. 305.

tiene el deber de evitar el riesgo¹¹⁴⁸ o la indemnidad de un bien el principio de confianza es un principio básico para delimitar las responsabilidades penales individuales de cada sujeto de interacción social en la división del trabajo¹¹⁴⁹.

La división del trabajo horizontal facilita que cada especialista se puede ocupar de su ámbito especializado sin perder esfuerzos y tiempo controlando si la otra persona se comporta correctamente. El principio de confianza en este ámbito posibilita algo socialmente positivo, una mayor efectividad, seguridad y calidad del trabajo realizado conjuntamente y una explotación del mismo. Esta situación contrae la enorme especialización que caracteriza nuestra sociedad en la actualidad tiene como consecuencias que cada uno sólo se pueda ocupar con garantías suficientes de un ámbito muy limitado¹¹⁵⁰.

Materializando lo anterior, en nuestro supuesto, existe una división de trabajo horizontal respecto entre todos los monitores que interactúan en el desarrollo del evento público, es decir, entre aquellos monitores que tenga el rango equivalente, respondiendo cada uno por su esfera responsabilidad, que en otras palabras será su autorresponsabilidad¹¹⁵¹ por el descuido de su deber de cuidado de vigilancia y de seguridad del evento¹¹⁵², por ejemplo, será imputado aquel monitor que dejó entrar a un espectador severamente alcoholizado y con síntomas de intoxicación etílica. Pero en nuestro caso será imputado el monitor que no delimitó debidamente su deber de cuidado sobre las personas (espectadores) al momento de desalojar el inmueble, en el supuesto de que le tocara desalojar a los espectadores al último y no al principio, provocando un avalancha humana por la no retención momentánea de la libertad ambulatoria de los espectadores para desalojar el inmueble.

Como este tipo de actividad es una interacción social compleja por la gran multitud de personas que se encuentran en el entorno social del evento público, por ello se puede realizar la actividad mediante la división del trabajo vertical y horizontalmente. La división de trabajo vertical al igual que en la división del

¹¹⁴⁸ MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., pág. 142.

¹¹⁴⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., págs. 54 y 55; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., pág. 124.

¹¹⁵⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., pág. 55.

¹¹⁵¹ *Vid.* REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 153; JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., pág. 219; POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 84 y 85; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., pág. 129.

¹¹⁵² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., págs. 50 y 51.

trabajo horizontal cumple un papel importante de relevancia jurídico-penal¹¹⁵³. El que ocupa la posesión superior (empresario) puede confiar en principio en que sus instrucciones serán seguidas y el que ocupa una posesión inferior (monitor) en que las instrucciones recibidas son correctas. Sin embargo, el principio de confianza no tiene la misma eficacia en sentido descendente o en sentido ascendente. La vigencia del principio de confianza es mucho más evidente para el que recibe órdenes, sobre todo cuando existen grandes desniveles en cuanto a la preparación, por ejemplo, relaciones entre médico y enfermera, entre arquitecto y albañil, entre empresario y monitor, etcétera. Aunque tiene un sentido inverso de responsabilidad cuanto menores sean la preparación y experiencia del subordinado, pues mayor será el deber de supervisión del superior y, correlativamente, menor será el alcance del principio de confianza, ya que no es lo mismo dar una instrucción a una enfermera con escasa experiencia que a un médico experimentado, aunque ambos ocupan una posesión subordinada¹¹⁵⁴.

Ahora bien, en nuestro supuesto, el empresario o el prestador del servicio del espectáculo es quien está obligado a adoptar las medidas de seguridad (art. 29. 1º)¹¹⁵⁵, limitar la entrada y salida del evento público (art. 29. 6º, letras e números 1º, 2º y 7º), restringir el acceso al público al escenario, con la excepción de que esté permitido y pueda seguir desarrollando la actividad del espectáculo (arts. 50. 7º, y 51. 20º), que los espectadores no sean demasiados, es decir, que no exista un exceso de aforo en el inmueble que sea un peligro para el espectador y el desarrollo del espectáculo (art. 51. 6º y 52. 4º), el ejercicio del derecho de admisión de forma igualitaria y homogénea (art. 51. 9º), contratar personal (monitores) para que ayude a labor de cuidado y vigilancia del evento público, aunque aquí es el punto del sentido inverso de la responsabilidad de la delegación de las funciones de cuidar y vigilar el desarrollo de las actividades del evento público, pues se obliga al empresario o prestador del servicio a que el personal que contrate para el efecto de llevar a cabo el espectáculo¹¹⁵⁶ debe contar con las

¹¹⁵³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., págs. 66 y 67, especialmente la nota al pie de página número 94; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, op. cit., págs. 47, 48 y 49.

¹¹⁵⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 625 y 627; POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., págs. 44 y 45; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación*, op. cit., págs. 387, 391 y 392; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., pág. 55.

¹¹⁵⁵ Todos estos artículos mencionados en este párrafo son artículos de la ley 14/2010, de 3 de diciembre, ley de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos.

¹¹⁵⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., pág. 69.

acreditaciones correspondiente¹¹⁵⁷, por ejemplo, prevención y combate de incendios, uso y manejo de extintores, primeros auxilios, control de derrames de materiales peligrosos, brigadas de evacuación y brigadas de búsqueda y rescate, etcétera, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente (art. 51. 20º) y el incumplimiento de las medidas de evacuación de las personas en los establecimientos públicos que disminuyan gravemente el grado de seguridad exigible para las personas y bienes (art. 52. 8º).

Sin ninguna duda el reverso de la limitación del deber del empresario versaría sobre las capacidades del monitor, aunque la normativa pide y exige que los monitores deben acreditar que tienen las capacidades y estudios necesarios para desarrollar dicha actividad, pero cuanto menores sean las preparaciones y experiencia del subordinado mayor será el deber de supervisión del superior (empresario), y por ello será menor el alcance de vigencia y de aplicabilidad del principio de confianza¹¹⁵⁸.

Por esta causa, en los supuestos de división de trabajo vertical el principio de confianza tiene un alcance limitado para el superior jerárquico (empresario), a diferencia de los supuestos de división de trabajo horizontal en los que existe una relación de igualdad¹¹⁵⁹ (entre los monitores). Por ello, el deber de cuidado con otra persona depende de la posesión que se ocupe en un colectivo y de los deberes de garantía que se derivan de dicha posición, por ejemplo, y en nuestro caso la norma de cuidado exige que el que da las instrucciones¹¹⁶⁰ vigile y controle la aplicación de las mismas o se asegure de que han sido bien entendidas, ya que del no seguimiento estricto de las mismas pueden derivar peligros, tanto para terceros (espectadores, monitores y personal del evento) como para el mismo que ejecuta las instrucciones (empresario). En el supuesto de una defectuosa actuación del subordinado se debe intervenir¹¹⁶¹, por ejemplo, en nuestro caso en concreto, determinando con exactitud el orden de desalojo de los espectadores por filas y asientos, para evitar una avalancha humana donde varios espectadores pueden perder la vida. Sin embargo, el alcance de dicha intervención depende de las circunstancias de cada caso en concreto, y bien

¹¹⁵⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 625; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., pág. 140.

¹¹⁵⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., pág. 55; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 608, 625 y 627; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., pág. 140.

¹¹⁵⁹ Vid. JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., págs. 219 y 220; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, op. cit., págs. 47 y 48.

¹¹⁶⁰ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 627; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., pág. 140.

¹¹⁶¹ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 254 y 255.

podría decirse que se trata de un juicio *ex-ante*¹¹⁶², ya que no es lo mismo la coordinación¹¹⁶³ de un gran evento público que de un evento público pequeño. Evidentemente, toda indicación defectuosa, imprecisa o incompleta a un subordinado supone ya una infracción del deber de cuidado, pues actúa como un instrumento de delimitación de la competencia¹¹⁶⁴. Por esta razón, en algunas profesiones se intenta normativizar lo más posible el campo de la interacción, mediante una serie de medidas de seguridad que se entienden como adecuadas para evitar los fallos en la comunicación, por ejemplo, en el ámbito médico llevar en orden el libro de visitas y la hoja del enfermo o dar las instrucciones de medicación o de tratamiento por escrito¹¹⁶⁵, y en nuestro caso en particular, sería un croquis de la puertas de entrada y salida, el desalojo en caso de emergencia, como también el itinerario del mapa o croquis de las entradas y salidas para movilizar a los espectadores para desalojar el inmueble de la manera más cuidadosa y diligente posible, evitando peligros para el espectador. En este supuesto el empresario o prestador del servicio del espectáculo tiene la obligación de la decisión general y final en sus manos para establecer el croquis e itinerario del desalojo de los espectadores, por lo que ostenta la responsabilidad general y final, debido a su posesión dentro de la interacción social del colectivo empresarial de prestador del servicio de espectáculos¹¹⁶⁶.

¹¹⁶² MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 149, 150, 151, 306, 318 y sigs. Especialmente página número 150. “La moderna teoría de la imputación objetiva...termina estableciendo una diferenciación entre los criterios destinados a valorar la conducta desde una perspectiva ex ante y los criterios destinados a valorar la relación entre la conducta y el resultado desde una perspectiva ex post. El resultado se imputa objetivamente a la conducta cuando ex ante se crea un riesgo jurídicamente desaprobado y ex post ese riesgo se realiza en el resultado lesivo. Los criterios tradicionalmente desarrollados para determinar el deber objetivo de cuidado en el marco del delito imprudente se incluyen, concretamente, en el primero de esos requisitos de imputación: la creación de un riesgo jurídico desaprobado”. Como también JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 626. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, op. cit., págs. 274 y sigs; BURKHARFT, Björn, “Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”, op. cit., págs. 153 y sigs.

¹¹⁶³ MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., pág. 140. Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 80; FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., págs. 208 y 209.

¹¹⁶⁴ Vid. PUPPE, Ingeborg, “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, op. cit., págs. 4 y 5.

¹¹⁶⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 625. Cfr. FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., págs. 463; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., pág. 56.

¹¹⁶⁶ FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., págs. 55 y 56; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 140 y sigs.

Para poder delimitar correctamente el campo de la interacción social entre el empresario y el monitor, se puede establecer por regla general¹¹⁶⁷ que las exigencias del deber de vigilancia¹¹⁶⁸ serán mayores cuanto menor sea la cualificación del personal auxiliar, y en este caso la misma normativa nos exige una adecuada cualificación del personal (art. 51. 20º, de la ley de espectáculos), incluso, en casos extremos como el señalado ni siquiera será suficiente intensificar el deber de vigilancia, como principio general, pues no se pueden delegar funciones sin ningún tipo de control previo en aquellas personas que no han demostrado estar capacitadas para desarrollarlas¹¹⁶⁹. Como tampoco se pueden delegar funciones en personas que carecen de capacidades para desempeñar dichas funciones. Sin embargo, en ciertos supuestos, el deber de cuidado exige precisamente verificar los conocimientos o capacidades de los interactuantes antes de encomendarles o delegar en ellos toda tarea que pueda resultar peligrosas para los bienes jurídicos de terceras personas¹¹⁷⁰, por ejemplo, en este caso en concreto el empresario debe de realizar y cerciorarse de las habilidades de los monitores, del itinerario de desalojo, del croquis de las entradas y salidas de evacuación, como también de la realización de simulacros de desalojo del inmueble, y por ello no puede confiarse ciegamente en la interacción de los monitores¹¹⁷¹, pues se exige al empresario un mínimo de desconfianza sobre la labor de sus monitores por el solo hecho de tratarse de una concurrencia de interacciones tan amplia que puede resultar catastrófico un riesgo y por esta causa es primordial la seguridad del evento público¹¹⁷². Se imputará el resultado al empresario por el hecho de no haberse cerciorado la cualidad y calidad del personal de los monitores o por no tener un plan de riesgos de contingencia en casos de peligros eminentes en la interacción social de espectáculo.

Aparentemente el principio de confianza parece que tiene más amplio el campo de aplicación en los supuestos de confianza en personas que no sólo están

¹¹⁶⁷ MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 119 y 120.

¹¹⁶⁸ MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., pág. 141, 142 y 143.

¹¹⁶⁹ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 625; PUPPE, Ingeborg, “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, op. cit., págs. 8 y 9.

¹¹⁷⁰ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 30; ID., “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”, op. cit., pág. 222.

¹¹⁷¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., págs. 67, 68 y 69; PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva*, op. cit., pág. 113; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 138, 139, 141 y 142. Cfr. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 13 y 14.

¹¹⁷² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., págs. 69 y 70.

dispuestas a respetar las normas sino que tienen especiales capacidades para cumplirlas, como en nuestro caso el monitor tiene especiales capacidades para cumplir y evitar¹¹⁷³ los riesgos emergentes; en estos supuestos el grado de confianza permitido puede depender de los conocimientos especiales sobre determinadas personas y sus capacidades, pues aquí el monitor tiene un deber de garante sobre el espectador, al igual que el riesgo permitido en un determinado supuesto depende de los conocimientos especiales como el factor del riesgo o sobre la especial peligrosidad de la situación concreta. Esto es especialmente transcendental en supuestos de la relación de la confianza o en supuestos de reparto de trabajo¹¹⁷⁴. Y en aquellos casos donde no exista un conocimiento especial en uno u otro sentido habrá que partir de capacidad estándar a no ser que existan deberes especiales de comprobación de las capacidades¹¹⁷⁵.

Por tanto, el reverso del juicio jurídico-penal del empresario será que el mismo cumplió con todas las medidas de seguridad, como también del desarrollo del plan de evacuación y haber contratado a personal más cualificado posible. En cambio, se imputará al monitor por no haber cumplido su deber de cuidado cabalmente en los casos en que no siguió al plan de evacuación y permitió la salida de las personas o espectadores antes del tiempo previsto o en su defecto no guió al personal por la salida que debía haberse utilizado de acuerdo con el plan de evacuación¹¹⁷⁶.

C) Imputación a la víctima

La teoría de la imputación objetiva normativiza el nexo causal delimitando los contornos mediante sus institutos, vectores y baremos objetivos, ya que cumple una función de limpiar el elemento ontológico y causal del hecho criminal, para determinar un juicio objetivo jurídicamente relevante. Por ello, la teoría de la conducta típica dialoga tanto con el autor como con la víctima. Y en ese diálogo intervienen sobre todo las argumentaciones relativas a por qué era

¹¹⁷³ PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva*, op. cit., pág. 114; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 137 y 142.

¹¹⁷⁴ MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 113, 114 y 370.

¹¹⁷⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, op. cit., pág. 68; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., pág. 174.

¹¹⁷⁶ JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., págs. 219 y 220; PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva*, op. cit., págs. 113 y 114; EAD., “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, op. cit., pág. 10; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 141 y 142. Desde la perspectiva patrimonial, OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, op. cit., pág. 1711. Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 80; FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., págs. 208 y 209.

jurídicamente exigible la admisión (o realización) de la conducta o bien su admisión como costa a cargo de la generalidad (y también de la víctima)¹¹⁷⁷.

A través de este capítulo he mencionado que la teoría de la imputación objetiva normativiza el nexo causal, y la imputación a la víctima no es la excepción de esta normativización, ya que se determina por el filtro del principio de autorresponsabilidad estableciendo un baremo normativo¹¹⁷⁸ de la libertad de actuación *versus* autorresponsabilidad de cada sujeto que interactúa en el mundo social, incluso se formula el binomio libertad de actuación/autorresponsabilidad, en pocas palabras esto se puede resumir de la siguiente manera: cada quien es responsable de su interacción social en el mundo social¹¹⁷⁹.

Como se puede entender lo anterior, la libertad es la condición de la realización personal, por ello, la libertad es sinónimo de autodeterminación, o mejor dicho, de auto-administración que se materializa con la gestión de la auto-organización de la vida social, sin olvidar que esa libertad está delimitada por el rol social de persona en derecho que se materializa en los derechos y deberes que contrae la persona en las interacciones sociales, teniendo un deber universal de no dañar a nadie, y este deber se puede definir como un deber negativo de no

¹¹⁷⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Estudio preliminar. La teoría de la imputación objetiva. Algunas consideraciones sobre sus orígenes y su futuro”, en Wolfgang FRISCH, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, traducción del alemán por Ivó COCA VILA, Editorial Atelier, Barcelona, 2015, pág. 21.

¹¹⁷⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel, “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. Imputación a la víctima”, RDPC, número 2, 2ª época, Madrid, 1998, pág. 80. Como también SCHÜNEMANN, Bernd, “Sistema del Derecho penal y victimodogmática”, traducción del alemán por Mariana SACHER, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, págs. 165, 166 y 170.

¹¹⁷⁹ *Vid.* CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª edic, Editorial J.Mª. Bosch, Barcelona, 2001, págs. 277 y sigs; POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*, op. cit., págs. 83 y 116; ID., “Homicidio y asesinato”, op. cit., pág. 43; ID., “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 82 y 83; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, Editorial Ángel editor, México, D.F., 2002, págs. 197, 223 y sigs; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 271, 272, 618 y 619; ZACZYK, Rainer, “Injusto jurídico-penal o autolesión autorresponsable”, traducción del alemán por Nuria PASTOR MUÑOZ, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT / Nathalia Elena BAUTISTA PIZARRO / José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS (Compiladores), *Libertad, Derecho y fundamentación de la pena*, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág. 273; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 90; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 106; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 89 y 92; FRISCH, Wolfgang, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, traducción del alemán por Ivó COCA VILA, y estudio preliminar de Ricardo ROBLES PLANAS, Editorial Atelier, Barcelona, 2015, págs. 71, 74 y 81; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., págs. 54 y 55. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Instituciones de Derecho penal*, Editorial Ángel editor, México, D.F., 2001, págs. 84 y sigs.

lesionar las esferas privadas de ningún ciudadano que interactúa en el mundo social¹¹⁸⁰.

El principio de autorresponsabilidad se presenta como un criterio normativo y objetivo de la máxima *neminem laedere*, que contribuye a delimitar el alcance del deber negativo de no dañar a otro. Por ejemplo, en este caso de la imputación de la víctima, donde existe un deber universal de no lesionar, dañar o menoscabar a un tercero, este principio ayudará a determinar qué es lo que forma parte del propio ámbito de actuación y a excluir lo que forma parte del ámbito de actuación de la propia víctima o de un tercero. Y de esta forma se obtiene un criterio de imputación o valoración basada directamente en la conducta de los terceros o de la misma víctima, ya que la realización de un delito o de un hecho criminal es una interacción anómala de las interacciones sociales. Ahora bien, se afirma que esta interpretación es la que justifica el reconocimiento de un principio de autorresponsabilidad distinto de un principio general de responsabilidad¹¹⁸¹.

El principio de autorresponsabilidad se encuentra fundamentado en la Constitución española, en su artículo 10.1¹¹⁸², que establece “el libre desarrollo de la personalidad” como fundamento de la organización de las interacciones

¹¹⁸⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 90 y sigs; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 106 y sigs; POLAINO-ORTS Miguel, “Efectos de la autolesión en actividades de riesgo”, en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial Flores editores, México, D.F., 2009, págs. 108, 148 y 149; POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Autodeterminación personal y libertad. Implicaciones jurídico-penales”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS / José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO / Juan C. GEMIGNANI, *en Legitimación del Derecho penal*, Editorial Ara, Lima, 2012, págs. 92 y sigs; POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*, op. cit., págs. 82 y sigs. Como también, JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 37; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 89, 90 y 91; PAWLIK, Michael, “Delito y pena en el Derecho penal del ciudadano”, traducción del alemán por Nuria PASTOR MUÑOZ, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ / Ricardo ROBLES PLANAS / Nuria PASTOR MUÑOZ (Directores), *Ciudadano y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y delito en un estudio de libertades*, Editorial Atelier, Barcelona, 2016, págs. 33 y sigs.; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., págs. 166 y sigs, 228 y 229. Cfr. COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., págs. 57 y 59.

¹¹⁸¹ MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 250, 379, 401 y 402. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Instituciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 84, 85, 86 y 87.

¹¹⁸² En mi opinión, y por analogía el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es el presupuesto de la autorresponsabilidad, sin embargo, no lo reconoce como tal pero es el fundamento principal de las garantías individuales que goza cualquiera persona que se encuentra en el territorio nacional. Este artículo establece lo siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece... cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los Derechos y libertades de las personas”.

sociales, ya que no se puede comprender fuera de nuestro sistema social en el que se consagra implícitamente una noción del ciudadano como sujeto autónomo que gestiona su esfera de libertad de actuación para realizar las interacciones sociales adecuadas a derecho¹¹⁸³. Este genérico atributo de autonomía a cada sujeto social, con su correlativo inverso del principio de responsabilidad que ésta conlleva, al titular de los bienes jurídicos personales debe atribuírsele una posición especial. Pues el titular de los bienes jurídicos puede gestionar sacrificando sus bienes jurídicos para realizar las interacciones sociales, pero sólo son permitidos aquellos riesgos permitidos o socialmente tolerables por el Derecho penal¹¹⁸⁴. Sin embargo, el Derecho penal puede sancionar o no sancionar las intervenciones de terceros en actividades autolesivas o incriminada de modo excepcional por las normas especiales (extra-penales)¹¹⁸⁵, y queda la libertad de actuación del titular de esos bienes para configurar su actividad vital de tal modo que se genere un riesgo para sus propios bienes. Es decir, en el ejercicio de la libertad de organización arriesgada, será también el titular quien deba asumir de modo preferente los daños que puedan derivarse de dicha gestión¹¹⁸⁶. La especial relación que une al titular con sus bienes respecto de terceros debe establecerse cuando junto al titular intervenga otro sujeto, en el que nadie puede responder antes que el titular de los daños que se puedan generar. En sentido contrario implicaría privar al titular de su libertad de organización e imponer a los demás un deber de tutela que no está formulado de modo expreso en la normativa. Por ello, el principio de autorresponsabilidad consiste en el reconocimiento de la libertad de organización y correlativamente en la atribución de una responsabilidad preferente al titular de los bienes jurídicos¹¹⁸⁷.

¹¹⁸³ Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 83.

¹¹⁸⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. Imputación a la víctima”, op. cit., págs. 82, 94, y sigs. Como también, JAKOBS, Günther, “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, op. cit., pág. 16; ID., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 289; ID., *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 34 y sigs.; aunque JAKOBS en su manual de parte general lo fundamenta con el consentimiento de la víctima; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Instituciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 88 y 89; POLAINO-ORTS Miguel, “Efectos de la autolesión en actividades de riesgo”, op. cit., pág. 107; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., pág. 375; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., págs. 195 y sigs, 229. Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, “Sistema del Derecho penal y victimodogmática”, op. cit., págs. 170 y 171.

¹¹⁸⁵ Vid. CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 96; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., pág. 188.

¹¹⁸⁶ JAKOBS, Günther, “La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 395; ID., *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 36.

¹¹⁸⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. Imputación a la víctima”, op. cit., págs. 78 y 79; ID., *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 90 y sigs; ID., *Conducta de la víctima e imputación objetiva*

La imputación a la víctima, en palabras de Manuel CANCIO MELIÁ¹¹⁸⁸, opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico emprende conjuntamente con otro (autor) una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico. La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferentemente de la víctima, en la medida en que, en primer lugar, la actividad permanezca en el ámbito de la organización conjuntamente por autor y víctima, en segundo lugar, la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada autor-responsable, y finalmente, en tercer lugar, el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima¹¹⁸⁹.

En nuestro objeto de análisis del injusto del secuestro, bien podría ser imputada la víctima en un supuesto de auto-secuestro¹¹⁹⁰, sin embargo, para determinar la imputación de la víctima debemos analizar este supuesto fáctico con el objeto de examinar la cuestión desde la perspectiva de la imputación a la víctima para poder determinar adecuadamente el juicio jurídico penal de la imputación objetiva¹¹⁹¹.

En un supuesto de auto-secuestro existe una interacción entre la víctima y el autor para realizar el injusto¹¹⁹² de auto-secuestro, que viene a determinar la organización conjunta de dicha gestión contraria a la norma y al deber negativo de no secuestrar o lesionar a terceros. El objeto de la imputación en el ámbito de la responsabilidad de la víctima es que la actividad de un auto-secuestro es una actividad arriesgada que vulnera el umbral del riesgo permitido¹¹⁹³ por ser una conducta anti-social de efectos de zozobra social (hablando criminológicamente), sin embargo, la organización de este tipo de injusto es conjunta entre autor y la víctima. Esta organización conjunta no debe entenderse en un sentido literal de una actividad común entre la víctima y el autor (secuestrador) que se requieren para la realización delictiva, que no debe mal interpretarse con la coautoría, aportaciones de hechos de cierta relevancia. Debe interpretarse la interacción entre la víctima y autor como un acto de comunicación que está poniendo en duda o en jaque la vigencia de la norma, pues la vigencia de la norma en su variante contra-fáctica establece la comunicación adecuada con la ciudadanía, ya

en Derecho penal, op. cit., págs. 286 y sigs; POLAINO-ORTS Miguel, “Efectos de la autolesión en actividades de riesgo”, op. cit., págs. 148 y 149.

¹¹⁸⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel, “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. Imputación a la víctima”, op. cit., págs. 80 y 81; ID., *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 92.

¹¹⁸⁹ Vid. CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 86 y 91.

¹¹⁹⁰ Vid. *supra* capítulo II inciso III Morfología del secuestro, letra E) auto-secuestro. Para mayor profundidad sobre la tipología, morfología y criminalidad del auto-secuestro.

¹¹⁹¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Instituciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 92.

¹¹⁹² Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Instituciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 76.

¹¹⁹³ Vid. CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 87 y 97.

que comunica que los ciudadanos dejen de hacer u omitan determinadas conductas, incluida la ejecución directa de la actividad generadora del riesgo. Por ello, tampoco es relevante el aspecto interno de la víctima y del autor¹¹⁹⁴. La interacción entre la víctima y autor crea un contexto común de un mismo significado objetivo, este significado objetivo se determina conforme a patrones normativos¹¹⁹⁵, pues sólo son conjuntos aquellos aspectos de la organización que se presentan como un elemento inherente a la actividad elegida por la víctima, y en este caso la víctima es la que decide si se realiza el supuesto del auto-secuestro. Esta situación implica que ningún sujeto puede distanciarse de los riesgos implícitos en una actividad suya que pone en peligro sus bienes sin ser auto-contradictorio con la vigencia de la norma y sin que se ponga en duda su autorresponsabilidad¹¹⁹⁶. Esto nos lleva al punto nuclear de este instituto de la imputación a la víctima, a la hora de concretar cuándo la actividad conjunta de la víctima le es imputable y en qué medida el contacto puede ser definido por la víctima de modo unilateral como inocuo o relevante; sin embargo, en este supuesto por la relevancia jurídico penal y de la calidad del bien jurídico personal no puede ser renunciable de esta manera tan simple, pues un bien jurídico de relevancia para las interacciones sociales puede ser menoscabado pero no de esta forma para cometer un injusto, que está prohibido por la norma y vulnera el riesgo permitido¹¹⁹⁷, aunque es el autor el que puede instrumentalizar a través de su organización a la víctima y determinar a partir de qué punto la organización conjunta abandona esa esfera y obtiene un significado objetivo autónomo independiente del arbitrio de los intervinientes¹¹⁹⁸.

El injusto penal tiene un fundamento material en el que se enmarcan la esfera del autor y de la misma manera la esfera de la víctima. Por ello, la ley no tiene una existencia independiente frente a este fundamento material, sino que es la forma expresada de manera general de la relación interpersonal ya establecida en esta relación. Así pues, en sentido contrario a la concepción que en la actualidad suele predominar, según la cual el injusto es la infracción de la norma,

¹¹⁹⁴ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 37. Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd, “Sistema del Derecho penal y victimodogmática”, op. cit., págs. 171 y 172; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., pág. 378.

¹¹⁹⁵ Vid. COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., pág. 54; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 88.

¹¹⁹⁶ En una postura equivalente PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva*, op. cit., pág. 148.

¹¹⁹⁷ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 294; ID., “La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte”, op. cit., pág. 411; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., pág. 178; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., pág. 379.

¹¹⁹⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel, “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. Imputación a la víctima”, op. cit., págs. 89 y 90; ID., *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 92, 94 y 95. Como también, CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 87.

lo decisivo para la afirmación de la concurrencia del injusto es su aspecto material, la lesión de la libertad ajena¹¹⁹⁹.

El punto de partida para un adecuado juicio de imputación a la víctima está en el criterio del ordenamiento que establece las reglas conforme a las cuales los ciudadanos son tratados como iguales y responsables, y de ahí que la relevancia en este contexto de igualdad y responsabilidad característica inherente de la responsabilidad de la víctima sea introducida en el contexto de la interacción del juicio de la imputación¹²⁰⁰, de forma que la imagen de la víctima en este contexto de una interacción conjunta con el autor puede influir en la valoración de la conducta de éste¹²⁰¹.

Por lo general, la gestión de la imputación a la víctima es impune porque quien conlleva la lesión o el menoscabo es la misma víctima y es intrascendente para el Derecho penal castigar algo que es una autolesión del mismo titular del bien jurídico¹²⁰², aunque existen ámbitos en los que, a pesar de concurrir varios sujetos autores responsables en una actividad arriesgada¹²⁰³, el ordenamiento del sector en cuestión establece reglas especiales conforme a las cuales a uno de esos sujetos corresponde una especial obligación de tutela frente a los demás intervinientes en esa actividad. Se trata de supuestos en los que una razón normativa específica desplaza al principio de autorresponsabilidad y sus consecuencias dogmáticas, por ejemplo, en el ámbito de las relaciones laborales, en que el ordenamiento obliga medidas de seguridad para los empleados con la intención de prevenir imprudentes autolesiones de los trabajadores¹²⁰⁴. De manera análoga la legislación mexicana anti-secuestro, en la ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la

¹¹⁹⁹ ZACZYK, Rainer, “Injusto jurídico-penal o autolesión autorresponsable”, op. cit., pág. 274.

¹²⁰⁰ Vid. COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., pág. 55; ZACZYK, Rainer, “Injusto jurídico-penal o autolesión autorresponsable”, op. cit., pág. 274. Cfr. FRISCH, Wolfgang, “Ejemplificación del cambio de perspectiva en la discusión sobre la autopuesta en peligro. Líneas básicas de una teoría de la conducta típica a la vista de la posible conducta de la víctima”, traducción del alemán por Beatriz DE LA GÁNDARA VALLEJO, en Enrique BACIGALUPO (Dir.), supervisor y coordinador de la traducción Arturo VENTURA PÜSCHEL, *Tipo penal e imputación objetiva*, Editorial Colex, Madrid, 1995, pág. 125.

¹²⁰¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. Imputación a la víctima”, op. cit., pág. 91; ID., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., págs. 356 y sigs.

¹²⁰² Vid. JAKOBS, Günther, “La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte”, op. cit., pág. 412; PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva*, op. cit., pág. 136; POLAINO-ORTS Miguel, “Efectos de la autolesión en actividades de riesgo”, op. cit., págs. 101, 105 y 107; ZACZYK, Rainer, “Injusto jurídico-penal o autolesión autorresponsable”, op. cit., pág. 276; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 96.

¹²⁰³ Vid. JAKOBS, Günther, “La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte”, op. cit., pág. 396.

¹²⁰⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. Imputación a la víctima”, op. cit., pág. 92; ID., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., págs. 312 y sigs.

fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tipifica en injusto de auto-secuestro en los artículos 13 y 14 del ordenamiento citado, sancionado penalmente la simulación de la privación de la libertad de cualquier sujeto. Por ello, podrá decirse que la gestión de la víctima es incorrecta y debe ser sancionado penalmente porque su autorresponsabilidad es totalmente incorrecta, es decir, un desvío normativo de la libertad de actuación sobre las interacciones sociales que defrauda la expectativa normativa del auto-secuestro o la simulación del secuestro, ya que existe una ley especial que sanciona penalmente la simulación del secuestro¹²⁰⁵. Ahora bien, si se sanciona la simulación del secuestro y a la víctima supuesta que simule estar secuestrada, también se sancionará al partícipe o autor del auto-secuestro, pues la víctima es la que simula estar secuestrada¹²⁰⁶.

En este sentido, el factor normativo de la autorresponsabilidad de la víctima añade un dato adicional y diferente al juicio de la imputación. En el supuesto del auto-secuestro existe la relación con base en el hecho de que muchos de los supuestos en los que se plantea la cuestión de la relevancia de la conducta de la supuesta víctima constituyen de modo evidente conductas que en principio, de no concurrir dicha conducta de la víctima, estaríamos en el ámbito típico del injusto del secuestro en su modalidad común o básica, pero como se ve afectado un tercero a quien coaccionan para obtener un beneficio de cualquier índole (económico), que no interviene en la interacción delictiva (un sujeto no responsable), nadie dudaría de que la correspondiente conducta debería ser considerada típica¹²⁰⁷ y sancionada penalmente¹²⁰⁸ por su relevancia anti-social¹²⁰⁹.

Lo anterior quiere decir que, en el caso de la supuesta lesión de la privación de la libertad, la víctima (supuesta) crea una especial unidad entre voluntad, acción y resultado. Ciertamente, el resultado está configurado de tal manera que externamente equivale al resultado descrito por el tipo penal. Claro

¹²⁰⁵ Vid. JAKOBS, Günther, “La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte”, op. cit., pág. 399; PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva*. op. cit., pág. 142; POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 83; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., págs. 54 y 57.

¹²⁰⁶ Vid. JAKOBS, Günther, “La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte”, op. cit., págs. 397 y 399; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., págs. 286 y 287.

¹²⁰⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. Imputación a la víctima”, op. cit., pág. 93; ID., *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 89. Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., págs. 344 y sigs; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Instituciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 78, 79, 82 y 93; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 271, 272, 618 y 619.

¹²⁰⁸ Cfr. POLAINO-ORTS Miguel, “Efectos de la autolesión en actividades de riesgo”, op. cit., pág. 148; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 87.

¹²⁰⁹ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 290. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Instituciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 83.

que, a diferencia de lo que ocurre en este último, ha sido la misma víctima quien ha realizado la acción que conduce a la lesión y también ha creado por sí misma la voluntad de auto lesionarse. En este caso se puede ver que existe una vinculación, creada por quien actúa, entre voluntad, acción y resultado. Quien actúa es el centro de la acción y su meta, el resultado es la voluntad puesta por el obrar. Es preciso establecer este vínculo general por la misma víctima que impide concebir la contribución de otro a esta acción como una contribución que lesiona la libertad, desde una perspectiva jurídica, y, con ello, como injusto penal. Siempre que se pregunte por la posibilidad de influir desde fuera en este vínculo, la unidad de este último se ha de encontrar siempre en un primer plano. Esto quiere decir que siempre se debe tomar en cuenta la consideración del vínculo que se crea mediante la realización de la acción y el resultado que se ha ocasionado¹²¹⁰.

Por último, conviene señalar que el auto-secuestro es interactuado u organizado en aquellos casos en los que el resultado es consecuencia tanto de la conducta típica del autor como de una conducta inadecuada de la víctima, y puede determinarse como un supuesto de conflicto de conductas, en que podría disminuirse la responsabilidad del autor, introduciéndose una regla específica¹²¹¹ de responsabilidad jurídica atenuante de la conducta del autor¹²¹², porque la víctima del supuesto acto del secuestro es quien gestiona la autolesión¹²¹³, si bien los intervinientes han de ser sancionados en tanto exista normativa especial que tipifica dicha conducta contraria al derecho.

En el supuesto del auto-secuestro puede suscitarse que la víctima sea autor y víctima, y tal caso debe analizarse igual que en el anterior supuesto del auto-secuestro donde existe dos interactuantes, pero en este caso sólo existe uno, esto es, debe estudiarse la imputación a la víctima con la correspondiente falta de imputación del comportamiento del autor, y para poder determinar un juicio¹²¹⁴ de imputación objetiva adecuado debe superarse la perspectiva unilateral del autor para situarse en el plano superior de la interacción entre víctima y autor. Y

¹²¹⁰ ZACZYK, Rainer, “Injusto jurídico-penal o autolesión autorresponsable”, op. cit., págs. 276 y 277. Cfr. PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva*, op. cit., págs. 144 y 145; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Instituciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 82; MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., págs. 388 y 389.

¹²¹¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. Imputación a la víctima”, op. cit., pág. 99.

¹²¹² Vid. JAKOBS, Günther, “La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte”, op. cit., págs. 401 y 410; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Instituciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 83 y 84. Cfr. FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., pág. 169.

¹²¹³ Vid. POLAINO-ORTS Miguel, “Efectos de la autolesión en actividades de riesgo”, op. cit., pág. 148; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*. op. cit., pág. 87.

¹²¹⁴ Vid. ZACZYK, Rainer, “Injusto jurídico-penal o autolesión autorresponsable”, op. cit., pág. 275.

si se aplican criterios materiales distintos parece ser conveniente reconocer “*qui bene distinguet, bene iudicat*”¹²¹⁵.

Lo anterior deriva desde la perspectiva de la Legislación mexicana, pero dentro del ordenamiento penal español no existe tipificación de la simulación del secuestro (auto-secuestro), sin embargo, existe un precepto punitivo que sanciona la simulación de cualquier delito ante la autoridad, el artículo 457 del Código penal, por lo que podrá ser imputado la víctima del auto-secuestro por simulación de delito, que es sancionada con multa de dos a seis meses.

Menciona Günther JAKOBS¹²¹⁶ en este instituto de la imputación objetiva que, en un secuestro realizado por unos terroristas que secuestran a los hijos de una familia con la amenaza de matarlos si el padre no se suicida, son autores mediatos¹²¹⁷ los secuestradores por el suicidio del padre de familia, ya que el mismo está siendo coaccionado y podría considerarse casi-justificado el padre que se produce la auto-muerte. Esto quiere decir que no es requisito necesario que la víctima actúa exclusivamente en protección de intereses propios; también la persona que sacrifica bienes propios para resolver una necesidad ajena, esto es, se autolesiona a favor de otro, actúa de modo racional, mientras el sacrificio no disminuya de modo evidente la utilidad global, y tampoco aquí es preciso que quede un saldo de intereses considerable¹²¹⁸. Bien es cierto que el altruismo siempre supone una disminución para los intereses del donante, pero puede conllevar un incremento para los intereses del conjunto. Sin embargo, el hecho de que no pueda compensarse recíprocamente el valor de varias vidas no significa que toda decisión propia de sacrificar la vida sea irracional. Para determinar el límite¹²¹⁹ de lo racional y de lo irracional en este ámbito de manera totalmente análoga al límite entre conocimiento y desconocimiento del instrumento que yerra acerca de la lesión, deben ponderarse exclusivamente intereses terrenales. Es un hecho que de acuerdo con las categorías terrenales es irracional sacrificar la vida por la salvación de las almas.

D) Principio de prohibición de regreso

1. Fundamentación

El ejercicio del rol social es una garantía para el gestor del mismo rol social que blinda el ejercicio del rol social al cumplir con las expectativas

¹²¹⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel, “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. Imputación a la víctima”, op. cit., pág. 95; ID., *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 94 y sigs.

¹²¹⁶ JAKOBS, Günther, “La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte”, op. cit., pág. 408.

¹²¹⁷ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 299.

¹²¹⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., págs. 209 y sigs.

¹²¹⁹ Vid. COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., pág. 58.

sociales que se encuentran en interacción¹²²⁰. Por ello, la imputación jurídico-penal es el reverso, lo contrario, al cumplimiento del rol social, es decir, el desvío, desliz del rol social, y por eso la infracción penal por la defraudación de la expectativa normativa que se materializa en las interacciones sociales. El principio de prohibición de regreso, planteado en la moderna teoría de la imputación objetiva¹²²¹ sobre todo por Günther JAKOBS¹²²² y sus seguidores¹²²³,

¹²²⁰ Vid. *supra* II. El punto de partida de la teoría de los roles sociales en adelante de este mismo capítulo.

¹²²¹ Vid. JAKOBS, Günther, “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 241 y sigs; especialmente véase la página 257. Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito. Fundamento y límites*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 92 y 93; MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, págs. 79 y sigs; RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, *¿Participación por omisión?. Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Editorial Atelier, Barcelona, 2013, págs. 116 y sigs.

¹²²² Se ha señalado que Günther JAKOBS ha reformulado la teoría de la prohibición de regreso: “partiendo del principio de la irresponsabilidad” por los hechos de terceros, y la exclusiva responsabilidad sobre hechos propios, JAKOBS considera que no existe participación cuando una conducta pasa a ser lesiva sólo por la transformación que un tercero hace de sus consecuencias, es decir, es preciso diferenciar entre supuestos en los que alguien realiza un tipo de participación, y los supuestos en los que se crea una situación en la que otros realizan un delito; y además considera que la problemática de la que se ocupa la “prohibición de regreso” tiene plena actualidad: en la vida actual, debido a la estrecha interrelación de la vida en sociedad, cualquiera puede “estirar” o aprovechar de la conducta correcta de otros para cometer hechos típicos, dándole un sentido delictivo a la conducta de otro del que carecía”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., págs. 55 y 56; ID., *Límites de la participación criminal. ¿Existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal?*, Editorial Comares, Granada, 1998, págs. 48 y 49. Sobre la tesis de Günther JAKOBS, véase ID., “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, op. cit., págs. 241 y sigs; ID., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 257 y sigs; ID., *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 85, 86, 88, 95 y 96. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso”, *CPC*, número 106, Madrid, 2012, págs. 97 y sigs.

¹²²³ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 81 y sigs; ID., “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, en Enrique DÍAZ ARANDA / Manuel CANCIO MELIÁ, *Imputación ¿objetiva? ¡Normativa! del resultado a la conducta. Bases teórico-prácticas para la solución de casos complejos. Guardería ABC, new’s divine, casino royal, lobohombo, contergan, etc.*, Editorial Flores editores, México D.F., 2013, págs. 156 y sigs; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., págs. 55 y sigs; CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., págs. 163 y sigs; ID., *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudio de Derecho penal funcionalista*, Editorial Ara, Lima, 2010, págs. 21 y sigs; CARO JOHN, José Antonio / POLAINO-ORTS, Miguel, “Neutralidad y acción en Derecho penal. Consecuencias dogmáticas”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS / José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO / Juan C. GEMIGNANI, *Legitimación del Derecho penal*, Editorial Ara, Lima, 2012, págs. 111 y sigs; GARCÍA CAVERO, Percy, “La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de

ha sido en el mismo contexto reformulado por Wolfgang FRISCH¹²²⁴. Estos dos autores han aportado grandes contribuciones dogmáticas a la teoría de la prohibición de regreso, de hecho se podría decir que los aportes de estos autores constituyen hoy en día la base de la moderna teoría de la prohibición de regreso, que se extiende más allá de los límites tradicionales, pero que también restringe los beneficios que ofrecía la teoría tradicional de la prohibición de regreso (elaborada por FRANK)¹²²⁵, especialmente cuando el que favorece, facilita o motiva la actividad de un tercero tiene una posición de garantía. Para estos autores, el garante ya no puede recurrir a la “prohibición de regreso” si se dan los requisitos de la comisión por omisión¹²²⁶.

La hipótesis que plantea la prohibición de regreso en la moderna teoría de la imputación objetiva es: ¿puede imputarse a alguien por participante en un injusto aunque este ejerciendo su rol social? Éste es el punto medular de la teoría de la prohibición de regreso, que se puede representar de la siguiente manera: un sujeto realiza una conducta en ejercicio y en funciones de su rol social y en ese sentido se dice que su conducta es neutral o estereotipada -en términos *jakobsianos*- pero sucede que otro sujeto emplea esa conducta en su beneficio concediéndole un sentido delictivo, es decir, en un plan delictivo. La hipótesis que se plantea en esta figura normativa de prohibición de regreso y de filtro de la responsabilidad jurídico-penal es: ¿mantiene la conducta de quien ejerce el rol su originario sentido neutral (adecuado al rol social, socialmente inocuo) o pierde ese sentido pasando a ser un comportamiento teñido de sentido delictivo?¹²²⁷.

Perú”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS / José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO / Juan C. GEMIGNANI, *Legitimación del Derecho penal*, Editorial Ara, Lima, 2012, págs. 187 y sigs; GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS / José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO / Juan C. GEMIGNANI, *Legitimación del Derecho penal*, Editorial Ara, Lima, 2012, págs. 228 y sigs; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., págs. 52 y 53 (aunque últimamente crítico con la posturas jakobsianas).

¹²²⁴ Vid. FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., págs. 249 y sigs; ID., *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, op. cit., pág. 80.

¹²²⁵ Vid. CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, op. cit., págs. 49 y sigs; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., págs. 33 y sigs; ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito. Fundamento y límites*, op. cit., págs. 82 y sigs; COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, op. cit., págs. 50, 51 y 52.

¹²²⁶ FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., pág. 55; ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Editorial Atelier, Barcelona, 2007, págs. 84 y sigs. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso”, op. cit., págs. 100-103, 110 y sigs.

¹²²⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., pág. 45; ID., “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 94 y 95; ID., “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcional”, op. cit., pág. 70; CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, op. cit., págs. 52 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 93

En los últimos años la doctrina ha abundando sobre este tema, en particular sobre la neutralidad de ciertas conductas que bien pueden ser subsumibles en tipos penales por participación criminal pero han quedado al margen de la intervención delictiva y penal, por tratarse de conductas neutrales y adecuadas al desarrollo de la vida cotidiana¹²²⁸. Por ejemplo se discuten casos como el del ferretero que vende un destornillador a un cliente, de quien casualmente conoce su intención de servirse de él para cometer un robo; o un panadero que vende panecillos a sabiendas de que el cliente pretende envenenarlos y servirselos a su mujer; o el famoso caso del taxista peruano que transporta a los rateros al lugar del robo, del taxista que transporta a uno de los secuestradores que van a recoger el botín del rescate por el secuestro, o del taxista que transporta al asesino al lugar del hecho criminal, etcétera¹²²⁹. Todas estas conductas contribuyen al delito cometido por el autor. Sin embargo, el punto de la discusión actual de la dogmática jurídico penal es diverso, y aunque no hay una unanimidad de criterios casi todas llevan a la conclusión de que estamos ante una conducta neutral o estereotipada, ya se siga la postura aquí fundamentada del rol social como el haz de derechos y deberes, la del contenido del sentido del autor¹²³⁰, o la de las actividades profesionales¹²³¹, pues todas llegan a un punto de unión en que el ferretero, el panadero y el taxista realizan acciones sociales útiles de la interacción social o mejor dicho del contexto social¹²³², cotidiano pero que, en principio, son inofensivas e inocuas, pese a que pueden ser incorporadas al plan delictivo del autor. La imputación o no de dichas conductas ha generado una revolución dogmática de un constante debate y contra-debate, que constituye uno de los temas más candentes en la actualidad jurídico-penal¹²³³.

La relevancia jurídico-penal de las conductas neutrales se puede observar mediante una exposición transversal de aquellos delitos en los que se discute de manera específica la punibilidad por la cooperación de las acciones que suponen

y 94; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 109, 110 y 111. Como también, TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma”, op. cit., pág. 385.

¹²²⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, *Jueces para la democracia*, número 81, Madrid, 2014, pág. 68.

¹²²⁹ Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., pág. 46.

¹²³⁰ Vid. FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., págs. 249 y sigs; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 86; ID., “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., págs. 158 y 159.

¹²³¹ Vid. ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito. Fundamento y límites*, op. cit., págs. 97 y sigs; CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, op. cit., págs. 25, 26, 101 y 102.

¹²³² Vid. GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, op. cit., pág. 231.

¹²³³ BLANCO CORDERO, Isidoro, “Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado”, en Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª. edic, Editorial La Ley, Madrid, 2011, págs. 857 y 859. Cfr. OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, op. cit., págs. 1707, 1708 y 1710.

una contribución causal al hecho antijurídico del autor¹²³⁴. He aquí un punto medular de la contribución de las conductas neutrales.

Paradójicamente el campo de las conductas neutrales es amplio y conlleva una problemática de origen, ya que no se reduce exclusivamente a los tipos penales de participación, sino que también se plantea en el marco de la autoría de determinados delitos. Realmente se trata de una cuestión de carácter general que puede aparecer prácticamente en cualquier figura delictiva, y es consecuencia de la aplicación de los desarrollos dogmáticos a las nuevas tipificaciones, de la mano de la teoría de la imputación objetiva. Estas tendencias de reciente aparición ponen de manifiesto la relevancia de la determinación de la autoría en delitos como el encubrimiento (art. 451 CPE), el blanqueo de capitales (art. 301 CPE), los delitos cometidos a través de los medios de comunicación en masa (art. 30 CPE), y sobre todo la omisión del deber de socorro de impedir determinados delitos (art. 450 CPE)¹²³⁵. El último presenta un punto interesante de analizar en este contexto de las conductas neutrales¹²³⁶.

A continuación relacionaré una serie de casos que han sido resueltos dogmática o jurisprudencialmente en el ámbito de la prohibición de regreso, con referencia a supuestos del injusto del secuestro.

2. Casos de prohibición de regreso en el secuestro

Los casos que son aplicables en el delito del secuestro correspondiente a la teoría de la prohibición de regreso son diversos, habiéndose planteado, por ejemplo, el caso de la lavandera y el caso del taxista, el primero referente al injusto de secuestro y el segundo al delito de robo aun pudiendo matizarse en relación con el secuestro; así como el secuestro de un avión comercial¹²³⁷ y el de amenazas a Magistrados para dicten sentencia contra un grupo de terroristas¹²³⁸.

¹²³⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro, “Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado”, op. cit., pág. 859. Como también véase JAKOBS, Günther, “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, op. cit., pág. 265; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, op. cit., págs. 68 y 69; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., pág. 63; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Prólogo”, en ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito. Fundamento y límites*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 10; SANZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones sobre la Ciencia del Derecho penal y su método”, op. cit., pág. 658.

¹²³⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices*, op. cit., págs. 102 y 103; BLANCO CORDERO, Isidoro, “Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado”, op. cit., págs. 860 y 861.

¹²³⁶ Vid. ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices*, op. cit., págs. 85 y sigs. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso”, op. cit., pág. 101.

¹²³⁷ Vid. ROXIN, Claus, “Observaciones sobre la prohibición de regreso”, traducción del alemán por Marcelo A. SANCINETTI, en Wolfgang NAUCKE / Harro OTTO / Günther JAKOBS / Claus ROXIN, *La prohibición de regreso en Derecho penal*, traducción por Manuel CANCIO MELIÁ / Marcelo A. SANCINETTI, Colección de estudios número 11, Centro de investigaciones

Por ejemplo, unos secuestrados se apoderan ilícitamente de una aeronave y exigen a un Estado determinado la liberación de un preso que está siendo enjuiciado en su país a cambio de la liberación de los pasajeros y tributantes, pero a pesar de las amenazas el Estado no accede a las exigencias de los secuestradores, que llegan a grabar la ejecución de 3 rehenes para coaccionar al Estado de la veracidad de la amenaza a fin de lograr sus objetivos. El Estado realiza un operativo de rescate con la finalidad de liberar a los rehenes, pero sin acceder a la liberación de un miembro colaborador de la organización ni al recargo de combustible de la aeronave. Este es el punto del dilema de la teoría de la prohibición de regreso, la desvinculación de la actividad delictiva de los secuestradores con los demás sujetos que interactúan durante y después de la comisión delictiva¹²³⁹.

El juez de vigilancia¹²⁴⁰ o el juez penal que no ordena la liberación del preso no podrá responder por el secuestro y mucho menos por un homicidio imprudente¹²⁴¹, como tampoco los miembros del Estado (país) que tienen que ver con el operativo para la liberación de los rehenes, entre ellos, policías, presidente del gobierno o el ministro de defensa, etc.¹²⁴². En todas estas actividades hay en común cumplimiento de un deber estatal, que se materializa con la gestión de un rol social especial como el que corresponde al juez penal, juez de vigilancia penitenciaria, presidente de un país o ministro de defensa, etc., siendo evidente la impunidad por homicidio imprudente para quienes cumplen con sus obligaciones y con las normas que regulan una determinada actividad¹²⁴³ al cumplir con su rol

de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 175.

¹²³⁸ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 82; ID., “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”, op. cit., págs. 216; ID., “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, op. cit., pág. 243; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 95; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 111; POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., pág. 46; ID., “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 94 y 95; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., págs. 57, 58, 77 y 78.

¹²³⁹ JAKOBS, Günther, “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, op. cit., pág. 245; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 88; ID., “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., pág. 159.

¹²⁴⁰ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., págs. 84 y sigs.

¹²⁴¹ Vid. STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 438; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 618.

¹²⁴² JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”, op. cit., pág. 216; CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, op. cit., pág. 34.

¹²⁴³ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 83 y 84; ID., “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit.,

social especial, sus funciones, no accediendo a la amenaza o coacción de los autores del secuestro¹²⁴⁴.

Por ello, Claus ROXIN¹²⁴⁵ manifiesta que el fundamento para el rechazo de una imputación por imprudencia reside, en tales casos, en que la conducta del hombre de afuera no puede ser juzgada, según su sentido objetivo¹²⁴⁶, como el “favorecimiento” de una propensión ajena a cometer el hecho. El que se haga frente a secuestradores de aeronaves no puede ser punible, pues si fuera de otro modo el Derecho penal favorecería de modo insoportable a quienes coaccionan o extorsionan.

En estos casos de no aceptación de la condición de los secuestradores, la ejecución de los rehenes no puede imputarse a los jueces, magistrados, presidente policías, ni miembros del operativo de salvación de los rehenes¹²⁴⁷, y tal exclusión de imputación de ningún modo pone en la penumbra y en duda a la teoría de la imputación objetiva, pues con toda claridad se ha de distinguir entre favorecimiento objetivo y vinculación arbitraria a la condición impuesta por los autores del secuestro¹²⁴⁸.

Los sujetos objeto de amenaza o coacción no podrán responder por la imputación sobre el injusto del secuestro y tampoco por el homicidio, porque la motivación de su actuación es conforme a su rol social, y su conducta no quebranta su rol social. Su actuación no estaba vinculada por el acto lesivo de secuestro y del homicidio, pues los planes delictivos de los secuestradores no tenían ninguna vinculación objetiva con los jueces y ministro de defensa. Esto se puede fundamentar en que la omisión o, mejor dicho, la negativa de liberar al preso que solicitaban los secuestradores no implica ejecución de delito y excluye la imputación a quien pueda contribuir mediatamente a la actividad delictiva ajena, a no ser que también actúe para el mundo en el que se produce el error o lo tome como base para el plan delictivo¹²⁴⁹.

págs. 244 y 245. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso”, op. cit., págs. 110 y 111.

¹²⁴⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., págs. 64, 77 y 78.

¹²⁴⁵ ROXIN, Claus, “Observaciones sobre la prohibición de regreso”, op. cit., pág. 175.

¹²⁴⁶ Vid. GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, op. cit., pág. 229.

¹²⁴⁷ Cfr. JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., págs. 216 y 217.

¹²⁴⁸ ROXIN, Claus, “Observaciones sobre la prohibición de regreso”, op. cit., págs. 175 y 176.

¹²⁴⁹ JAKOBS, Günther, “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, op. cit., pág. 264. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso”, op. cit., págs. 99 y 100. Cfr. OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, op. cit., pág. 1708.

a) Caso de la lavandera que lava la ropa del secuestrador y secuestrado

El presente caso es conocido por una Sentencia del Tribunal Supremo, con el número de registro 185/2005, de 21 de febrero, que fue la primera que se pronuncia sobre la relevancia jurídico-penal de las conductas neutrales, comportamientos neutrales, conducta estereotipada o cotidiana en el marco de la interacción social con un sentido delictivo, aunque dicha sentencia mencionada no utiliza precisamente estos elementos de neutralidad de la conducta¹²⁵⁰.

La Sentencia del Tribunal Supremo versa sobre la responsabilidad jurídico-penal de Trinidad, compañera sentimental de Fernando (autor del injusto del secuestro por terrorismo ETA) que conociendo del hecho ilícito contribuía a la privación de la libertad de la víctima del injusto (José Carlos), ya que la imputada Trinidad lavaba la ropa que su compañero traía a casa procedente del zulo donde era utilizada por la víctima del injusto. Además del hecho de que Trinidad lavaba la ropa de la víctima del secuestro, prestó su vehículo automotor a su compañero sentimental Fernando para liberar a la víctima del secuestro (José Carlos), un año después de la privación de la libertad ambulatoria y tras la entrega del rescate pedido y exigido por ETA a los familiares de José Carlos la emisión de una orden a Francisco, Remedios y Fernando para liberar a José Carlos. Esta era la base de la imputación de Trinidad como cómplice y favorecedora del injusto del secuestro, hasta que se emitió la resolución del Tribunal Supremo que acuerdo la absolución¹²⁵¹.

Sobre la conducta neutral de Trinidad, en principio se puede considerar que se trata de un comportamiento no constitutivo de autoría del injusto del secuestro, porque la imputada Trinidad no realiza la conducta típica nuclear consistente en detener o encerrar, privando de la libertad ambulatoria. Por ello, la cuestión estriba en comprobar si puede ser calificada de partícipe en el injusto del secuestro perpetrado por los autores (Francisco, Remedios y Fernando), debiendo analizarse su actuación dentro del plan delictivo de los secuestradores, circunscrita a lavar la ropa y a prestar el vehículo automotor.

a') Postura de la STS 1023/2005

La Sentencia del Tribunal Supremo 1023/2005 no menciona el vocablo de conducta neutral, pero resuelve el tema de la Litis con una postura ecléctica de la prohibición de regreso, cuya base es el incremento del riesgo del bien jurídico

¹²⁵⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro, "Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado", op. cit., pág. 856. Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, op. cit., págs. 91, 92, 145, 146 y 177.

¹²⁵¹ Cfr. STS 1023/2005, ponente: José Manuel MEZA MARTÍN (Correspondiente al voto particular de Andrés MARTÍNEZ ARRIETA y Francisco MONTERDE FERRER, págs. 7 y 8). En la doctrina, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, "Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después", op. cit., págs. 69 y 70 nota al pie número 71.

menoscabado en el injusto del secuestro. En el proceso penal contra Trinidad se calificó como cómplice del injusto del secuestro, y no cooperadora necesaria, porque supuestamente había contribuido dolosamente a la ejecución del hecho criminal con una actividad no necesaria, que podría ser realizada por cualquier otro de los intervinientes no de la organización criminal. Por esta razón Trinidad fue condenada como cómplice en un delito de detención ilegal bajo rescate (se tipificó así porque la comisión del injusto del secuestro se realizó durante la vigencia del Código penal anterior al actual, es decir, durante el periodo de vigencia de la reforma del Código penal de 1980¹²⁵² cuya tipificación era la detención ilegal bajo rescate como tipo cualificado de la detención, no autónomo como en el actual Código penal español de 1995), sin circunstancias genéricas modificativas, con la pena de ocho años y un día de prisión mayor y la accesoria de suspensión de todo cargo público y derechos de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y el pago de 1/10 parte de las costas. Esta fue la base de la imputación de la Audiencia Nacional¹²⁵³.

Promovido por Trinidad recurso de casación¹²⁵⁴, el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de febrero de 2005 absuelve a Trinidad de la complicidad en el delito de detención ilegal. La base de absolución de la responsabilidad jurídico-penal estriba en la consideración de que la conducta de Trinidad no resulta ser punible ni como encubrimiento ni como complicidad en el injusto del secuestro. No se considera el encubrimiento, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 del anterior Código penal (hoy vigente artículo 454 del CPE) queda exenta de responsabilidad penal quien es compañera sentimental de Fernando, cuya conducta delictiva se encubre, omitiendo su denuncia, y toda vez que ese auxilio no se dirige propiamente a favorecer el aprovechamiento de los efectos del injusto del secuestro¹²⁵⁵.

El Supremo Tribunal español considera que el conocimiento de la comisión de un delito¹²⁵⁶ no implica que las acciones del sujeto se puedan considerar como actos constitutivos de complicidad. Para delimitar el conocimiento y la voluntad de la colaboración en la comisión del injusto, es

¹²⁵² *Vid. supra* Capítulo I El delito de secuestro en perspectiva histórica comparada, inciso II. Antecedentes legislativos del Código Penal español, letra J) Desarrollo legislativo durante la transición, número 2. Reforma 1980. Cfr. STS 1023/2005, ponente: José Manuel MEZA MARTÍN (Fundamentos de Derecho II, pág. 4); BLANCO CORDERO, Isidoro, “Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado”, op. cit., pág. 861.

¹²⁵³ *Vid.* STS 1023/2005, ponente: José Manuel MEZA MARTÍN (Antecedentes I, págs. 1 y 2). Como también BLANCO CORDERO, Isidoro, “Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado”, op. cit., pág. 861.

¹²⁵⁴ Este recurso de casación es equivalente a la apelación en México, o sea, a la segunda instancia.

¹²⁵⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro, “Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado”, op. cit., pág. 862; STS 1023/2005, ponente: José Manuel MEZA MARTÍN (Fundamentos de Derecho II, pág. 4).

¹²⁵⁶ Aunque la Sentencia del Tribunal Supremo no menciona expresamente el término conocimiento especial, lo admite como “conocimiento de la comisión del delito”, lo que explícitamente la doctrina moderna y tradicional denomina conocimiento especial.

necesario un aporte objetivo, cualquiera que sea un verdadero instrumento para el delito, por ejemplo, interactuar en el momento de la planeación delictiva, o posterior a la comisión como el aseguramiento de la persona privada de libertad ambulatoria, es decir, realizar verdaderos actos materiales que supongan un contenido auxiliador e interactivo con el plan delictivo¹²⁵⁷. Para ello, el actual artículo 29 del Código Penal español (art. 16 anterior al Código vigente) se refiere a los cómplices como aquellos que sin poder ser considerados como autores del delito cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. De este fundamento el Tribunal Supremo deduce que la complicidad constituye una aportación causal al hecho en el sentido de una condición que posibilite, refuerce o facilite la ejecución del hecho. Esto quiere decir que, para que se acredite la presencia de una verdadera vinculación causal entre los actos realizados por el partícipe y la consecuencia antijurídica del actuar delictivo del autor principal, el problema de la complicidad reside en identificar adecuadamente la naturaleza de la aportación causal del partícipe al hecho delictivo ejecutando por el autor principal¹²⁵⁸.

Por ello, determina el Tribunal Supremo que la complicidad no puede concebirse con tal amplitud que resulte punible cualquier actividad, por irrelevante que sea, siempre que se lleve a cabo por quien tenga el conocimiento especial de la ejecución del injusto¹²⁵⁹. Esto produciría indeseable hipertrofia de la categoría de un incumplimiento del principio de legalidad, por la amplitud indebida de los términos del precepto penal que la define del cómplice. En cambio, el fundamento de la punición de la complicidad según el Tribunal Supremo se encuentra en la denominada doctrina del favorecimiento. De acuerdo con dicha doctrina, la imputación del partícipe se fundamenta en que su comportamiento supone una contribución o un favorecimiento a la realización del hecho principal por el autor, esto quiere decir que el partícipe también interviene en el ataque al bien jurídico, en este caso la libertad ambulatoria, con una lesión directa. Sin embargo, la acción de la imputada Trinidad no lesiona el bien jurídico, sólo contribuye al ataque que realiza el autor, de aquí la naturaleza accesoria de su participación¹²⁶⁰, y lo que justifica la sanción penal del cómplice

¹²⁵⁷ Cfr. STS 1023/2005, ponente: José Manuel MEZA MARTÍN (Correspondiente al voto particular de Andrés MARTÍNEZ ARRIETA y Francisco MONTERDE FERRER, pág. 8). En la doctrina GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, op. cit., págs. 69 y 70 nota al pie número 71.

¹²⁵⁸ STS 1023/2005, ponente: José Manuel MEZA MARTÍN (Fundamentos de Derecho II, págs. 4 y 5); BLANCO CORDERO, Isidoro, “Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado”, op. cit., págs. 862 y 863. Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, op. cit., págs. 91, 92, 145, 146 y 177. En la jurisprudencia, STS 1023/2005, ponente: José Manuel MEZA MARTÍN (Correspondiente al voto particular de Andrés MARTÍNEZ ARRIETA y Francisco MONTERDE FERRER la base de su fundamento es el dominio del hecho, págs. 7 y 8)

¹²⁵⁹ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 618; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, op. cit., págs. 68 y 69.

¹²⁶⁰ Vid. OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, op. cit., pág. 1717. Cfr. CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, op. cit.,

es el incremento del riesgo de la lesión del bien jurídico protegido, mediante la ayuda accesoria a la conducta llevada a cabo por el autor principal¹²⁶¹. La complicidad será punible en los actos de verdadera y efectiva cooperación en la ejecución del delito¹²⁶². Por esta razón quedarán al margen aquellas acciones que no aportan nada a la ejecución del delito, ni ostentan eficacia alguna en el ataque al bien jurídico, porque no favorecen su ejecución ni contribuyen a elevar el riesgo de producción del resultado. Y este precepto es el punto medular de la fundamentación del Tribunal Supremo al antender que el solo hecho de lavar la ropa del privado de libertad no constituye complicidad, pues no aumenta el riesgo de producción del resultado antijurídico perseguido por el autor y no supone una aportación a la mecánica comisiva del hecho delictivo vinculado causalmente con la agresión del bien jurídico típicamente protegido mediante el injusto del secuestro. El resultado de la privación de la libertad del sujeto pasivo (José Carlos) no depende causalmente del hecho de lavar la ropa. Por ello, el lavar la ropa del secuestrado no añade nada ni aporta nada al delito, que es cometido con independencia e indiferencia absoluta respecto de la interacción de la imputada Trinidad. Por esto se fundamenta el motivo de la atipicidad de la

pág. 53; GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, op. cit., pág. 231.

¹²⁶¹ STS 1023/2005, ponente: José Manuel MEZA MARTÍN (Fundamentos de Derecho II, pág. 5). En la doctrina BLANCO CORDERO, Isidoro, “Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado”, op. cit., págs. 863 y 864; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 45. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso”, op. cit., pág. 99. En las sentencias, Audiencia Nacional, sala de lo penal, Sentencia de 7 de junio del 2002, Rec. 10/1998, ponente: Rosa María ARTEAGA CERRADA, *La ley juris* 221323/2002 (Fundamentación jurídica tercero y quinto, págs. 7 y 8); STS 1023/2005, ponente: José Manuel MEZA MARTÍN (Correspondiente al voto particular de Andrés MARTÍNEZ ARRIETA y Francisco MONTERDE FERRER, pág. 8). “La base de la crítica del fundamento del voto particular es la siguiente: “Estas aportaciones, que pueden ser de variada índole como proporcionar alimentos, medicamentos si fueran necesarios, o mantener condiciones de higiene..., no agreden el bien jurídico, en el sentido expuesto en la sentencia, podríamos decir que la mejoran, pero realizadas desde la perspectiva del plan del autor suponen actos de favorecimiento al delito, por lo tanto son aportaciones al hecho y causales a la acción del autor principal del hecho delictivo. Son aportaciones que favorecen el plan del autor en la comisión del hecho delictivo, por lo tanto son causales a la lesión producida en la forma en que el autor principal, quien tiene el dominio del hecho, ha diseñado. Aunque pudieran ser realizadas por terceras personas no implicadas en la acción principal, el autor las ha incorporado a su proyecto para eliminar riesgos en su actuar delictivo que el autor no ha querido asumir encargándolo a personas, como la recurrente, que con conocimiento de la conducta que desarrollaba el autor y de la finalidad que significaba su aportación, decide realizar la aportación que ha de tenerse por relevante a los efectos penales”; STS 10319/2008, ponente: Andrés MARTÍNEZ ARRIETA (Fundamentos de Derecho II, preliminar, pág. 18). Como también STS, 10319/2008, Sala segunda de lo penal, 10 de octubre 2008, ponente: Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, *La ley juris* 158362/2008.

¹²⁶² *Vid.* FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., págs. 63 y 64. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, op. cit., págs. 65 y sigs.

conducta de lavar la ropa, que parece residir en la falta de relación de causalidad con el injusto del secuestro terrorista perpetrado por miembros de ETA¹²⁶³.

Queda por mencionar el préstamo del vehículo automotor, que también fue base de la imputación jurídico-penal. En lo que se refiere a la segunda de las circunstancias incriminatorias recogidas en la narración fáctica de los hechos, en relación con la propiedad del vehículo automotor¹²⁶⁴, sin que mediase o no expresamente la autorización de la recurrente para el uso del automóvil por parte del autor del injusto, dada la duda en que los sumergimos en este punto en la relación de los hechos probados en la litis, en cualquier caso tampoco puede calificarse como verdadera “cooperación” del cómplice en los actos ejecutivos del ilícito, porque lo que en realidad se facilitaba no era la comisión de la infracción sino, al contrario, el término de la situación delictiva a la que se encontraba sometido la víctima. Por ello, la acción de la imputada es favorecer la liberación, y no es cooperar en la detención. En todo caso, favorecer la situación de un bien jurídico no debería ser imputable como lesión del mismo¹²⁶⁵. Asimismo se trata¹²⁶⁶ de un supuesto de disminución del riesgo¹²⁶⁷ (quien desvía una piedra dirigida hacia la cabeza de alguien, que no puede neutralizar, hacia otra parte del cuerpo menos peligrosa, realiza una conducta causal de unas lesiones, pero no comete delito de lesiones) que se cierne sobre el bien jurídico libertad ambulatoria. Sería absurdo que el Derecho prohibiese acciones que no empeoran, sino que mejoran el estado del bien jurídico.

b’) Consideración doctrinal

La actividad que realiza Trinidad de lavar la ropa es una conducta cotidiana, estereotipada, neutral, inocua, de la vida diaria, que puede realizar

¹²⁶³ STS 1023/2005, ponente: José Manuel MEZA MARTÍN (Fundamentos de Derecho II, pág. 5); BLANCO CORDERO, Isidoro, “Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado”, op. cit., págs. 863 y 864. Cfr. STS 1023/2005, ponente: José Manuel MEZA MARTÍN (Correspondiente al voto particular de Andrés MARTÍNEZ ARRIETA y Francisco MONTERDE FERRER, págs. 7 y 8); Audiencia Nacional, sala de lo penal, Sentencia de 7 de junio del 2002, Rec. 10/1998, ponente: Rosa María ARTEAGA CERRADA, *La ley juris* 221323/2002 (Fundamentación jurídica tercero y quinto, págs. 7 y 8). En la doctrina GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, op. cit., págs. 69 y 70 nota al pie número 71.

¹²⁶⁴ Cfr. STS 1023/2005, ponente: José Manuel MEZA MARTÍN (Correspondiente al voto particular de Andrés MARTÍNEZ ARRIETA y Francisco MONTERDE FERRER, pág. 8): el “dejar el coche en el que se iba a proceder a la liberación del secuestro una vez recibido el dinero del rescate es, igualmente, una aportación por él cómplice para ayudar al autor mientras se desarrolla la lesión al bien jurídico. Se trata de un delito de naturaleza permanente en el que sus efectos se mantienen hasta la liberación de la víctima”.

¹²⁶⁵ STS 1023/2005, ponente: José Manuel MEZA MARTÍN (Fundamentos de Derecho II, págs. 5 y 6).

¹²⁶⁶ BLANCO CORDERO, Isidoro, “Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado”, op. cit., pág. 864, en la nota al pie de página número 26.

¹²⁶⁷ Sobre el concepto de la disminución del riesgo, ampliamente TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma”, op. cit., págs. 391-393; SANZ MORÁN, Ángel José, *Los elementos subjetivos de justificación*, op. cit., págs. 97 y 98.

cualquier persona, y no por ello cometer un injusto, en función del carácter neutral de la conducta neutral desde la perspectiva jurídico-penal¹²⁶⁸. La neutralización de una conducta empieza a cuestionarse cuando se advierte que hay un conocimiento especial, por ejemplo en este caso Trinidad conoce que la ropa que lava es de un sujeto que se encuentra secuestrado y por ende privado de libertad ambulatoria. Sobre la fundamentación de las conductas neutrales se discute si el conocimiento de que la conducta en principio es neutral y carece de relevancia jurídico-penal puede contribuir a insertarse en el plan delictivo del otro o convertir dicho acto cotidiano en una participación punible¹²⁶⁹.

Toda interacción social comienza con una organización y gestión de un rol social, y en el caso presente de Trinidad tiene el rol social común, general, de todo ciudadano en derecho, que debe seguir y respetar las normas como persona en derecho, con la facultad inherente del haz de derechos y deberes de sus relaciones sociales con el entorno. Esto quiere decir que todo rol social especial requiere que detrás de él hay un rol social común o general, de persona en derecho o ciudadano, pero dicho atributo del rol social como el haz de derechos y deberes le obliga a tener un mínimo de fidelidad normativa¹²⁷⁰.

Ahora bien, recordemos que el rol social común está constituido por un deber negativo de no dañar, de no lesionar, y sin embargo en el presente caso Trinidad no tenía esa posición de garante -organización- sobre el lesionado, por lo que en el ámbito de este tipo de casos y en los delitos consistentes en la infracción de un deber sólo puede haber responsabilidad a título de participación cuando quien se halla obligado por el deber específico carece de un elemento especial de la autoría¹²⁷¹. Y en el presente asunto, Trinidad no tenía ese deber.

El quebrantamiento de un rol social común es efectuado por medio de una gestión y organización defectuosa, es decir, por medio de una conducta actual, porque se configura un peligro a bienes jurídicos que conlleva el ámbito de organización de la gestión defectuosa¹²⁷². Sin embargo, en el caso de Trinidad ella no configura el peligro y mucho menos gestiona el peligro, y la participación

¹²⁶⁸ STS 2689/2009, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA (Fundamentos de Derecho quinto pág. 8): esta sentencia determina que rentar un vehículo y un inmueble (casa) es una conducta neutral porque puede ser realizada por cualquier persona aunque otras personas los utilicen para realizar un secuestro.

¹²⁶⁹ BLANCO CORDERO, Isidoro, “Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado”, op. cit., págs. 857, 866, 867 y 868; CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*. op. cit., págs. 27 y sigs. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, op. cit., págs. 65 y sigs.

¹²⁷⁰ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 71 y sigs; GARCÍA CAVERO, Percy, “La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú”, op. cit., págs. 191 y 192; GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, op. cit., págs. 235 y 236.

¹²⁷¹ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 257 y sigs; ID., *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 72.

¹²⁷² Cfr. CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, op. cit., págs. 35, 36, 37 y 38.

consiste exactamente en el reparto de trabajo, en el que para lograr un plan delictivo se reparte la aportación entre varias personas, cada una de las cuales aporta su parte al hecho criminal¹²⁷³.

En Derecho penal la planeación cuya realización es objeto de reparto constituye un delito, desde el comienzo de la tentativa. Sin embargo, se objetará que para quien realiza una aportación al plan delictivo ha de existir un deber derivado de la injerencia de la conducta, el deber de evitar que el autor lleve a cabo el hecho o de obstaculizarlo de alguna manera la producción del resultado del hecho derivado de la aportación al hecho delictivo¹²⁷⁴. Esto quiere decir que Trinidad nunca tuvo una organización en el plan delictivo para ser imputada, pues su acción era sólo neutral en la sociedad, y un un comportamiento cotidiano e inocuo no adquiere significado delictivo cuando el autor lo incluye en sus planes. Puesto que se ha mantenido dentro del rol social y del umbral del riesgo permitido, el sujeto no tiene porqué consentir que se le imponga como definición de su comportamiento el sentido delictivo del hecho delito¹²⁷⁵.

La acción de lavar la ropa es una interacción socialmente relevante que sólo interesa como prestación de un servicio común y ordinario, y por ello, no incrementa el riesgo o peligro al bien jurídico tutelado en el injusto del secuestro¹²⁷⁶, esto es, no aumenta las posibilidades de una actividad delictiva, en cambio, sólo es una cotidiana prestación de servicio, aunque el receptor (autor) le dé un contenido delictivo, pero esta interacción no tiene contenido delictivo alguno¹²⁷⁷. En este caso en particular, quien presta el servicio no puede encontrar algo propio en el delito realizado por el sujeto receptor (autor), porque Trinidad no tiene la posición de garante de evitar el resultado dañino que amenaza el bien jurídico¹²⁷⁸, en cuestión la libertad ambulatoria.

En cuanto a la segunda causa de la imputación, sobre la prestación del automóvil para liberar a la víctima del injusto del secuestro, entre el autor y la otra persona (Trinidad), existe algo en común, pero ese algo en común se limita a

¹²⁷³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 263 y 264; JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 74 y 75; GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, op. cit., págs. 231 y 232.

¹²⁷⁴ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 76 y 77.

¹²⁷⁵ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 81 y 82; GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, op. cit., págs. 228 y 234.

¹²⁷⁶ Vid. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso”, op. cit., pág. 108; Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, “La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú”, op. cit., pág. 189.

¹²⁷⁷ Vid. GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, op. cit., pág. 230.

¹²⁷⁸ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 83, 84 y 85; POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., pág. 46; ID., “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 97 y 98; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 96; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 112.

una prestación que puede obtenerse en cualquier lado, y que no entraña riesgo especial alguno, no obstante lo cual el autor hace uso precisamente de esta prestación para liberar a la víctima del injusto del secuestro. Bien es cierto que en tal caso en concreto Trinidad ya no puede alegar que no tiene nada en común con el autor del injusto, porque Trinidad consintió en prestar el vehículo automotor, sin embargo, hay una carencia de todo significado delictivo, y por ello, no ha quebrantado su rol social de ciudadano en derecho, pues tal prestación puede ser otorgada por cualquier persona¹²⁷⁹.

Dentro del plan delictivo, en una vertiente objetiva la participación no está vinculada a la comisión dolosa, y los casos de la prohibición de regreso no están vinculados por elemento subjetivo (dolo), pues de acuerdo a la teoría de la imputación objetiva no depende en absoluto de ningún elemento psíquico de los intervinientes¹²⁸⁰, sino de la vinculación en el sentido social del comportamiento. Esto quiere decir que sobre la planeación delictiva el cómplice y el partícipe no realizan una prestación con carácter neutral, sino que específicamente configuran su prestación de tal modo que encaje dentro de un contexto delictivo de comportamiento, por ejemplo, asesorar la planeación delictiva, aportar el itinerario de la persona que van a secuestrar, ayudar a la retención ilegal de la privación de libertad ambulatoria, o esperar con el vehículo encendido para secuestrar el objetivo fijado en la planeación delictiva¹²⁸¹. Sin embargo, el prestar unas llaves y el vehículo automotor no muestra en sí una causalidad de la privación de la libertad ambulatoria, al no existir un nexo causal objetivo entre la planeación delictiva y la retención de la libertad, pues el verdadero sentido del comportamiento es el de favorecer la comisión del injusto típico. Ahora bien, el hecho fáctico de la sentencia sobre la prestación del vehículo automotor sólo agota un sentido en lo socialmente adecuado¹²⁸².

En el ámbito jurídico-penal las intenciones y los conocimientos de quien realiza la aportación son a estos efectos irrelevantes¹²⁸³, como también la omisión

¹²⁷⁹ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 82, 95 y 96; ID., “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, op. cit., pág. 266; ID., “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege?. Contradicción y prevención de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, op. cit., pág. 14. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso”, op. cit., pág. 102.

¹²⁸⁰ Cfr. FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., págs. 71 y 72; RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, *¿Participación por omisión?*, op. cit., págs. 95 y sigs.

¹²⁸¹ Vid. GARCÍA CAVERO, Percy, “La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú”, op. cit., pág. 193.

¹²⁸² JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 88 y 89; GARCÍA CAVERO, Percy, “La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú”, op. cit., pág. 190. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso”, op. cit., págs. 105, 106 y 107.

¹²⁸³ Vid. CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, op. cit., págs. 35 y sigs; GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, op. cit., pág. 234.

de un no garante no se convierte en comisión por omisión por el hecho de conocer una posibilidad de la seguridad de la comisión del delito. Quien realiza algo estereotipado, neutral y socialmente como adecuado no responde sobre el juicio de la relevación jurídico penal, y esto con independencia de lo que piense y conozca de la acción delictiva y su planeación¹²⁸⁴. Y este es el caso específico de Trinidad, pues ella realiza una conducta neutral de lavar la ropa y prestar un vehículo automotor que puede ser usado para cumplir actuaciones sociales.

La responsabilidad jurídico-penal no estriba en los acuerdos tomados, sino en lo común de la organización de la competencia por una configuración del mundo que genera riesgos que sobre pasan el umbral de la permisibilidad. Los intervinientes responderán por ser competentes por el resultado lesivo, porque han llevado a cabo comportamiento que entraña un riesgo no permitido, o porque concurre un comportamiento en la fase de preparación que constituye la razón para imputar el comportamiento que constituye el factor para imputarles el comportamiento ejecutivo. Que se hubiera adoptado un acuerdo o que falte todo tipo de acuerdo afecta a lo que de común hay desde el punto de vista psíquico¹²⁸⁵, pero no interesa al veredicto de la relevancia jurídico-penal. Lo que debería de haber en común desde la relevancia penal derivado de una competencia objetiva son las condiciones adecuadas del resultado lesivo y, por tanto, también respecto del propio resultado. Esto es, la competencia objetiva también convierte el comportamiento ejecutivo en comportamiento propio de quien interviene en la fase previa¹²⁸⁶.

En el presente caso, Trinidad no ejecutó la realización del tipo penal del injusto del secuestro, sólo establece la ocasión para que se produzca el injusto por prestar el vehículo antes de la privación y después para liberar a la víctima, y éste fue el motivo por el que la Audiencia Nacional la imputó al considerar que era competente por la prestación del vehículo automotor y lavar la ropa, bajo la presunción de que adoptaba los planes delictivos de quien llevó a cabo la ejecución del secuestro¹²⁸⁷, pero la Sentencia del Tribunal Supremo determina que tal comportamiento presentaba un sentido socialmente adecuado por tratarse de actividades que no ponían en riesgo el bien jurídico menoscabado en el injusto del secuestro, y por ello acuerda la absolución de Trinidad del procedimiento en su contra¹²⁸⁸.

En el presente caso queda un punto por tratar, relativo a si Trinidad tiene un deber de omisión de socorro o de solidaridad mínima sobre la víctima del

¹²⁸⁴ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 89.

¹²⁸⁵ Cfr. RUEDA MARTÍN, Ma. Ángeles, *¿Participación por omisión?*, op. cit., págs. 95 y sigs.

¹²⁸⁶ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 93.

¹²⁸⁷ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 93.

¹²⁸⁸ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., pág. 64.

injusto del secuestro¹²⁸⁹. Si la interacción social practicada de acuerdo a un rol social estereotipado, neutral, adecuado, da lugar a la prohibición de regreso en virtud del cual se excluye la relevancia jurídico-penal de dicha interacción como no punible intervención, sin embargo, esto no significa que proceda la absolución de todo contexto para el actuante de la interacción por alguna responsabilidad jurídico-penal. En determinadas interacciones el titular del rol social tiene un deber de subsidiariedad que se puede materializar con el socorro a la víctima, o con la denuncia del hecho criminal ante las autoridades competentes¹²⁹⁰, pues en aquellos casos en el que el ejercicio de la aportación es adecuado al rol social coincide con la participación a un tercero de la situación de peligro¹²⁹¹, como en el presente caso Sentencia aludida.

El fundamento del deber de socorrer o de auxiliar fomenta las expectativas de las interacciones sociales de una solidaridad mínima en la sociedad con el prójimo. El ciudadano es tomado como un gestor de la administración de la organización del servicio estatal de protección y contribuye a asegurar la autonomía de la personas y por esa vía asegura la estabilización del sistema jurídico. En este contexto el deber de solidaridad se muestra como un fundamento de una función subsidiaria en las relaciones de los deberes negativos que se ven respetados mediante las conductas neutrales¹²⁹².

La solidaridad es una tarea inherente al ciudadano de un deber delegado del Estado de derecho, para la protección y máximo aseguramiento de la autonomía del ciudadano. La defensa de la autonomía de la persona prevalece ante cualquier situación de necesidad, pues el Estado no puede intervenir directamente y su poder de despliegue normativo se agota con la exigencia del cumplimiento del deber negativo, que en este caso concreto queda cumplido mediante la adecuada conducta del rol social estereotipado. Esto puede explicar que las personas que realizan un rol social estereotipado tienen un deber de socorro ante situaciones de peligro general con la pretensión de su aportación neutral, porque las expectativas de conducta fijan un deber de hacer efectivo¹²⁹³. Con ello el ciudadano aporta de este modo una cuota en favor del aseguramiento

¹²⁸⁹ CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, op. cit., págs. 57 y 58.

¹²⁹⁰ En una postura equivalente, pero no encaminada a la postura del conocimiento especial véase MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, op. cit., págs. 145 y 146.

¹²⁹¹ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 82 y 83.

¹²⁹² CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 84. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., pág. 75.

¹²⁹³ Vid. GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, op. cit., pág. 231.

de la completa autonomía de la persona en derecho y ayuda a la estabilidad del sistema jurídico¹²⁹⁴.

Trasladando lo anterior a nuestro hecho fáctico, el hecho de prestar un vehículo de motor es algo normal y habitual dentro de las interacciones sociales, pero el hecho de prestar el vehículo para secuestrar a una persona y posteriormente liberarla fundamentará la responsabilidad del prestamista (Trinidad) por un delito de omisión del deber de socorro si el secuestro se perpetra, y así fue, por ello, podrá ser imputada, pues los deberes que incumben a todos existen y subsisten con independencia del comportamiento actual. Dicho de otro manera, cuando el rol social de ciudadano en derecho impone de manera excepcional deberes de auxilio, éstos mantienen su plena vigencia aunque de por sí concurriese la prohibición de regreso¹²⁹⁵ sobre las actividades de lavar la ropa y el préstamo del vehículo.

Aquí se podrá discutir si la actuación (omisión) de Trinidad puede ser subsumible en alguno de los tipos penales aparte del deber de solidaridad, al generar un riesgo para otros bienes jurídicos¹²⁹⁶. Por ejemplo, el encubrimiento (art. 451.3º CP), que sin embargo no podrá ser tomado en cuenta en la aplicación del artículo 454 del Código penal español, que excluye la imputación por encubrimiento cuando hay un vínculo de afectividad relevante como cónyuges o parejas sentimentales y este es el caso en concreto, pues Trinidad y el autor tenían tal estatus de pareja sentimental. También se puede plantear el hecho de la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución (art. 450 CPE), pero volvemos al mismo punto que en el encubrimiento, al quedar desvirtuado por la razón de afectividad de pareja sentimental, al no estar obligados a denunciar un hecho delictivo los cónyuges o pares sentimentales, cuyo comportamiento quedará impune. Pero en el supuesto hipotético en que la persona que lava la ropa no tuviera ninguna relación de afectividad con el autor del injusto, sí podría apreciarse el deber de solidaridad mínima, como fundamento de la omisión de los deberes de impedir delitos, o el encubrimiento. Asimismo podría plantearse en el relato fáctico de los hechos la imputación por la colaboración con banda armada¹²⁹⁷.

A tal efecto, CARO JOHN¹²⁹⁸ considera que la regulación debe ser modificada sin lugar a dudas porque el deber de solidaridad corresponde a todas las personas, y no sólo selectamente a un grupo especial de personas, lo cual

¹²⁹⁴ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 84 y 85. En sentido análogo, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., pág. 87.

¹²⁹⁵ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 86.

¹²⁹⁶ Cfr. CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, op. cit., págs. 35, 36, 37 y 38.

¹²⁹⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro, “Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado”, op. cit., pág. 866.

¹²⁹⁸ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 86.

puede crear serios problemas de vacíos y excesos de punibilidad desde el lado que se mire.

Para concluir, me resta decir que la prohibición de regreso no anula deberes existentes, sino todo lo contrario, establece que el comportamiento actual es insuficiente para generar responsabilidad jurídico-penal¹²⁹⁹. Y el lavar la ropa y prestar un vehículo es una conducta neutral y adecuada en las interacciones sociales y no aporta nada al plan delictivo, porque se pueden conseguir en cualquier lugar dichas prestaciones, como también es irrelevante el conocimiento especial de Trinidad porque no aporta ninguna actividad al hecho delictivo de relevancia penal, es decir, no incurre en un reparto de trabajo objetivo con la planeación delictiva¹³⁰⁰, sino que realiza sólo dos conductas que se encuentran dentro del umbral del riesgo permitido y que no afectan el bien jurídico tutelado en el injusto del secuestro, por lo que no podrá ser considerada cómplice ni favorecedora en la comisión delictiva del injusto del secuestro, y si bien podría ser imputada por inobservancia de un deber de solidaridad mínima, su calidad de pareja sentimental anula su imputación la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución, así como del encubrimiento¹³⁰¹.

b) Caso del transportista o taxista

Es transportista el taxista o dependiente de un transporte¹³⁰², ya sea de personas o de objetos (cosas, documentos, etc.). Una sentencia penal de la Corte Suprema Peruana aplicó el instituto dogmático de la prohibición de regreso para fundamentar la exclusión de responsabilidad jurídico-penal de un taxista a título de coautor del delito de robo¹³⁰³. Sin embargo, al no ser tema de investigación del

¹²⁹⁹ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 86.

¹³⁰⁰ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 95 y 96; GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, op. cit., págs. 231 y 232.

¹³⁰¹ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., pág. 85. Cfr. Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sentencia de 7 de junio del 2002, Rec. 10/1998, ponente: Rosa María ARTEAGA CERRADA, *La ley juris* 221323/2002 (Fundamentación jurídica tercero y quinto, págs. 7 y 8).

¹³⁰² Vid. CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*. op. cit., pág. 72; GUTIÉRREZ SANTOS, Óscar, *Conducta típica e imputación objetiva en derecho penal. Referencia al tipo penal de delincuencia organizada*, op. cit., págs. 99-102.

¹³⁰³ Vid. Sentencia de la Corte Suprema Peruana, Número de Registro 4166-99, Lima, 7 de marzo de 2000 citado por CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., págs. 165 y 166; ID., *Normativismo e imputación jurídico-penal*. op. cit., págs. 23 y sigs; GARCÍA CAVERO, Percy, “La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú”, op. cit., págs. 187 y sigs. Como también, especialmente, POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 95. Sin embargo, el hecho delictivo de utilizar un taxi no es ajeno en la praxis jurídica española por lo que existe sentencias al respecto sobre el tema en cuestión STS 173/1995, ponente: Francisco SOTO NIETO (Antecedentes de Derecho págs. 1 y sigs); STS 7121/1995, ponente: Francisco SOTO NIETO (Antecedentes de Derecho págs. 1 y sigs). Ya que en dichas sentencias se sanciona como cómplice al taxista de un delito de robo, ahora bien, aparentemente en la litis de la sentencia se encuentra que el taxista era amigo de los atracadores, el taxista esperaba a que se

presente trabajo, sólo haremos esta pequeña mención de lo que en ella se resuelve en orden a la exclusión de la responsabilidad del taxista con fundamento en el sistema de la imputación objetiva de Günther JAKOBS, y especialmente de su postura de la prohibición de regreso. Una amplia gama de ejemplos podrían ser utilizados para nuestro tema de investigación, por ejemplo, el taxista que transporta al secuestrador o asesino,¹³⁰⁴ o el taxista recoge un botín o rescate de algún ilícito¹³⁰⁵, que bien podríamos utilizar y matizar en el presente epígrafe.

Para matizar y establecer nuestro ejemplo, en el injusto del secuestro, se puede plantear el caso en que un taxista es contratado para recoger un paquete ignorando el contenido del paquete, y en él obviamente hay una conducta neutral porque el taxista realiza su rol social de transportista, pero a efectos aún más prácticos vamos a suponer que el taxista es contratado para recoger un paquete que contiene dinero. Aunque podría decirse que es poco usual, sin embargo, en la Ciudad de México, siendo una ciudad tan grande y caótica, existen empresas privadas que prestan el servicio de transportar personas o que gestionan los depósitos de dinero en los bancos llevando el dinero de un banco a otro o de un lugar a otro por toda la ciudad, para entregarlo al tenedor del dinero o a quien solicita tal servicio (cliente)¹³⁰⁶.

En el caso hipotético del secuestro, supongamos que una banda criminal (delincuencia organizada) contrata a la empresa de prestación de servicios para recoger un paquete que contiene dinero por un taxista que lo transporta al lugar donde se encuentra la banda criminal que hizo tal encargo. La cuestión a resolver es si el taxista es coautor, cooperador, favorecedor del injusto del secuestro, en la

efectuara el robo a las instituciones bancarias y fueron en varias ocasiones incluso estuvo dentro del plan del delito de robo en dos robos bancarios, el taxista recibió parte del botín del robo, no sólo por el hecho del pago de su prestación del servicio, sino, que recibió un porcentaje del botín.

¹³⁰⁴ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 33, 34 y 86; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, op. cit., págs. 67 y 69; ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito. Fundamento y límites*, op. cit., págs. 35, 38, 46, 101 y 255; CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, op. cit., págs. 97 y sigs. ID., *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 74 y 83; GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, op. cit., pág. 229.

¹³⁰⁵ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, op. cit., págs. 419 y 421; CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., págs. 172 y sigs; ID., *Normativismo e imputación jurídico-penal*. op. cit., págs. 38 y sigs; ID., *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 74 y sigs; CARO JOHN, José Antonio / POLAINO-ORTS, Miguel, “Neutralidad y acción en Derecho penal. Consecuencias dogmáticas”, op. cit., págs. 120 y sigs. Sin embargo, los últimos autores critican la postura de Claus ROXIN, por ser una postura subjetivista que permite la punición por el conocimiento especial, y por ello, yo también, estoy de acuerdo con José Antonio CARO JOHN, al seguir una postura normativista y objetiva de la imputación objetiva, donde es irrelevante el conocimiento especial de los prestadores de servicios en la vida cotidiana, porque tiene una conducta neutral.

¹³⁰⁶ En un ejemplo similar véase CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 84.

medida en que por su mediación es efectuada la entrega del fruto (rescate) del injusto del secuestro.

En primer lugar, estamos ante un supuesto de prohibición de regreso en donde hay un gran número de partícipes y de interactuantes en la comisión delictiva. La principal finalidad de este instituto es la exclusión de la intervención delictiva de quien obra conforme a un rol social estereotipado o estandarizado por los cánones sociales y la normativa vigente, dentro de un contexto de interacción plural de persona en un hecho criminal susceptible de imputación jurídico-penal. En este supuesto existe una pluralidad de interactuantes, donde el primero (secuestrador) cruzó el umbral del riesgo permitido, es decir, cruzó la frontera de la tipicidad del injusto del secuestro¹³⁰⁷ y creó un injusto penal que sólo debe vincular su deber negativo a quien la integra, y no a quien o a quienes hayan obrado sin exceder de los límites de su propio rol social. Por ello, rige una prohibición de regreso en virtud de la cual el carácter típico de la conducta de los interactuantes del injusto únicamente es imputable a la banda criminal sin posibilidad de regresar y alcanzar a quien está fuera de dicho plan delictivo por haber obrado conforme a su rol social estereotipado, esto es, el taxista realiza una conducta neutral dentro del plan delictivo¹³⁰⁸, pues no aporta ninguna actividad jurídicamente relevante para imputar, pues él se mantuvo dentro del margen de su rol social¹³⁰⁹.

El que el taxista realice una conducta neutral expresa un sentido jurídico válido que reúne una conducta estereotipada, que no alcanza el nivel de la punibilidad¹³¹⁰. Es decir, el carácter neutral de una conducta manifiesta que se ha practicado dentro del umbral del riesgo permitido, al hacer considerada una conducta adecuada socialmente¹³¹¹, pues la posibilidad de una imputación jurídico-penal por intervención delictiva queda fuera de la relevancia penal, es decir, se excluye por estar dentro del umbral del riesgo permitido. Sin embargo, el punto nuclear de la conducta neutral estriba en la garantía de no ser punible, aunque de modo fáctico colaboren o favorezcan la realización de un delito a un tercero (autor)¹³¹², pues este es el caso del supuesto planteado, donde el taxista entrega el rescate a los secuestradores pero no debe ser imputado porque está dentro de su rol social prestar el servicio de entrega de cosas o llegar objetos a su

¹³⁰⁷ CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, op. cit., págs. 48 y sigs; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., págs. 78 y 79.

¹³⁰⁸ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 263 y 264.

¹³⁰⁹ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 71.

¹³¹⁰ OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, op. cit., pág. 1710.

¹³¹¹ GARCÍA CAVERO, Percy, “La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú”, op. cit., págs. 188 y 189.

¹³¹² CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., págs. 167 y 168; ID., *Normativismo e imputación jurídico-penal*, op. cit., págs. 100 y 101.

destino, y por ello su conducta es considerada como neutral y socialmente estereotipada¹³¹³.

Puede ser discutido en la relevancia fáctica de los hechos criminales el conocimiento especial del prestador del servicio (taxista), que tenga alguna información relevante que su aportación ayudara o contribuirá al delito¹³¹⁴, esto es que a la actividad cotidiana (neutral del transportista) presta la aportación a los secuestradores, sabiendo que el paquete que transfiere contiene el rescate en virtud de conocimiento especial, o mejor dicho, conocimiento seguro de que los secuestradores utilizan dicha aportación para cometer el injusto, entonces la aportación deja de ser inocua o neutral para alcanzar el nivel de una participación punible, pues en tal caso se da una participación por el hecho de la aportación que supuestamente muestra una relación delictiva de sentido¹³¹⁵. Sin embargo, esta postura subjetiva no ayuda ni contribuye a la relevancia jurídico-penal, porque basa su juicio de imputación en los ánimos, móviles y finalidades delictivas, por lo que todos podríamos ser delincuentes en potencia por las finalidades que tiene la persona en las interacciones sociales, incluso llegar al absurdo de que las bromas sean constitutivas de delitos, aunque no sobrepasen el umbral del riesgo permitido¹³¹⁶.

Sin embargo, el principal problema de la postura subjetivista es apreciable en la valoración de la actividad cotidiana de una prestación en la que cada prestador de un servicio estaría obligado a conocer las intenciones del cliente respecto del uso del servicio. Con este supuesto, toda actividad de prestación de servicio supondría que los interactuantes sociales tendrán la obligación de convertirse en expertos criminólogos, psicólogos, y videntes de la psique humana sobre las genuinas intenciones y finalidades de sus clientes. Esto no tiene ningún sentido en la sociedad moderna que se caracteriza por un sinfín de interacciones sociales de índole comercial, que son a su vez anónimas, y este aspecto subjetivo haría depender el fundamento de la participación punible del grado de

¹³¹³ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 72 y 73.

¹³¹⁴ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 97 y 98; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 113 y 114.

¹³¹⁵ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, op. cit., págs. 419 y 421; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 618; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, op. cit., pág. 68; ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito. Fundamento y límites*, op. cit., págs. 59, 281 y 282; MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, op. cit., pág. 146. Cfr. POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 95 y sigs; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 74 y sigs.

¹³¹⁶ Vid. CARO JOHN, José ANTONIO, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., págs. 175 y 176; CARO JOHN, José Antonio / POLAINO-ORTS, Miguel, “Neutralidad y acción en Derecho penal. Consecuencias dogmáticas”, op. cit., págs. 120 y sigs.; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., pág. 76.

conocimiento¹³¹⁷ que posea el taxista (transportista) sobre el fruto del rescate que entrega a los secuestradores. Esto conllevaría a que todo contacto social de interacción se deba revisar intensamente en todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, y la sociedad quedaría paralizada, no habría vida social moderna, ni postmoderna, una sociedad sin revolución industrial, pues no habría contactos anónimos que permitan el desarrollo de las interacciones sociales de prestaciones de servicios, y todo el mundo debería prestar atención en que el cliente o acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido por la deuda o por la prestación del servicio¹³¹⁸. En síntesis, la interacción social estaría sumergida por funciones de supervisión y de actividades auxiliares¹³¹⁹.

En conclusión, la relación del sentido delictivo de una conducta no debe ser analizada desde la relevancia subjetiva del hecho criminal. Es confuso reconocer que la conducta adquiera una relación de sentido delictiva por el solo hecho de que el sujeto sepa que mediante su actuación inocua está contribuyendo de alguna manera al favorecimiento del delito, pues la imputación jurídico-penal no tiene que estar sujeta a datos psíquicos. El conocimiento que se imputa no es aquél que la conciencia humana del actuante individual en la situación concreta, más bien se imputa el conocimiento estandarizado en el contexto social de la acción¹³²⁰, porque “un conocimiento de los elementos típicos de la conducta, sin el conocimiento de su inserción en la estructura normativa de la sociedad es *per se* irrelevante¹³²¹, así como el conocimiento que con cualquier cosa determinada, en cualquier tiempo, puede suceder cualquier cosa”¹³²².

¹³¹⁷ CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, op. cit., pág. 36; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 76. Como también, GARCÍA CAVERO, Percy, “La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú”, op. cit., pág. 188; GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, op. cit., pág. 229. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso”, op. cit., pág. 108; MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, op. cit., pág. 177.

¹³¹⁸ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 259 y 260; ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices*, op. cit., págs. 85 y 86.

¹³¹⁹ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 19, 20, 83 y 84. En el mismo sentido, GARCÍA CAVERO, Percy, “La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú”, op. cit., pág. 188; GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, op. cit., págs. 229 y 236. En una postura análoga, FRISCH, Wolfgang, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, op. cit., pág. 80.

¹³²⁰ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 77. En sentido análogo, ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito. Fundamento y límites*, op. cit., págs. 256 y 257.

¹³²¹ Vid. CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, op. cit., págs. 38 y sigs; GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, op. cit., pág. 234.

¹³²² JAKOBS, Günther, “Dolus malus”, traducción del alemán por Yamila FAKHOURI GÓMEZ, en *Indret* 4/2009, pág. 19.

El verdadero juicio de la imputación jurídico-penal proviene del quebrantamiento del rol social¹³²³, recordemos que el rol social es un haz de derechos y deberes y que se materializa con las expectativas normativas, lo que quiere decir que el rol social fija el contorno de las expectativas normativas de la intervención en las interacciones sociales, pues con él se puede saber cuándo la organización y gestión corresponde al portador del rol social o a una gestión ajena¹³²⁴.

El rol social aplicado como un baremo objetivo y normativo en la imputación objetiva, y materializado en la prohibición de regreso, trae como consecuencia la afirmación del carácter neutral de la conducta practicada por un oficio o profesión estereotipados socialmente (que en este sentido es el de taxista), y como tal goza de independencia sobre el juicio normativo de la imputación, con relación a los planes delictivos de un autor (secuestradores) que se aprovecharon de dicha actividad cotidiana para lograr el fruto del ilícito¹³²⁵. En el contexto social de la interacción social, el taxista obró conforme a los deberes que tiene de acuerdo a su rol social especial de transportar el paquete con dinero al lugar del destino finado por la empresa y que solicitaron los secuestradores, y se deben tener al margen los datos psíquicos que puede tener en su mente, porque no son jurídico-penal relevantes para el juicio de imputación, esto es porque la garantía de una coexistencia de la libertad de actuación que da el Derecho penal no comienza con la interpretación de lo interno de la persona, sino más bien con la captación del significado jurídico de la conducta en su interacción en el entorno social¹³²⁶. Esto quiere decir que, si el taxista al prestar un servicio se entera de los planes delictivos de un autor (secuestrador), y brinda su aportación, se está involucrando en un hecho delictivo, aunque no se convierte en garante de lo que el autor (secuestrador) haga con el servicio que presta, pues la esfera de organización y de gestión del taxista no está intrínsecamente conectada con el plan delictivo. Pues el único conocimiento exigible penalmente es el perteneciente a su esfera de organización mediante la interacción de su rol social, esto es, el conocimiento estandarizado, que se sustrae a la constitución individual de su portador como titular de una posición de deber¹³²⁷. Los

¹³²³ CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, op. cit., págs. 28, 29 y sigs. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., pág. 66.

¹³²⁴ *Vid. supra* este mismo capítulo correspondiente C) Funciones del ejercicio de un rol.

¹³²⁵ CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., pág. 187; ID., *Normativismo e imputación jurídico-penal*, op. cit., págs. 54 y sigs; ID., *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 81.

¹³²⁶ JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estudio previo a la lesión de un bien jurídico”, traducción del alemán por Enrique PEÑARANDA RAMOS, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 311; ID., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 261. En el mismo sentido, ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito. Fundamento y límites*, op. cit., págs. 65, 66, 70 y 71.

¹³²⁷ JAKOBS, Günther, “Representación del autor e imputación objetiva”, traducción del alemán por Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de

conocimientos especiales son irrelevantes para el Derecho penal porque se sustraen del estándar que toda actuación debe conocer como parte de su rol social que ejerce en el mundo social¹³²⁸. No es lo que la persona conoce o puede conocer, sino más bien lo que debe conocer en su parcela de la realidad social, por la posición que realiza con su rol social, el fundamento de relevancia jurídico penal¹³²⁹.

El rol social especial de taxista no determina infracción de su deber ni de su rol social¹³³⁰, pues en el injusto del secuestro planteado la organización total, o sea, el plan delictivo fue realizado y perpetrado por los secuestradores que contrataron a un taxista para recoger el botín fruto del delito y los secuestradores son quienes infringen el deber negativo, en cambio, el taxista sólo realiza una conducta neutral, estereotipada, al prestar el servicio, lo que quiere decir que no hubo un reparto de trabajo, ni de tareas entre el taxista y los secuestradores, pues aquél se limitó a cumplir con su rol social de llevar el objeto¹³³¹, un paquete de dinero, al lugar donde los secuestradores acordaron, no habiendo un nexo objetivo entre el plan delictivo y la conducta neutral del taxista.¹³³² Distinto sería si en un secuestro exprés¹³³³, donde se ocupan los taxis para realizar el secuestro por la Ciudad de México, el taxista realmente presta un servicio de transporte, pero en el transcurso del camino o destino se desvía para encontrarse con sus cómplices del secuestro exprés, para sustraer dinero y las pertenencias del pasajero, pues en tal supuesto objetivamente la prestación del taxista no es neutral sino incurso en el plan delictivo del secuestro exprés y por ello, por lo que podrá ser calificado como cómplice o favorecedor¹³³⁴ en el injusto, pues el

Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 236.

¹³²⁸ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 97 y 98; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 113 y 114.

¹³²⁹ CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 81 y 82; GARCÍA CAVERO, Percy, “La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú”, op. cit., pág. 189.

¹³³⁰ Cfr. FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., pág. 66; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso”, op. cit., pág. 104.

¹³³¹ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 32, 33, 83 y 84. Al respecto Günther JAKOBS menciona que “el taxista no participa de las buenas obras del cliente; si éste al llegar a su destino realizara piadosa donación, nadie ensalzará al taxista por ello. Del mismo modo permanece distanciado de las malas obras, puesto que éstas tampoco forman parte del segmento de la realidad que tienen en común” (pág. 33).

¹³³² Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 74 y sigs; GARCÍA CAVERO, Percy, “La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú”, op. cit., págs. 192 y sigs. Cfr. OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, op. cit., págs. 1717.

¹³³³ Vid. *supra* capítulo II inciso III Morfología del secuestro, letra B) Secuestro exprés. Para mayor profundidad sobre la tipología, morfología y criminalidad del auto-secuestro.

¹³³⁴ Vid. STS 173/1995, ponente: Francisco SOTO NIETO (Antecedentes de Derecho págs. 1 y sigs); STS 7121/1995, ponente: Francisco SOTO NIETO (Antecedentes de Derecho págs. 1 y sigs). En la doctrina JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 88 y 89.

sentido del comportamiento es totalmente delictivo, así en una defraudación normativa de un deber negativo, en la que se agota el sentido de lo socialmente adecuado¹³³⁵ por infracción a la norma, o sea, deslealtad normativa. En este supuesto del secuestro exprés no es aplicable la teoría de la prohibición de regreso por su déficit de deslealtad normativa, porque objetivamente el interviniente está aportando y contribuyendo al plan delictivo y su conducta de taxista deja de ser neutral por las aportaciones objetivas a la planeación delictiva, pues hay un reparto del trabajo para la realización delictiva del alcance del tipo¹³³⁶, en cuanto el taxista aborda a un pasajero y se desvía de la ruta del destino para reunirse con sus cómplices y subirlos al taxi, para despojar las pertenencias y dinero del cliente¹³³⁷.

Retomando nuestro primer supuesto, en que el taxista recoge el rescate del secuestro en el lugar indicando y lo lleva posteriormente al lugar donde se encuentra uno de los secuestradores para entregar el fruto del injusto, la conducta del taxista es neutral y no aporta objetivamente al plan delictivo de los secuestradores, por ello rige la prohibición de regreso por haber cumplido con su rol social cabalmente, por no pasar el umbral del riesgo permitido en su actividad cotidiana, y por ello daría lugar a la atipicidad de la conducta del injusto del secuestro. Sin embargo, esta interacción no significa que el taxista esté totalmente liberado de la actuación, pues la neutralidad de su conducta con el injusto del secuestro esta blindada por su rol social especial, pero queda el rol general o común, o sea, el rol social de persona en derecho, porque detrás de cada rol social especial hay un rol social general o común, y el titular del rol social especial tiene un deber subsidiario que se matiza con el deber de solidaridad mínima, como por ejemplo el deber de socorro a la víctima o de denunciar el hecho a la autoridad competente, especialmente cuando el ejercicio de rol social expone a un tercero a una situación de peligro. Por ejemplo, en nuestro caso hipotético, el taxista al momento de entregar el paquete con el rescate se da cuenta que la persona que lo recibe era un conocido secuestrador, ya que lo había visto en las noticias de los medios de comunicación como uno de los integrantes de una organización criminal que se dedica al secuestro, incluso supo del secuestro de una joven que mantenía secuestrada el grupo criminal.

¹³³⁵ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 88 y 89; GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, op. cit., pág. 231.

¹³³⁶ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 91 y sigs; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., pág. 73; GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, op. cit., págs. 228 y sigs.

¹³³⁷ Vid. JAKOBS, Günther, “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, op. cit., págs. 257 y sigs. Cfr. CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, op. cit., pág. 34.

Naturalmente el taxista no es cómplice del injusto del secuestro¹³³⁸, pero es garante¹³³⁹ y tiene el deber de denunciar a las autoridades sobre el conocimiento de la ubicación o entrega del dinero del rescate, para neutralizar el delito del secuestro o arrestar a la organización criminal de secuestradores. Incluso podría ayudar a liberar a la víctima del secuestro en caso que de los secuestradores aún no la hayan liberado. Este deber proviene del deber negativo de la persona en derecho o del ciudadano en derecho, en que todas las interacciones sociales no nos incumben del todo, sino sólo en aquellas parcelas de la realidad que son correspondientes a nuestro rol social, pero con la salvedad de deber de solidaridad mínima, que se materializa en el deber de socorro o denunciar a las autoridades el conocimiento de algún ilícito penal¹³⁴⁰.

El fundamento del deber de solidaridad mínima es el fomento de las expectativas normativas que se materializan en el deber de omisión de socorro o de auxilio a la víctima¹³⁴¹. El ciudadano es parte del sistema social, y como tal colabora con la administración de su segmento de la realidad social, es decir, el ciudadano en derecho se integra como miembro en el servicio de la estabilidad normativa, mediante su prestación al sistema jurídico. Para lograr una adecuada actividad social y una armonía social, el ciudadano ha de cumplir sus deberes como persona en derecho para mantener el orden social, y si conoce de alguna desviación debe dar conocimiento a la autoridad correspondiente para retomar el flujo de comunicación contra-fáctico de la vigencia de la norma. En este contexto el deber de solidaridad mínima se muestra como la fuerza subsidiaria sobre la deslealtad normativa, en relación con el deber negativo quebrantado, y muestra que debe ser respetado por los miembros de la sociedad, incluso comunica que se vean respetados por las conductas neutrales¹³⁴².

¹³³⁸ Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 95 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 95 y sigs; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 111 y sigs.

¹³³⁹ Vid. GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, op. cit., págs. 234, 235 y 236.

¹³⁴⁰ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 83 y sigs; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 82 y sigs; GARCÍA CAVERO, Percy, “La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú”, op. cit., págs. 194 y 195; GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, op. cit., pág. 230. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso”, op. cit., págs. 104, 105 y 110.

¹³⁴¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 259 y 265. Como también, ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito. Fundamento y límites*, op. cit., págs. 70 y 71.

¹³⁴² Vid. JAKOBS, Günther, “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, op. cit., págs. 257, 258 y 263; ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices*, op. cit., págs. 85 y sigs; CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., págs. 189 y sigs; ID., *Normativismo e imputación jurídico-penal*, op. cit., págs. 33, 34, 57 y 58; ID., *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 96 y 97. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., pág. 95; POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., págs. 46 y 47; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de*

En conclusión, la prohibición de regreso como filtro de la imputación objetiva no anula deberes existentes, sino que al contrario establece que el comportamiento actual o estereotipado es insuficiente para el juicio de imputación jurídico-penal¹³⁴³.

c) Caso del mediador en el secuestro

La mediación en el secuestro ha generado una diversidad de criterios dogmáticos y jurisprudencial, pues unos autores estiman que es una causa de atipicidad¹³⁴⁴, otros una causa de justificación de estado¹³⁴⁵ de necesidad¹³⁴⁶ o de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo profesión¹³⁴⁷, en tanto que la

Derecho penal. op. cit., págs. 93 y 94; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 112 y 113.

¹³⁴³ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 33, 34 y 86; GARCÍA CAVERO, Percy, “La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú”, op. cit., págs. 194 y 195; GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, op. cit., pág. 230. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso”, op. cit., págs. 105 y 106.

¹³⁴⁴ Vid. LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La mediación en detención ilegal. ¿Una conducta atípica o justificante?”, *Jueces para la democracia*, número 20, Madrid, 1993, págs. 64 y 65; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, M^a Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op., cit., págs. 259 y 260; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., pág. 146.

¹³⁴⁵ Vid. *infra* capítulo VIII Exclusión de la antijuricidad y la culpabilidad: Causas de justificación y de inculpabilidad, inciso B) Estado de necesidad, número 2 Casos de estado de necesidad en el secuestro, letra b) Cumplimiento de la condición (pago del rescate).

¹³⁴⁶ Vid. LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La mediación en detención ilegal. ¿Una conducta atípica o justificante?”, op. cit., págs. 62 y sigs; VALLE MUÑIZ, José Manuel, “El elemento subjetivo de la eximente de estado de necesidad y el delito de colaboración con bandas armadas. Comentarios a la STS de 5 de diciembre de 1994”, *AP*, tomo 1, Madrid, 1995, págs. 241 y sigs; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad. Legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes”, en Albin ESER, Enrique, GIMBERNAT ORDEIG, Walter PERRON (Edit.), *Justificación y exculpación en Derecho penal. Coloquio Hispano-Alemán de Derecho penal*, Editorial Gráficas arias montano, S. A., Madrid, 1995, págs. 70 y 71; ID., “Piratas sin pata de palo”, *Diario el mundo*, 24 de noviembre del 2009 (Accesible en: <http://www.elmundo.es/opinion/tribuna-libre/2009/11/21232370.html>); ID., “De nuevo sobre el caso Haidar”, *Diario El Mundo*, 15 de diciembre del 2009. (Accesible en: <http://www.elmundo.es/opinion/tribuna-libre/2009/12/21531902.html>); ID., “Prólogo a la segunda edición, julio de 1996”, *Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, Edición preparada por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, con la colaboración de Esteban MESTRE DELGADO, 22^a edic, Editorial Tecnos, 2015, pág. 71; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., págs. 145 y sigs; MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “Caso de los intermediarios en secuestro”, en Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2^a edic, Editorial La ley, Madrid, 2011, págs. 485 y sigs. Como también, SANZ MORÁN, Ángel José, *Los elementos subjetivos de justificación*, op. cit., págs. 35, 34, 35, 44, 45.

¹³⁴⁷ LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La mediación en detención ilegal. ¿Una conducta atípica o justificante?”, op. cit., pág. 62; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., pág. 147.

jurisprudencia¹³⁴⁸ la ha considerado como una conducta típica de colaboración genérica con banda armada¹³⁴⁹.

En mi opinión, la mediación en el injusto del secuestro es una conducta neutral¹³⁵⁰, que está dentro de lo socialmente permitido, ya que es una conducta estereotipada, inocua, de lo socialmente adecuado y sólo por el hecho de un conocimiento especial sobre la ilicitud de una conducta no debe ser merecedora de pena por colaboración, cooperación o favorecimiento con banda armada. La actividad del mediador o intermediario en el secuestro se realiza desde el momento en que es conocido por los familiares de la víctima del secuestro que se la ha privado de su libertad ambulatoria y contratan a un mediador calificado, abogado, conciliador, o bien uno de los integrantes de la familia hace la función de mediador¹³⁵¹, siendo la actividad de la mediación viable y aplicable no sólo en el injusto del secuestro, sino también en las conductas ilícitas de detención ilegal, extorsión, coacción, amenazas condicionales, por el cobro de llamado impuesto revolucionario¹³⁵² (caso de ETA)¹³⁵³. El mediador actúa de transmisor entre la víctima y su familia y la organización delictiva en la fase de la negociación de las

¹³⁴⁸ Vid. STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 17 de noviembre de 1994, Rec. 246/1994, ponente: Luis Ramón PUERTA LUIS, *La ley juris* 14230/1994; STS, sala 2ª de lo penal, 5 de diciembre de 1994, ponente: José Antonio MARTIN PALLIN, Vlex-202721839 (Accesible en <http://vlex.com/vid/-202721839>); STC, Sala Primera, Sentencia de 26 Marzo de 1996, Rec. 79/1995, ponente: Vicente GIMENO SENDRA, *La ley juris* 4235/1996; STS 3057/2009, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE; Audiencia Nacional, sala de lo penal, Sección 2ª Sentencia de 12 de diciembre del 2011, Rec. 50/2011, ponente: Ángel Luis HURTADO ADRIÁN, *La ley juris* 231611/2011; Audiencia Nacional, sala de lo penal, Sección 2ª Sentencia 16/2014 de 24 de junio del 2014, Rec. 19/2008, ponente: Ángel Luis HURTADO ADRIÁN, *La ley juris* 95984/2014.

¹³⁴⁹ Vid. LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La mediación en detención ilegal. ¿Una conducta atípica o justificante?”, op. cit., págs. 51 y sigs; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2011, pág. 152; ID., “Delitos contra la libertad”, en Lorenzo MORILLAS CUEVAS (Dir.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015, págs. 139 y 140.

¹³⁵⁰ BOLEA BARDÓN, Carolina, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 138. “Sin embargo, no cabe descartar que la conducta del intermediario o de otras personas relacionada con el secuestro sea considerada neutral”.

¹³⁵¹ Vid. *infra* capítulo VII Exclusión de la antijuricidad y la culpabilidad: Causas de justificación y de inculpabilidad, inciso B) Estado de necesidad, número 2 Casos de estado de necesidad en el secuestro, letra b) Cumplimiento de la condición (pago del rescate).

¹³⁵² En las actividades delictivas de terrorismo y delincuencia organizada es muy usual que este tipos de grupos realicen extorsiones o amenazas condicionales para cobrar el llamado impuesto revolucionario tratándose de grupos terroristas, por ejemplo ETA, en cambio, la delincuencia organizada realiza el cobro del Derecho de piso a todo empresario, negocio, etc., de la zona para dejarlos trabajar, con la excusa de que el territorio es de ellos y a cambio del pago obtienen seguridad privada de los integrantes del grupo criminal, o sea, que el pago es para que no les roben, secuestren, lesionen la integridad física a los miembros de su familia, trabajadores y clientes e incluso el que les deje trabajar en la zona de la forma tranquila y pacífica y no manchen la imagen pública de la empresa o negocio. Vid. *supra* capítulo II Noción y tipología del secuestro, inciso II Modalidades del secuestro, letra A) Secuestro extorsivo, correspondiente a los número 1. Secuestro económico y 2. Secuestro político.

¹³⁵³ Vid. CAPITA REMEZAL, Mario, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, op. cit., págs. 126 y sigs.

condiciones de cualquier índole (dar, hacer, no hacer) impuestas por los autores del injusto penal¹³⁵⁴.

a') Concepto de mediador

La Real Academia de la Lengua española¹³⁵⁵ define la mediación como la actividad desarrollada por una persona de confianza de quienes sostienen intereses contrapuestos, con el fin de evitar o finalizar un litigio, y al mediador como el profesional que interviene en la preparación de un contrato de seguro o reaseguro, en su celebración o en su gestión y ejecución. Ahora bien, en términos jurídicos la mediación es un procedimiento extra-judicial de resolución de conflictos en el que interviene un mediador para tratar de aproximar los puntos de vista de las partes en conflicto de modo que les permita alcanzar un acuerdo. A diferencia de lo que ocurre en el arbitraje, el mediador no resuelve el conflicto mediante una decisión obligatoria para las partes. También puede ser entendida como procedimiento no jurisdiccional de arreglo de controversia internacionales en el que interviene un tercero presentando propuestas de arreglo sin carácter obligatorio y tratando de lograr el acuerdo entre las partes. En el mismo contexto, jurídicamente se define al mediador(a) como la persona que intermedia o procura acuerdos para resolver controversias entre partes, y en el ámbito mercantil, la persona que pone en contacto o aproxima a otras partes a efecto de contratar o mejorar un contrato de mediación¹³⁵⁶. El mediador o interventor es aquella persona de buena fe, que intenta unir a dos partes o interceder por una de ellas, o al menos, como una especie de árbitro que sin necesidad de comprometerse con ninguno de los grupos que interviene se coloca en una posesión de neutralidad, para concertar un acuerdo entre ambas partes en conflicto¹³⁵⁷.

Al respecto se ha mencionado¹³⁵⁸ que la legislación española no define la actividad del mediador como una actividad ilícita, ilegal, pues la misma no tiene ninguna connotación negativa, sino todo lo contrario: el término mediación se utiliza para describir la conducta de una persona que ruega o intercede por otra, es decir, para definir a quien realiza una actividad moralmente positiva o, en el peor de los casos, la palabra alude a alguien que de modo neutral pone en relación a dos personas, actuando de forma moralmente indiferente; y si éste es el sentido gramatical o habitual e incluso jurídico del término, hubiera sido

¹³⁵⁴ LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La mediación en detención ilegal. ¿Una conducta atípica o justificante?”, op. cit., pág. 51.

¹³⁵⁵ Vid. Real Academia de la Lengua española, (Accesible en: <http://dle.rae.es/?id=Ojt3EXA>). Como también STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 17 de noviembre de 1994, Rec. 246/1994, ponente: Luis Ramón PUERTA LUIS, *La ley juris* 14230/1994, (Fundamento de Derecho décimo, pág. 11).

¹³⁵⁶ AA.VV. *Diccionario del español jurídico*, Santiago MUÑOZ MACHADO (Director), Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2016, pág. 1062.

¹³⁵⁷ LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La mediación en detención ilegal. ¿Una conducta atípica o justificante?”, op. cit., pág. 52.

¹³⁵⁸ LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La mediación en detención ilegal. ¿Una conducta atípica o justificante?”, op. cit., pág. 52.

deseable que la noción penal se aproximara en mayor medida al mismo, como exige el principio de seguridad jurídica.

La labor del mediador en el injusto del secuestro consiste, como primera disyuntiva, en poner en relación a los sujetos o partes de un comportamiento delictivo, entendiendo por tales a la víctima o su familia y a los autores de la acción criminal u organización terrorista, y en este supuesto en particular el mediador interviene en la fase de negociación de las condiciones impuestas por los autores del secuestro, Por ello, no parece muy claro que la conducta del mediador resulte suficiente para fundamentar una incriminación penal, por colaboración, cooperación o favorecimiento, tipificado en alguna de las formas de la intervención delictiva de la delincuencia organizada o grupos terroristas¹³⁵⁹.

b') Neutralidad del mediador

La actividad de la mediación sólo puede ser realizada por un tercero, persona extraña al conflicto que no es ni víctima ni el autor del injusto del secuestro, ya que el único que impone las condiciones de la liberación de la víctima del secuestro es el autor o autores del secuestro, mas no el mediador que es un tercero extraño en el conflicto¹³⁶⁰. Por lo general y regular en la praxis jurídica, el mediador es un tercero, una persona ajena a las partes directamente implicadas, que interviene para dilucidar el conflicto y generar acercamiento entre ambas para la solución del problema. Sin embargo, si el mediador actuara con la banda o grupo de secuestradores previamente y de acuerdo con el plan delictivo del secuestro para intervenir en una fase previa a la ejecución del plan delictivo, por ejemplo, la elección de la posible víctima o víctimas, en tal caso sobra decir que el mediador deja de realizar una conducta neutral y será coautor en el injusto del secuestro realizado, pues deviene parte del plan delictivo, en el que están implicados la víctima y los autores del injusto del secuestro¹³⁶¹, por el acuerdo previo y sobre todo por las realizaciones objetivas en el plan delictivo.

El mediador en la interacción de un secuestro o de cualquier injusto penal es considerado como un *extraneus* no integrante en la organización criminal o terrorista, pero puede parecer como una forma intervención en los supuestos de la colaboración con banda armada del artículos 518 (delincuencia organizada o asociación delictiva) y artículo 577 del terrorismo. La autoría del injusto del

¹³⁵⁹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La mediación en detención ilegal. ¿Una conducta atípica o justificante?”, op. cit., pág. 52; EAD. (Coord.), “Delitos contra la libertad”, *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3ª. edic, Editorial Colex, Madrid, 2015, pág. 139; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, Mª Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op., cit., págs. 264, 265 y 266.

¹³⁶⁰ Vid. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., págs. 145 y 146.

¹³⁶¹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La mediación en detención ilegal. ¿Una conducta atípica o justificante?”, op. cit., pág. 52; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, Mª. Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op., cit., pág. 263; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., págs. 145 y 149.

secuestro corresponde a los integrantes y miembros del grupo criminal, mas no al mediador, que es un tercero (*extraneus*) que no tiene que ver con la comisión del injusto del secuestro directamente. Sin embargo, el agotamiento del injusto¹³⁶² exigiría el logro de la condición interpuesta por los secuestradores para liberar a la víctima, y aquí es donde el mediador realiza su labor para poder lograr un acuerdo entre los secuestradores y la liberación de la víctima.

Ahora bien, la designación del mediador es uno de los factores que la jurisprudencia ha tomado en cuenta para contemplar si la actividad del mediador es correcta o no: cuando el mediador es elegido por los familiares se considera impune la conducta, por la presunción de que su actividad está guiada por los intereses de la familia y de la víctima¹³⁶³, o de que se ha actuado para evitar un mal mayor¹³⁶⁴; en cambio, si el mediador es interpuesto por los secuestradores se presume que está dentro del plan delictivo¹³⁶⁵. Sin embargo, la actividad de la

¹³⁶² LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La mediación en detención ilegal. ¿Una conducta atípica o justificante?”, op. cit., pág. 53.

¹³⁶³ Audiencia Nacional, Sala de lo penal, Sección 2ª, Sentencia de 12 de diciembre del 2011, Rec. 50/2011, ponente: Ángel Luis HURTADO ADRIÁN, *La ley juris* 231611/2011, pág. 14: “examinando la intervención mediadora en el pago del llamado impuesto revolucionario, que no es otra cosa que una extorsión delictiva, distingue los casos en que el gestor -así se le denomina- pertenece al círculo nuclear del extorsionado o a su entorno -parientes, abogado del que era cliente antes del ataque a la libertad-, de aquellos otros en los que el gestor pertenece al círculo nuclear del extorsionador -ETA, o su entorno el abertzalismo radical-. Está fuera de toda duda que el primer supuesto queda fuera del ámbito típico de la colaboración con banda armada por falta de elemento intencional que es indispensable para configurar el delito. En los otros casos contemplados también es imprescindible la concurrencia del factor subjetivo sin que sea factible establecer juicios incriminatorios por la mera pertenencia de una persona a un entorno político determinado»”.

¹³⁶⁴ Audiencia Nacional, Sala de lo penal, Sección 2ª, Sentencia de 12 de diciembre del 2011, Rec. 50/2011, ponente: Ángel Luis HURTADO ADRIÁN, *La ley juris* 231611/2011, pág. 13. Cfr. STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 17 de noviembre de 1994, Rec. 246/1994, ponente: Luis Ramón PUERTA LUIS, *La ley juris* 14230/1994, pág. 14; STS, sala 2ª de lo penal, 5 de diciembre de 1994, ponente: José Antonio MARTIN PALLIN, págs. 1,2, 6 y 10. (Accesible en <http://vlex.com/vid/-202721839>).

¹³⁶⁵ STS 3057/2009, ponente Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Fundamento de Derecho II, pág. 141): “En efecto, como declaran las sentencias de esta Sala 197/1999 de 16.2 y 1230/1997 de 10.10, entre otras, el delito de colaboración con banda armada antes penado en el art. 174 bis a) del Código Penal 1973 y ahora en el art. 576 del Código Penal 1995, no se limita a los supuestos exclusivos de colaboración con las actividades armadas, es decir, en actuaciones dirigidas a atentar violentamente contra personas y contra bienes, ya que en este ámbito de la colaboración directa en los atentados violentos el referido tipo solamente cumple una función alternativa respecto de la sanción de los hechos como coautoría o complicidad en los concretos delitos cometidos, asesinatos, estragos, secuestros, mientras que donde el tipo despliega su más intensa funcionalidad es en los demás supuestos de colaboraciones genéricas, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada. Es decir que se integran en el delito todos los supuestos de facilitación de informaciones que coadyuvan a las actividades de la Organización armada, tanto si proporcionan directamente datos sobre víctimas seleccionadas previamente por la organización para un eventual atentado, como si se limitan a facilitar información genérica sobre víctimas posibles, no contempladas todavía en la planificación de la organización para un atentado previsto pero que, por sus características personales o profesionales (miembros de las fuerzas de seguridad, por ejemplo),

mediación, y sobre todo de la designación del mediador, no constituye un dato fáctico determinante para actuar en nombre o en representación de la víctima o de los actores del ilícito penal, ya que no implica una base jurídica de imputación el hecho que los autores del injusto nombren mediador¹³⁶⁶.

Sin embargo, el punto de partida del juicio jurídico-penal de la actividad del mediador no debe ser el establecimiento del mediador como tal por uno de los integrantes del conflicto del secuestro, sino más bien la relevancia en la ejecución del delito y las aportaciones objetivas que pudieran darse en la planeación delictiva, mas no el simple hecho de tener un conocimiento especial de la ilicitud de la acción, en un Derecho penal de acciones y no de meras intenciones (móviles, ánimos y subjetivo)¹³⁶⁷ que no lleva a la objetividad y veracidad de los hechos en la praxis jurídica¹³⁶⁸.

La dogmática jurídico-penal tradicional imputaba conductas por el sólo hecho de colaborar o favorecer un acto ilícito, pues consideraba las formas de participación causal-psicologicista, y así se imputaba la responsabilidad penal a título de participación por el simple hecho de prestar un favorecimiento causal y consciente a un hecho delictivo ajeno. Según este dogma, el mediador contribuye a que el secuestrador agote el injusto del secuestro y si conoce esta circunstancia realiza una conducta de colaboración con banda armada o terrorismo. Tal criterio de imputación en la intervención delictiva ha sido abandonada por la moderna dogmática penal, ya que supone una limitante extensa en la libertad genérica de acción imposible de justificar desde el punto de vista de la actual configuración de las relaciones sociales. El anterior dogma llevaba a castigar toda conducta lícita en la que se llega a tener como probable que puede favorecer la actividad delictiva de los terceros (delincuentes), en tanto que la dogmática actual sostiene que determinadas conductas que implican un riesgo de favorecimiento de un tercero (del delincuente) no constituyen participación en el delito¹³⁶⁹.

constituyen eventuales objetivos, e incluso si dicha información constituye una aportación eficaz al funcionamiento de la banda (facilita la comunicación entre los comandos o de éstos con la cúpula de la organización, favorece la obtención de medios económicos, transportes, entrenamiento, reclutamiento, etc.), en cuestiones distintas a las acciones armadas, propiamente dichas”.

¹³⁶⁶ LAMARCA PÉREZ, Carmen, (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 138.

¹³⁶⁷ Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, *Los elementos subjetivos de justificación*, op. cit., págs. 33-35. Cfr. VALLE MUÑIZ, José Manuel, “El elemento subjetivo de la eximente de estado de necesidad y el delito de colaboración con bandas armas. Comentarios a la STS de 5 de diciembre de 1994”, op. cit., págs. 244 y sigs

¹³⁶⁸ Vid. VALLE MUÑIZ, José Manuel, “El elemento subjetivo de la eximente de estado de necesidad y el delito de colaboración con bandas armas. Comentarios a la STS de 5 de diciembre de 1994”, op. cit., pág. 249; BLANCO CORDERO, Isidoro, “Negocios socialmente adecuados y delitos de blanqueo de capitales”, *ADPCP*, tomo 50, fascículo I, Madrid, 1997, pág. 278.

¹³⁶⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, *Diario La Ley*, la ley 39749/2008 número 7015, Madrid, 18 de septiembre de 2008, pág. 2. (Accesible en: <http://0-laleydigital.laley.es>.)

Para una gran parte de la doctrina¹³⁷⁰, son conductas neutrales aquellas que abordan el tratamiento jurídico que debe merecer un grupo de supuestos con una estructura constante, en los que de algún modo puede identificarse un efecto favorecedor en términos causales al autor del delito mediante conductas estándar, estereotipadas o ejecutadas conforme a un rol o estándar social o profesional¹³⁷¹. Para el correcto tratamiento de estos supuestos, la doctrina dominante es partidaria de restringir su punibilidad en el nivel de la tipicidad. A partir de aquí las opiniones se dividen entre quienes ubican la restricción en el seno del tipo subjetivo y quienes lo hacen ya en el propio tipo objetivo.

La problemática de la postura subjetivista es que la punibilidad en la participación depende del grado de conocimiento especial que tiene el mediador o quien ejecuta la acción de interventor (intermediario) en un secuestro, ya que puede ser catalogada dicha acción como cooperación sobre la comisión realizada por el secuestrador, pues resulta favorecido el secuestrador porque el mediador contribuye al agotamiento del secuestro, es decir, a la entrega del dinero y rescate a cambio de la libertad de la víctima. Por ello, un sector de la doctrina que está a favor de la postura subjetivista¹³⁷² distingue entre acciones llevadas a cabo con dolo directo, o las efectuadas con dolo eventual. Las acciones realizadas con dolo directo daría sin ninguna duda la participación punible, las segundas en cambio la excluirían. Sin embargo, esta postura sobre el dolo eventual como factor de delimitación merece, por lo menos, dos objeciones. En primer lugar, en el caso

¹³⁷⁰ Vid. JAKOBS, Günther, “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, op. cit., págs. 241 y sigs; especialmente véase la página 257; FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., págs. 249 y sigs; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 86; ID., “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., págs. 158 y 159; POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., pág. 45; ID., “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., págs. 94 y 95; ID., “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcional”, op. cit., pág. 70; CARO JOHN, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal*, op. cit., págs. 25 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 93 y 94; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 109, 110 y 111; ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito. Fundamento y límites*, op. cit., págs. 97 y sigs; BLANCO CORDERO, Isidoro, “Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado”, op. cit., págs. 857 y 859; GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, op. cit., pág. 231. Cfr. OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, op. cit., págs. 1707, 1708 y 1710.

¹³⁷¹ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, op. cit., pág. 2.

¹³⁷² Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, op. cit., págs. 419 y 421; ID., “Observaciones sobre la prohibición de regreso”, op. cit., págs. 175 y sigs; LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La mediación en detención ilegal. ¿Una conducta atípica o justificante?”, op. cit., págs. 53 y sigs; EAD. (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 139 y sigs; VALLE MUÑIZ, José Manuel, “El elemento subjetivo de la eximente de estado de necesidad y el delito de colaboración con bandas armadas. Comentarios a la STS de 5 de diciembre de 1994”, op. cit., págs. 246 y sigs; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, Ma. Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op., cit., pág. 259, 260, 262 y sigs; CAPITA REMEZAL, Mario, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, op. cit., págs. 148 y 149.

del conocimiento seguro del favorecimiento de la entrega del rescate por la comisión del secuestro se afirma la responsabilidad penal, pese a que la conducta se mueve objetivamente en el plano de la neutralidad¹³⁷³, pues tal conocimiento convierte en penalmente relevante una aportación que en sí no lo era. En segundo lugar, esta postura subjetivista implica trazar una diferencia entre las formas de dolo que el Código Penal español no contempla en su contenido. Por ello, no parece consistente esta postura doctrinal de que el deber de abstenerse de favorecer desaparezca en casos de duda, sospecha o probabilidad en el caso del mediador en el secuestro, pues no sucede lo mismo cuando hay un conocimiento seguro o prácticamente seguro, y si no existe el deber de informarse ante la situación, tampoco podrá admitirse su relevancia cuando la información es adquirida por el mediador. El debate sobre la problemática de la postura subjetiva se encuentra en una cuestión mucho más amplia y compleja como es la determinación de la relevancia de los aspectos subjetivos en la fundamentación del injusto penal¹³⁷⁴.

Por ello, para delimitar si la conducta del mediador es socialmente adecuada o no, es necesario tomar en consideración el contexto objetivo de la conducta del mediador y es ahí donde se deberá verificar la conducta potencial del favorecimiento. En los casos de conductas adecuadas a lo profesional se admite que el conocimiento probable no es suficiente, sino que se requiere un conocimiento seguro. Cuando se quiere imputar con la base del conocimiento seguro, lo que se pretende es denunciar el carácter delictivo de la conducta del favorecedor, aunque la misma sea a primera vista una conducta normal. Este dato del conocimiento seguro cumpliría el papel de ser un indicio que podría llevar a la afirmación de la inadecuación social de la conducta. Sin embargo, admitiendo este aspecto subjetivo de la responsabilidad del sujeto activo, sólo podrá afirmarse el veredicto de la imputación una vez que se confirme que la configuración de la conducta en su contexto es objetivamente delictiva, esto es, que no es posible la identificación de la acción con una conducta permitida. Esto quiere decir que en todas aquellas conductas que se realizan en el contexto de la neutralidad o adecuación profesional el elemento del dolo directo es un indicio que sólo permitiría un juicio hipotético de responsabilidad, y que quedará desvirtuado tan pronto como la conducta del sujeto pueda explicarse como objetivamente permitida. Sin embargo, lo que debe poner de relevancia es el contexto social que delimita las esferas de actuación de los ciudadanos en forma de deberes de abstención, por ejemplo, los ya nombrados deberes negativos¹³⁷⁵, de no dañar a otro, de no lesionar a otro.

¹³⁷³ *Vid.* LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La mediación en detención ilegal. ¿Una conducta atípica o justificante?”, op. cit., págs. 54 y sigs; EAD. (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 139 y sigs; CAPITA REMEZAL, Mario, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, op. cit., pág. 149.

¹³⁷⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, op. cit., págs. 2 y 3.

¹³⁷⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, op. cit., pág. 3.

En esta opinión¹³⁷⁶, los contextos propios de las conductas neutrales (profesionales, estándares, comerciales, etc.) no modifican negativamente la posición del potencial favorecedor frente a los terceros, sino que, en todo caso, se mueven en el marco de una relación positiva, eventualmente intensificada, entre el mediador y la víctima. Esto último no da lugar a la sanción de la conducta en forma de participación (si el favorecimiento llega a producirse), sino, en su caso, como omisión pura.

Sin embargo, es necesaria la utilización de los criterios e institutos de la imputación objetiva con el fin de deslindar aquellas conductas¹³⁷⁷ que crean un riesgo desaprobado de intervención delictiva de aquellas otras conductas que se mueven en el ámbito del riesgo permitido y por ello, son neutrales. En este sentido, se puede determinar que deberá negarse la participación en el delito, siempre que no existiendo posiciones jurídicas específicas para evitar que determinados bienes o determinadas actividades pasen a formar parte del proyecto delictivo ajeno. En este contexto especial, habrá que atender a los datos objetivos de la realización criminal que será el punto de apoyo para interpretar el sentido de la conducta en cada contexto social. En los casos de prestaciones profesionales, como la del mediador del secuestro, se trata de una conducta que no contiene en sí misma un riesgo jurídico especial de continuación delictiva y no puede entenderse que se adapta al hecho que va a ser cometido, sino que se agota en el estándar normativo que define el contexto en el que se realizó¹³⁷⁸, es decir, se mantendrá en la neutralidad si se circunscribe a la pura entrega del dinero o rescate, pero no será neutral si con posterioridad a la entrega del rescate el mediador sigue colaborando con el grupo criminal.

El profesional que dentro del umbral del riesgo permitido realiza una conducta en el marco de su actividad laboral se comporta estructuralmente como un omitente, que simplemente deja o no impide que el autor cometa el delito. Sólo cabe afirmar la infracción de un deber específico cuando el mediador deja de actuar en el ámbito de lo estrictamente profesional (riesgo permitido), y pasa a integrarse en el hecho criminal mediante una adaptación específica. Sin embargo, esto no sucede por regla general, ya que los profesionales no son garantes de evitar la realización de conductas delictivas de sus clientes o de terceros. La prestación de servicios profesionales se agota en la simple creación de las condiciones a partir de las que otro puede llegar a cometer un delito, lo que no es

¹³⁷⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, op. cit., pág. 3. Como también, ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito. Fundamento y límites*, op. cit., pág. 300.

¹³⁷⁷ Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, “Recensión a: Jesús María SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, op. cit., págs. 223, 226, 228 y 231.

¹³⁷⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, op. cit., pág. 3. Como también, ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices*, op. cit., págs. 23 y sigs.

suficientemente para constituir participación punible, por muy útil que ello resulte al autor¹³⁷⁹, como en el presente caso la entrega del dinero al secuestrador.

Por ello, el tratamiento de las aportaciones realizadas en el marco de la actividad profesional se mueve al margen de la complicidad o cooperación en el delito¹³⁸⁰, aunque no será el caso cuando el no impedir la comisión de delito esté tipificado como delito independiente. Las actividades características de las prestaciones de servicios profesionales son de utilidad en ocasiones para la comisión delictiva mediante procedimientos disponibles de modo general para cualquier persona, por ejemplo, préstamo o renta de bienes ubicuos, servicios estándar, medios socialmente adecuados o reconocidos por el ordenamiento jurídico, que no poseen objetivamente ni la relevancia ni la especificidad necesaria para convertir el hecho antijurídico del autor en hecho propio de quien las realiza. Por eso, la aplicación delictiva de la prestación de servicios profesionales es exclusivamente autorresponsabilidad del autor¹³⁸¹.

Para determinar el reproche jurídico penal del mediador en el secuestro, es necesario aplicar los institutos de la imputación objetiva. El mediador tiene un rol social especial, y si realiza la mediación dentro del umbral del riesgo permitido y del rol social especial de mediador está blindada y cubierta como actividad correcta conforme a derecho. La forma de constatar que es una acción cubierta por el riesgo permitido es verificar su conformidad con la *lex artis* es decir, la ley reguladora de la mediación estandarizada y estereotipada¹³⁸².

Ahora bien, la mediación, así como cualquier actividad social que esté cubierta por el rol social, contiene deberes y obligaciones, negativos y positivos, y la actividad de la mediación no es la excepción. El mediador tiene el deber negativo de no infringir la fidelidad al ordenamiento, y los deberes positivos de su actividad profesional de salvaguarda o protección de bienes jurídicos a todo aquel que se halla en situación de peligro, como el deber de socorro y de impedir

¹³⁷⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, op. cit., pág. 4.

¹³⁸⁰ STS 484/2007, ponente Enrique BACIGALUPO ZAPATER (Fundamentos de Derecho II, pág. 20): “A estos fines la teoría y algunas jurisprudencias europeas han elaborado diversos criterios para establecer las condiciones objetivas en las que un acto "neutral" puede constituir una acción de participación. En este sentido se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc”.

¹³⁸¹ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, op. cit., pág. 4.

¹³⁸² ROBLES PLANAS, Ricardo, “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, op. cit., pág. 7. *Vid.*, especialmente, TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma”, op. cit., pág. 394.

determinados delitos, que corresponden a cualquier ciudadano en la sociedad de hoy en día¹³⁸³.

Sin embargo, el mediador tiene una serie de deberes especiales por la realización de su actividad y que también se dividen en positivos y negativos. Los deberes negativos especiales definen la posición jurídica de aquellos sujetos que recae la actividad de la mediación. Los deberes negativos especiales pueden determinar sin excusa el juicio jurídico penal de intervención delictiva y los deberes positivos especiales surgen de las necesidades de protección de bienes jurídicos, cuya infracción puede dar lugar a la responsabilidad por omisión en las formas de omisión puras agravadas o especiales¹³⁸⁴.

Por ello, si el mediador no configura o contribuye a la configurar una operación objetiva de secuestro o de detención ilegales con amenazas condicionales, donde verdaderamente existe el favorecimiento con la banda criminal, y únicamente infringe el deber de colaboración en la persecución del delito (denuncia o querrela), el reproche jurídico-penal sólo puede partir de una posesión de garante¹³⁸⁵. En otras palabras, el reproche jurídico penal de relevancia de la actividad del mediador se fundamenta en aportaciones objetivas al plan delictivo, y la sola entrega del dinero o rescate agota el delito del secuestro¹³⁸⁶ y no integra la aportación objetiva del plan delictivo.

Es discutido el caso en que el mediador cobre honorarios¹³⁸⁷ por sus servicios prestados. El ejercicio de cualquier actividad profesional¹³⁸⁸, ya sea de

¹³⁸³ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, op. cit., pág. 11.

¹³⁸⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, op. cit., pág.11. Como también, JAKOBS, Günter, “La omisión. Estado de la cuestión”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra*, Editorial Civitas, Madrid, 2016, págs. 135 y sigs; ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices*, op. cit., págs. 26 y 27.

¹³⁸⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, op. cit., pág. 12.

¹³⁸⁶ Cfr. FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, M^a Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op., cit., pág. 268.

¹³⁸⁷ Vid. BLANCO CORDERO, Isidoro, “Negocios socialmente adecuados y delitos de blanqueo de capitales”, op. cit., págs. 281 y sigs.

¹³⁸⁸ BLANCO CORDERO, Isidoro, “Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales. La situación en Alemania tras la sentencia del tribunal constitucional alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3.2004)”, *RGDP*, número 3, 2005, pág. 15 nota al pie de página número 51. (Accesible en: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8&numero=3). Este autor fundamenta el cobro de honorarios como causa de justificación: “...A su juicio el comportamiento del abogado que cobre los honorarios correspondientes a los servicios profesionales realmente prestados, conociendo el origen delictivo de los bienes al momento de percibirlos, podría resultar justificado por la causa de justificación del ejercicio legítimo de un Derecho, oficio o cargo, si se cumplen los requisitos para apreciar tal causa de justificación...”

mediador, abogado, médico¹³⁸⁹ etcétera, es parte fundamental y constitutiva del Estado de Derecho, de manera que la imposición de deberes de colaboración penalmente reforzados, como sucede en ciertas actividades profesionales públicas, resulta incompatible con aquel reconocimiento. El problema surge cuando el cobro de honorarios procede de actividades delictivas, así el mediador cobra un porcentaje de su actividad de mediación en el secuestro, aunque dicha actividad puede estar cubierta por el principio de confianza entre abogados/mediadores de libre elección y los clientes que requieren de su servicio profesional para una efectiva defensa penal o una mediación de solución del conflicto¹³⁹⁰.

En conclusión, sólo se podrá imputar la conducta del mediador por aportaciones objetivas al plan delictivo¹³⁹¹⁻¹³⁹², y no por simples suposiciones subjetivas, pues lo relevante para la imputación son las aportaciones objetivas.

E) Concurrencia de riesgos

1. Fundamentación

La problemática de la concurrencia de riesgos surge de la circunstancia de que el comportamiento arriesgado no permitido (es decir, el riesgo por comportamiento defectuoso) del autor puede afectar a una situación que a su vez ya está amenazada por riesgo (por ejemplo: la víctima no ha adoptado las medidas de autoprotección que le incumben, o tiene una constitución débil o es puesta en peligro por otro autor)¹³⁹³. En tales situaciones, para verificar la

¹³⁸⁹ Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, *Los elementos subjetivos de justificación*, op. cit., págs. 33 y 45.

¹³⁹⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo, “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, op. cit., pág. 13. Como también, BLANCO CORDERO, Isidoro, “Negocios socialmente adecuados y delitos de blanqueo de capitales”, op. cit., págs. 281, 282 y 283. (Y lo fundamenta con el secreto profesional de la actividad profesionalista); ID., “Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales. La situación en Alemania tras la sentencia del tribunal constitucional alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3.2004)”, op. cit., págs. 16 y 17. (En este último artículo el autor lo fundamenta como causa de justificación el cobro de honorarios.

¹³⁹¹ Vid. *supra* este mismo capítulo correspondiente al b) caso del transportista o taxista, ciertamente es una actividad equivalente entre el mediador y el taxista porque en los dos casos se entrega el monto del rescate a los secuestradores, la única diferencia es que en este caso el mediador negocia el recate para liberar mucho más ágil y rápido a la víctima del secuestro.

¹³⁹² BLANCO CORDERO, Isidoro, “Negocios socialmente adecuados y delitos de blanqueo de capitales”, op. cit., págs. 285, 286 y 287, con referencia al cobro de honorarios como fundamento de la contribución al plan delictivo de los autores del injusto; ID., “Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales. La situación en Alemania tras la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3.2004)”, op. cit., págs. 17, 36, 37 y 38.

¹³⁹³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 269; ID., “Concurrencia de riesgos. Curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal”, traducción del alemán por Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*,

responsabilidad por comisión de delito, se debe determinar si el sujeto ha realizado el riesgo del que ha de responder. Los casos de concurrencia de riesgos se suelen dar en ámbitos vitales de la sociedad que a su vez se hallan genuinamente cargados de riesgos, por ejemplo, el tráfico vehicular o rodado, las actividades médicas, entre otras, y en estos casos pocas veces podrá adquirir de forma retrospectiva total claridad acerca del curso real de lo acontecido¹³⁹⁴. Cuando existe una concurrencia de riesgos entre el secuestro de una persona y la muerte de la misma por un accidente de tráfico, estamos ante un caso que si bien podría ser considerado hipotético es de la vida diaria de una cierta tolerancia al riesgo, sobre todo, en el tráfico vehicular.

2. Supuesto que el secuestrador lleva a la víctima en un maletero del auto y muere la víctima a causa de un accidente vehicular

Para explicar la concurrencia de riesgos en su relación con el riesgo, se ha invocado¹³⁹⁵ el ejemplo de un secuestro donde el secuestrador retiene a la víctima y la coloca en el maletero del vehículo y en el transcurso del viaje sufre un accidente vial por un tercer conductor que impacta con el auto del secuestrador por la parte de atrás del vehículo de éste resultando muerto el secuestrado. He aquí una hipótesis de responsabilidad penal del secuestrador y responsabilidad penal del tercero. En el presente caso existe un quebrantamiento del rol social de persona en derecho, es decir, del rol social básico de ciudadano en derecho, de un ciudadano fiel al ordenamiento, y al quebrantar el rol social básico su comportamiento¹³⁹⁶ sobrepasa el umbral del riesgo permitido¹³⁹⁷ al secuestrar a una persona y colocarla en el maletero de un vehículo para llevarla al lugar de la privación de la libertad, aunque la privación de la libertad comenzó con la detención de la víctima. Dentro de esta perspectiva del injusto el comportamiento de privar de la libertad ambulatoria a una persona es socialmente perturbador para el desarrollo de la vida social, pues se está infringido una norma de conducta¹³⁹⁸ que contiene un deber negativo de no dañar otra, y en el caso del secuestro el deber de no privar de la libertad ambulatoria a otra persona¹³⁹⁹.

y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 278.

¹³⁹⁴ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 120.

¹³⁹⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 274. Como también CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 333; ID., *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 105; ID., “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., pág. 172.

¹³⁹⁶ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 101. Como también WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte general. Exposición del texto legal reformado en vigor desde el 1/1/1975*, traducción del alemán por Conrado A. FINZI, 6ª. edición alemana de 1976, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1980, págs. 60 y 61.

¹³⁹⁷ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 272; REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 280.

¹³⁹⁸ Vid. JAKOBS, Günther, “Concurrencia de riesgos. Curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal”, op. cit., págs. 276, 277 y 278

¹³⁹⁹ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 101 y 102.

En el presente supuesto en que la víctima del secuestro muere por el accidente vehicular, cabe identificar que el riesgo creado por el autor del secuestro no fue el riesgo de homicidio imprudente o que muriera la víctima, por lo que el riesgo principal (privación de la libertad) creado por el autor carece de relación con el resultado producido, pues se creó un nuevo riesgo que no es competencia del primer interactuante con su desviación social, y esta cuestión es ámbito del baremo del fin de protección de la norma¹⁴⁰⁰.

Ahora bien, entre el riesgo anterior de la privación de la libertad y el riesgo nuevo del accidente y la muerte de la víctima sólo existe una vinculación la creación de riesgos no permitidos, aunque desde el punto de vista meramente natural su vinculación aun es mayor, pues existe una relación fáctica causal entre las conductas respectivas del secuestrador al colocar a la víctima en el maletero y el conductor del vehículo distraído, y por ello, de los resultados lesivos, pero aquí el ámbito de la imputación objetiva para filtrar dichos riesgos y determinar qué conducta es relevante en la causación del daño o el resultado provocado¹⁴⁰¹, desde la perspectiva normativa, y nos ayudara a dar el veredicto de la relevancia jurídico-penal, verificando el riesgo creado por el secuestrador. El secuestrador secuestra a una persona y la introduce en el maletero para transportarla al lugar de la privación de la libertad ambulatoria, por ello, ha defraudado la expectativa normativa contenida en el artículo 164 del Código Penal español, que impone un deber negativo de no privar de libertad a otro, y al quebrantar esta norma el secuestrador infringe su rol social de persona en derecho, si bien sólo será competente de la realización del riesgo propio del secuestro, o sea, la privación de la libertad, mas no la muerte de la víctima, pues sólo respondemos penalmente por nuestra gestión y organización tanto en las cosas buenas como en las

¹⁴⁰⁰ Vid. WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 60 y 61; ROXIN, Claus, “La problemática de la imputación objetiva”, op. cit., pág. 759; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 279; ID., “Concurrencia de riesgos. Curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal”, op. cit., págs. 288 y 289; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, 2ª. edic, op. cit., págs. 151, 156 y 157; ID., *Cursos causales irregulares e imputación objetiva*, Colección de maestros del Derecho penal número 35, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011, págs. 51 y 52; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 306, 308, 310, 630 y 631; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 105; ID., “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., págs. 171 y 172; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, Editorial Colex, 1997, págs. 107 y sigs. En la jurisprudencia, STS 16048/1993, ponente: Eduardo MONER MUÑOZ (Fundamentos de Derecho, pág. 5).

¹⁴⁰¹ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 106, 107 y 126; ID., “Concurrencia de riesgos. Curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal”, op. cit., págs. 276, 277, 278, 285 y 286; WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 60 y 61; REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., págs. 265, 278 y 279; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 305 y 307. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Cursos Causales irregulares e imputación objetiva*, op. cit., págs. 112 y 113. En la jurisprudencia STS 16048/1993, ponente: Eduardo MONER MUÑOZ (Fundamentos de Derecho, pág. 5).

malas¹⁴⁰². Conforme a nuestra garantía normativa¹⁴⁰³, sólo nuestra gestión y organización de la interacción social es el indicio de la infracción de una norma social¹⁴⁰⁴, y por eso cuando el secuestrador no creó el riesgo nuevo de la muerte de la víctima, pues el homicidio imprudente de la víctima se realizó por un riesgo nuevo generado por un tercero, un conductor distraído¹⁴⁰⁵, la competencia de la acción del conductor distraído recae sobre el homicidio y no sobre el secuestro¹⁴⁰⁶, y lo mismo sucederá con el secuestrador que sólo responderá por el secuestro, mas no por el homicidio imprudente¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰² Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 109 y 111.

¹⁴⁰³ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 270, 271 y 284; ID., *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 118, 119 y 126; PAWLIK, Michael, “Las competencias del ciudadano”, traducción del alemán por Ivó COCA VILA, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ / Ricardo ROBLES PLANAS / Nuria PASTOR MUÑOZ (Directores), *Ciudadano y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y delito en un estudio de libertades*, Editorial Atelier, Barcelona, 2016, págs. 90 y 91

¹⁴⁰⁴ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 273 y 279. Cfr. ROXIN, Claus, “La problemática de la imputación objetiva”, op. cit., pág. 765.

¹⁴⁰⁵ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 116: “...el hecho de que un segundo interviniente se comporte de modo defectuoso no es per se suficiente para exonerar al primero, pues este, sin razón alguna, ha impuesto, al menos, a quien interviene en segundo lugar la necesidad de solucionar el conflicto. Sin embargo, para que la imputación al primero no se vea interrumpida, el error del segundo interviniente ha de ser de naturaleza incidental; si el segundo se sale de su rol, es decir, se comporta de modo gravemente irracional, ello sucederá con ocasión del daño causado...”

¹⁴⁰⁶ Vid. ROXIN, Claus, “La problemática de la imputación objetiva”, op. cit., pág. 756; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 270; FRISCH, Wolfgang, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, op. cit., págs. 87, 90 - 93; PAWLIK, Michael, “Las competencias del ciudadano”, op. cit., págs. 89, 90 y 91. En un sentido equivalente, REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 285, si bien plantea un ejemplo de un grupo de delincuencia organizada (narcotráfico) que utiliza un avión para transportar la droga de un lugar a otro, pero durante el trayecto de la aeronave se cae en un casco urbano de una ciudad, por lo que el piloto no puede ser responsable de las muertes (homicidio por imprudencia) de los ciudadanos que mueren por la caída del avión, aunque el piloto sí responderá penalmente por un delito de contrabando o tráfico de estupefacientes.

¹⁴⁰⁷ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 282; ID., *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 106 y 107; ID., “Concurrencia de riesgos. Curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal”, op. cit., pág. 281 y 282; WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 64; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, 2ª. edic, op. cit., pág. 157; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., págs. 334 y sigs; ID., *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 106 y sigs; ID., “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., págs. 172 y 175; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, op. cit., págs. 95, 111 y sigs. En un contexto equivalente, pero resolviendo mediante la postura del incremento del riesgo, JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 309 y 310, si bien en sentido crítico de la postura del incremento del riesgo por estimar que la misma afecta el principio *in dubio pro reo*. Cfr. WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, traducción del alemán por Carlos FONTÁN BALESTRA, op. cit., págs. 133 y sigs.

En este caso la relación con el bien afectado es conforme a Derecho en la medida que se expone a los riesgos cotidianos del tráfico rodado, pues tal riesgo u otros semejantes riesgos no faltan en las interacciones sociales del mundo moderno, y no podemos llegar al absurdo de conservar los bienes jurídicos como una pieza del museo¹⁴⁰⁸, porque los bienes jurídicos tiene un contenido de interacción con el mundo social que permite el desenvolvimiento de las interacciones sociales, por lo que todo interactuante en el mundo social tiene que soportar los riesgos de la vida social que no exceden de lo usualmente. El riesgo general de la vida social¹⁴⁰⁹ no es un riesgo no permitido de aquel que dispone un cambio de lugar del bien¹⁴¹⁰.

Por ello, puedo llegar a la conclusión de que el riesgo creado por el autor del secuestro sólo contribuye de modo causal a la producción del resultado, pero como realmente se produce otro riesgo nuevo realizado por un tercero -el conductor distraído que provocó un accidente vial¹⁴¹¹- que realmente realizó un riesgo general de la vida, no hay un riesgo típicamente relevante de muerte¹⁴¹², pues el secuestrador no realizó dicha acción objetivamente hablando, al no encontrarse en los planes objetivos del secuestro, ni hay una organización conjunta para la muerte de la víctima. A este mismo contexto pertenecen también los daños derivados de una conducta delictiva por una gran impresión emocional, conocidos como casos de *shock*¹⁴¹³, por ejemplo, muerte del padre de la víctima del secuestro que sufre un ataque al corazón al conocer la noticia, pues tal lesión no resulta atribuible al autor del secuestro¹⁴¹⁴.

¹⁴⁰⁸ Cfr. WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, traducción del alemán por Carlos FONTÁN BALESTRA, op. cit., pág. 136; MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, op. cit., págs. 222 y 223; ID., *El principio de confianza en Derecho penal*, op. cit., pág. 349.

¹⁴⁰⁹ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 109, 110, 111 113 y 114.

¹⁴¹⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 275, 282 y 283.

¹⁴¹¹ JAKOBS, Günther, “El lado subjetivo del hecho”, op. cit., pág. 48.

¹⁴¹² Vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Cursos Causales irregulares e imputación objetiva*, op. cit., págs. 51, 52 y nota al pie número 5.

¹⁴¹³ Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma”, op. cit., págs. 388, 394, 396 y 397; ID., “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., pág. 42; GUTIÉRREZ SANTOS, Óscar, *Conducta típica e imputación objetiva en derecho penal. Referencia al tipo penal de delincuencia organizada*, op. cit., págs. 102 y 103.

¹⁴¹⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 105 y sigs; ID., “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., págs. 172, 174 y 175.

CAPÍTULO V

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TIPO DE INJUSTO DEL SECUESTRO

I. Estado de la cuestión de la libertad

A través de la historia contemporánea la idea de la libertad ha tenido muchos contrastes tanto teóricos como prácticos, pero cada uno de esos planteamientos de la idea de la libertad ha puesto de relieve que la libertad es necesaria para el desarrollo de la persona en sociedad. La libertad se configura como un fundamento de orden público y la paz social, que constituye la idea central de la Ilustración, y por ello, del nacimiento del Estado moderno de derecho, al concebir la libertad en el marco normativo de una relación interpersonal y social. Por eso, la libertad no debe ser entendida como una función natural¹⁴¹⁵, es decir, libertad del libre albedrío natural¹⁴¹⁶ y mucho menos del determinismo compatibilista¹⁴¹⁷, sino que constituye necesariamente una noción de relación con el contorno social, pues sin libertad no hay subsistemas de operatividad social¹⁴¹⁸.

¹⁴¹⁵ Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, op. cit., págs. 117 y 118.

¹⁴¹⁶ Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, op. cit., págs. 119 y 129; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pág. 170. En la jurisprudencia STS. 3 de octubre de 1996, ponente: José Augusto DE LA VEGA RUIZ.

¹⁴¹⁷ Vid. STUART MILL, John, *Sobre la libertad*, traducción del inglés, estudio preliminar y notas de Carlos RODRÍGUEZ BRAUN, Editorial Tecnos, Madrid, 2008, págs. 71 y sigs.

¹⁴¹⁸ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, "Libertad como autodeterminación personal en Derecho penal", en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS / José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO / Juan C. GEMIGNANI, *Legitimación del Derecho penal*, Editorial Ara, Lima, 2012, págs. 85 y 86; SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Editorial Atelier, Barcelona, 2014, pág. 189; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de la 5ª. edición alemana por Miguel OLMEDO CARDENETE, Editorial Comares, Granada, 2002, págs. 275 y 276; AMELUNG, Knut, "El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos", traducción del alemán por Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, en Roland HEFENDEHL, (ED.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER GUIRAO / María MARTÍN LORENZO / Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 231 y sigs.

La libertad es reconocida como valor fundamental en la Revolución Francesa, en este sentido el artículo IV de la Déclaration des droits de l' homme et du citoyen (1789)¹⁴¹⁹ establece que la libertad se sustenta en “poder hacer lo que no perjudique a otros”, y que su campo de acción “no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos”¹⁴²⁰, por ello, cada individuo tiene el derecho a actuar de acuerdo a su propia voluntad en tanto que tales acciones no perjudiquen o dañen a otros¹⁴²¹.

Esta evolución que aportó el pensamiento revolucionario de la Ilustración francesa sobre la libertad conllevó que la libertad tenga un anclaje constitucional, como un derecho fundamental¹⁴²² por excelencia de los miembros de la sociedad, pero dicha libertad emana de la Constitución y a su vez se delimita por la misma Constitución de donde surgen, en otros términos, los privilegios y prerrogativas que emanan del Estado social de Derecho¹⁴²³ y se recogen en los derechos de las personas, es decir, la libertad no existe como un fenómeno social aislado¹⁴²⁴, sino

¹⁴¹⁹ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad como principios limitadores del poder punitivo. Algunas digresiones a propósito de la última reforma del Código penal español*, Serie Derecho penal, Núm. 3, Editorial Ubijus, Delegación Azcapotzalco, México, D.F., 2011, pág. 29

¹⁴²⁰ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal. Infracciones contra la personalidad*, op. cit., pág. 883; POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Delitos contra la libertad I. Detención ilegal y secuestro”, en Manuel COBO DEL ROSAL (Director), *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 193; POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), “Detención ilegal y secuestro”, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo I, Adaptadas a las leyes orgánicas 2/2010 y 5/2010 de reforma del Código penal, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, pág. 143; POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Libertad como autodeterminación personal en Derecho penal”, op. cit., pág. 86; POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009, págs. 250 y sigs;

¹⁴²¹ STUART MILL, John, *Sobre la libertad*, op. cit., págs. 179 y sigs.

¹⁴²² Vid. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Curso de iniciación a la parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, tomo 1, 2ª. edic, Editorial Civitas, Madrid, 1996, pág. 48; HASSEMER, Winfried, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico”, traducción del alemán por Beatriz SPÍNOLA TÁRTALO, en Roland HEFENDEHL (ED.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER GUIRAO / María MARTÍN LORENZO / Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 96 y 97; TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad como principios limitadores del poder punitivo*, op. cit., pág. 31.

¹⁴²³ Vid. HASSEMER, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, traducción del alemán por Elena LARRAURI, *RPE*, número 1, Madrid, 1991, pág. 31. Cfr. HANDLIN, Oscar y Mary, *Las dimensiones de la libertad*, traducción del inglés por Andrés M. MATEO, Editorial Novaro, México D. F., 1963, págs. 21 y sigs.

¹⁴²⁴ Al respecto, Jesús María SILVA SÁNCHEZ menciona que “el Derecho penal que ya no es el del sujeto aislado”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Prólogo”, en Javier CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2015, pág. 17.

como un concepto que se explica en función de las libertades de los demás¹⁴²⁵, en otras palabras, la libertad es presupuesto y garantía como *condicio sine qua non* de las libertades, y con ello, es presupuesto y garantía de la seguridad¹⁴²⁶. Es decir, la libertad¹⁴²⁷, seguridad y las demás libertades¹⁴²⁸ conforman un triunvirato de derechos fundamentales interdependientes, pero íntimamente vinculados entre sí¹⁴²⁹, que a su vez se exigen mutuamente y que son esenciales en toda sociedad, en otras palabras, fundamentales en el actual Estado democrático de Derecho¹⁴³⁰, y sin ellos no existiría una cordialidad homogénea entre los miembros de la sociedad, y de ahí su relevancia para el entorno social¹⁴³¹.

¹⁴²⁵ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Prólogo”, en KINDHÄUSER, Urs / MAÑALICH R., Juan Pablo, *Pena y culpabilidad. En el estado democrático de Derecho*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pág. XVI; KINDHÄUSER, Urs, “Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimación y fundamentación ético-jurídico de la pena criminal”, traducción del alemán por Juan Pablo MAÑALICH R., en Urs KINDHÄUSER / Juan Pablo MAÑALICH R., *Pena y culpabilidad en el estado democrático de Derecho*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011, págs. 6, 7 y 8.

¹⁴²⁶ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal. Infracciones contra la personalidad*, op. cit., págs. 883 y sigs; VIVES ANTÓN, Tomás S. / GIMENO SENDRA, José Vicente, *La detención*, op. cit., pág. 20; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público, art. 184 CP”, op. cit., págs. 335 y sigs; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 40.

¹⁴²⁷ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad como principios limitadores del poder punitivo*, op. cit., pág. 31, para quien es la libertad y la igualdad. Como también, AA.VV., “Delitos contra la libertad, con especial referencia a la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en Carlos SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (Coord.), *Manual de Derecho penal*, tomo II, Parte especial, 3ª. edic, Editorial Thomson civitas-Aranzadi, 2005, pág. 122; JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, op. cit., págs. 20-23.

¹⁴²⁸ Es interesante la postura de Juan BUSTOS RAMÍREZ, quien determina la desfragmentación de las libertades a partir de la libertad económica, esgrimada como la primera esfera de la que emanan las demás esferas de la libertad, por ejemplo, la libertad personal y de actuación: “libertad económica exigía a su vez la libertad del individuo, con el objetivo de que éste pudiese ofrecer su capacidad de trabajo en el mercado. De ahí que necesariamente se configuró un planteamiento de libertad personal. Dicha libertad suponía no sólo que el sujeto pudiese ofrecer su trabajo en el mercado, sino además todo lo que fuese necesario para entrar en él, con lo cual se llegó al concepto de satisfacción de necesidades”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 74.

¹⁴²⁹ Vid. BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 130; POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 143. Como también, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / DÍAZ MORATO Y VILLAREJO, Julio, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 6.

¹⁴³⁰ Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La detención*, Colección Iure / Omnia, Editorial Akal, Madrid, 1987, págs. 13 y 14; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, op. cit., págs. 74 y 75; PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *La seguridad jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1991, págs. 47 y sigs; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal de la libertad y seguridad. De los Derechos*, Colección biblioteca básica de Derechos penales y ciencias penales, Núm. 6, Editorial Iustel, Madrid, 2012, págs. 21 y sigs.

¹⁴³¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Delitos contra la libertad I. Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 194; POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Libertad como autodeterminación personal en Derecho penal”, op. cit., pág. 86.

La importancia de la libertad como valor superior del ciudadano¹⁴³², como persona en derecho¹⁴³³, ha llevado a su reconocimiento en la propia Carta Magna, por ejemplo, es reconocida por la Constitución Española de 1978 en el artículo 1.1¹⁴³⁴, considerando la libertad como un valor superior en los ordenamientos jurídicos, en un reconocimiento de la libertad como valor fundamental del ciudadano¹⁴³⁵ de carácter general, compatible con la fragmentación de esferas de la libertad¹⁴³⁶, como la que es tutelada en el tipo secuestro, la libertad ambulatoria o locomotriz amparada en los artículos 17.1 y 19¹⁴³⁷⁻¹⁴³⁸ de la misma Carta Magna mencionada¹⁴³⁹.

¹⁴³² Vid. BLANCO LOZANO, Carlos, “Libertad y tutela jurídico-penal”, en Juan José GONZÁLEZ RUS (Coord.), *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Editorial Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996, págs. 73 y sigs.; ID., *Tratado de Derecho penal español*, tomo II, El sistema de la parte especial, vol. 1, Delitos contra bienes jurídicos individuales, Editorial J.M^a. Bosch, Barcelona, 2005, pág. 180.

¹⁴³³ En palabras de POLAINO-ORTS y de POLAINO NAVARRETE: “el hombre no puede comportarse como persona sin el reconocimiento de la libertad, y el ordenamiento jurídico no puede proveer garantía sino mediante sistemas normativos de seguridad”. POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Libertad como autodeterminación personal en Derecho penal”, op. cit., pág. 87; POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 143.

¹⁴³⁴ En el mismo tenor conceptual la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconoce la libertad en el artículo 1.

¹⁴³⁵ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Delitos contra la libertad I. Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 193; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Delitos contra la libertad”, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Editorial Atelier, Barcelona, 2006, pág. 81; ID. (Coord.), “Delitos contra la libertad”, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, adaptada a la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal, 4^a. edic, Editorial Atelier, Barcelona, 2015, pág. 95; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 169.

¹⁴³⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La libertad del Derecho penal*, op. cit., pág. 180. Como también véase RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La detención*, op. cit., págs. 12 y 13; CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales policiales*, op. cit., págs. 403 y 404.

¹⁴³⁷ En el mismo contexto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconoce la libertad ambulatoria o locomotriz, en el artículo 11, del anterior ordenamiento mencionado.

¹⁴³⁸ Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La detención*, op. cit., págs. 14 y sigs; JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 463; CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código Penal comentado*, op. cit., pág. 324; SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 12^a. edic, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, pág. 158; BOLEA BARDÓN, Carolina, “Delitos contra la libertad”, en Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Directora), *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, tomo I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 111; EAD., “Delitos contra la libertad”, en Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Directora), *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, tomo I, actualizado con las LLO., 1/2015 y 2/2015, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 105; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, *Derecho penal. Parte especial*, Actualizada a la Ley Orgánica 1/2015, 4^a. edic, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pág. 136.

¹⁴³⁹ Vid. MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 123 y 124; POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Libertad como autodeterminación personal en Derecho penal”, op. cit., pág. 87.

Dentro de los parámetros aludidos, el concepto de libertad individual es algo vago¹⁴⁴⁰, confuso e indeterminado, que no se identifica con un concepto social¹⁴⁴¹ que lo considera como meta ideal o un estado puro de difícil consecución¹⁴⁴². En este tenor, las primeras puntualizaciones dogmáticas de la idea de la libertad dudaban de la necesidad de protección de la libertad en sí misma, al considerarse que el Derecho penal protege bienes jurídicos, y que a su vez se protege la libertad que concurre en cada esfera de protección del Derecho penal¹⁴⁴³. Por ello, examinaré diversas nociones doctrinales del concepto de libertad, estableciendo al final un punto de unión entre ellos.

A) Libertad en la filosofía kantiana y hegeliana

1. Libertad para Kant

Para Immanuel KANT¹⁴⁴⁴, la libertad emana de la voluntad del ser racional bajo la cual se obra en las libertades¹⁴⁴⁵, pues es una especie de causalidad de los seres vivos, en cuanto que son racionales, y la libertad sería la propiedad de esta causalidad¹⁴⁴⁶, por lo cual puede ser eficiente, independientemente de extrañas

¹⁴⁴⁰ Sobre la vaguedad de los bienes jurídicos, véase VON HIRSCH, Andrew, “El concepto de bien jurídico y el principio del daño”, traducción del alemán por Rafael ALCÁ CER GUIRAO, en Roland HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁ CER GUIRAO / María MARTÍN LORENZO / Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pág. 44.

¹⁴⁴¹ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Recensión a Knut AMELUNG, Rechtsgüter-schutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf Dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens”, *ADPCP*, tomo 26, fascículo II, Madrid, 1973, pág. 449.

¹⁴⁴² MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 125; NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “Delitos contra la libertad. Coacciones, amenazas, detenciones ilegales y secuestro”, en M^a del Carmen GÓMEZ RIVERO (Coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, pág. 133; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 133.

¹⁴⁴³ MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 125 y 126; SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La libertad del Derecho penal*, op. cit., pág. 180.

¹⁴⁴⁴ KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, traducción del alemán por Manuel G. MORENTE, Editorial Celpe, Madrid, 1921, págs. 105 y sigs. Como también, véase GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Ángel, *Manual de historia de la filosofía*, 3^a edic., Editorial Gredos, Madrid, 1964, págs. 432 y 433. Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La libertad del Derecho penal*, op. cit., pág. 189 y sigs.

¹⁴⁴⁵ Immanuel KANT menciona que “nos consideramos libres en el obrar, y, sin embargo, debemos tenernos por sometidos a ciertas leyes, para hallar solamente en nuestra persona un valor que puede abonar la pérdida de todo aquello que a nuestro estado proporciona valor; no podemos aún comprender cómo esto sea posible, es decir, por qué la ley moral obliga”. KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, op. cit., pág. 111.

¹⁴⁴⁶ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 134.

causas que la determinan; así como necesidad natural es la propiedad de la causalidad de todos los seres irracionales de ser determinados a la actividad por el influjo de causas extrañas. Conceptualiza una libertad negativa y otra positiva. La libertad negativa es aquella que es infructuosa para conocer la esencia, pero de ella deriva un concepto positivo que es tanto más rico y fructífero, es decir, esa libertad negativa va unida al mismo tiempo con una positiva facultad y aun con una causalidad de la razón, que llamamos voluntad y que es la facultad de obrar de tal suerte que el principio de las acciones sea conforme a la esencial propiedad de una causa racional, esto es, a la condición de la validez universal de una máxima como la ley. A la idea de la libertad es inseparable el concepto de autonomía, y con éste el principio universal de la moralidad, que sirve de fundamento a la idea de todas las acciones de seres racionales, del mismo modo que la ley natural sirve de fundamento a todos los fenómenos. La libertad hace de la persona¹⁴⁴⁷ un miembro de un mundo inteligible.

2. Libertad para *Hegel*

HEGEL¹⁴⁴⁸ formula un concepto de libertad orientado en la interacción sociedad de esferas de libertades¹⁴⁴⁹, hasta hacer de ella un punto medular en la Filosofía del Derecho, ya que para él el Derecho es la existencia de la libertad¹⁴⁵⁰, y la libertad personal es un derecho irrenunciable¹⁴⁵¹. La libertad individual emana del Estado de Derecho, ya que la libertad es un producto y rasgo distintivo

¹⁴⁴⁷ Para Immanuel KANT, ser persona es “creer el serlo cuando se sitúa en el punto de vista de un miembro del mundo inteligible, a que involuntariamente le empuja la idea de la libertad, esto es, de la independencia de las causas determinantes en el mundo sensible. En ese mundo inteligible tiene conciencia de poseer una buena voluntad, la cual constituye, según su propia confesión, la ley para su mala voluntad, como miembro del mundo sensible, y reconoce su autoridad al transgredirla. El deber moral es, pues, un propio querer necesario, al ser miembro de un mundo inteligible, y si es pensado por él como un deber, es porque se considera al mismo tiempo como miembro del mundo sensible”. KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, op. cit., pág. 119.

¹⁴⁴⁸ Cfr. ZACZYK, Rainer, “La culpabilidad como concepto jurídico”, traducción del alemán por Nathalia Elena BAUTISTA PIZARRO, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT / Nathalia Elena BAUTISTA PIZARRO / José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS (Compiladores), *Libertad, Derecho y fundamentación de la pena*, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2010, págs. 181 y sigs.

¹⁴⁴⁹ ARNDT, Andreas, “Espacios de la libertad. Universalidad abstracta y concreta en la Filosofía del Derecho de Hegel”, en Miguel GIUSTI (editor), *Dimensiones de la libertad. Sobre la actualidad de la Filosofía del Derecho de Hegel*, Editorial Anthropos, Madrid, 2014, págs. 25 y sigs. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Normas y acciones en Derecho penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pág. 20.

¹⁴⁵⁰ BRAUER, Daniel, “Libertad y autoconciencia. Acerca de los fundamentos de la normatividad en la filosofía práctica de Hegel”, en Miguel GIUSTI (editor), *Dimensiones de la libertad. Sobre la actualidad de la Filosofía del Derecho de Hegel*, Editorial Anthropos, Madrid, 2014, pág. 60.

¹⁴⁵¹ BERGÉS, Alfredo, “El Derecho como sistema de niveles de libertad”, en Miguel GIUSTI (editor), *Dimensiones de la libertad. Sobre la actualidad de la Filosofía del Derecho de Hegel*, Editorial Anthropos, Madrid, 2014, pág. 48.

de la Modernidad¹⁴⁵². La libertad es la fuente de legitimación de la acción individual y de las instituciones políticas, es decir, tanto de rasgos centrales del “espíritu subjetivo” como del “espíritu objetivo”¹⁴⁵³. El concepto *hegeliano* de libertad comprende una amplia gama semántica de la que forman parte nociones como la voluntad, decisión, acción¹⁴⁵⁴, elección, responsabilidad, arbitrio, imputación, autonomía, deseo, espontaneidad, etc., junto a las de lo involuntario, lo compulsivo, lo heterónomo, la coacción, la dependencia, etc., que integran un juego de oposiciones constitutivas para su propia definición de la libertad¹⁴⁵⁵.

La concepción *hegeliana* de la libertad tiene un vínculo con el proceso de racionalización de las instituciones sociales¹⁴⁵⁶, ya que reinterpreta la libertad como una estructura multidimensional anclada en la vida social¹⁴⁵⁷. Genera una multiplicidad de niveles de libertad, pero cada uno de estos niveles constituye la realización de una dimensión de la libertad, estructurada en tres niveles: el primer nivel es aquel en que cada quien constituye un derecho que ha de ser respetado, ya que cada nivel es una existencia de la voluntad libre de la persona en derecho; el segundo nivel indica que los derechos de los ciudadanos entran en colisión con otros derechos¹⁴⁵⁸, por el contacto social de la interacción del núcleo social¹⁴⁵⁹, y las colisiones son unidas al proceso de realización y sistematización del Derecho en una pluralidad de niveles de libertades, porque todo el Derecho está cimentado

¹⁴⁵² ARNDT, Andreas, “Espacios de la libertad. Universalidad abstracta y concreta en la filosofía del Derecho de Hegel”, op. cit., pág. 31.

¹⁴⁵³ Vid. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Ángel, *Manual de historia de la filosofía*, op. cit., pág. 445.

¹⁴⁵⁴ Sin embargo, existe un espacio mínimo de acción que puede calificarse de libre, este espacio libre entre una acción, es la posibilidad de abstenerse de la realización de la acción. Este marco de abstenerse de la realización de la acción, son los obstáculos que son determinados por la sociedad, es decir, por el marco social, y el otro supuesto, es el individuo por disposición natural, y representa el espacio de alternatividad que establecen el alcance y los límites de las acciones posibles en el entorno social. Vid. BRAUER, Daniel, “Libertad y autoconciencia. Acerca de los fundamentos de la normatividad en la filosofía práctica de Hegel”, op. cit., pág. 62. Como también véase a SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La libertad del Derecho penal*, op. cit., pág. 185.

¹⁴⁵⁵ BRAUER, Daniel, “Libertad y autoconciencia. Acerca de los fundamentos de la normatividad en la filosofía práctica de Hegel”, op. cit., pág. 55.

¹⁴⁵⁶ “Si bien es cierto que los individuos sólo pueden hacer uso de su libertad en el marco de instituciones estatales que reconozcan y garanticen sus Derechos y al mismo tiempo hagan posible el diseño de los planes de vida mediante los cuales los individuos construyen sus identidades, los modos en que esas normas han sido fácticamente institucionalizadas adquieren legitimación, a su vez, precisamente en la medida en que ellas pueden ser vistas como modos de realización de espacios de libertad”. BRAUER, Daniel, “Libertad y autoconciencia. Acerca de los fundamentos de la normatividad en la filosofía práctica de Hegel”, op. cit., pág. 64.

¹⁴⁵⁷ GIUSTI, Miguel, “Introducción”, en Miguel GIUSTI (editor), *Dimensiones de la libertad. Sobre la actualidad de la Filosofía del Derecho de Hegel*, Editorial Anthropos, Madrid, 2014, pág. 7.

¹⁴⁵⁸ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Delitos contra la libertad I. Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 193.

¹⁴⁵⁹ Vid. HEGEL, *Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho*, traducción del alemán por F.E.G. VICENTE, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1933, págs. 58 y 59.

en la libertad¹⁴⁶⁰; y por último, el tercer nivel es el de la jerarquía normativa¹⁴⁶¹, que determinará la interacción social en caso de una colisión de derechos o libertades de los ciudadanos¹⁴⁶². Así, la libertad es entendida como la forma en que el individuo desarrolla su vida en el seno social, una forma absoluta del conocimiento humano, adquiriendo esta noción de libertad pleno sentido en la medida en que los individuos identifican sus convicciones más profundas con los fines que persiguen en el marco de las condiciones jurídicas e institucionales que les toca vivir. La persona debe pasar por un proceso de aprendizaje que reconoce e incorpora las normas vigentes y los fundamentos de su legitimación. No es posible la acción libre si no se tiene un conocimiento básico de las opciones posibles de acción, sus consecuencias y significados. Por eso, para HEGEL, la autoconciencia¹⁴⁶³ es un elemento constitutivo de la libertad¹⁴⁶⁴.

¹⁴⁶⁰ BERGÉS, Alfredo, “El Derecho como sistema de niveles de libertad”, op. cit., pág. 42. “Todo ordenamiento jurídico que aspire a ser la realización de la libertad y, por tanto, a establecer un orden justo, tiene que, por un lado, asegurar la existencia de los niveles más formales o abstractos que hacen posible la existencia de la individualidad y, por otro, establecer niveles más concretos de libertad que limiten las formas más abstractas para que estos no degeneren en formas de coerción. Dicho de otro modo, el establecimiento de un ordenamiento jurídico favorable a la realización de la libertad presupone esta multiplicidad de niveles que explicitan las dimensiones implícitas en el concepto de libertad. La eliminación o el debilitamiento progresivo de uno de estos niveles de libertad afecta al conjunto del sistema, de tal modo que la esfera del Derecho en su totalidad adquiere un tono despótico”. Como también, ZACZYK, Rainer, “Injusto jurídico-penal y la autorresponsabilidad del lesionado”, traducción del alemán por Nuria PASTOR MUÑOZ, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT / Nathalia Elena BAUTISTA PIZARRO / José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS (Compiladores), *Libertad, Derecho y fundamentación de la pena*, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2010, págs. 261 y 262.

¹⁴⁶¹ BERGÉS, Alfredo, “El Derecho como sistema de niveles de libertad”, op. cit., págs. 39 y 40.

¹⁴⁶² Esta idea se puede entender de la siguiente manera, mediante los imperativos categóricos de HEGEL, que son: “se una persona y respeta a los demás como personas, y el principio *exeundum esse et statu naturali* (hay que salir del estado de naturaleza). A partir de estos dos imperativos se puede entender, por un lado, la idea central de que la esfera del Derecho es un sistema de niveles de libertad, en el que los niveles más abstractos desarrollan las formas de la libertad individual y los niveles concretos impiden mediante una jerarquización normativa el vuelo a la normatividad de lo fáctico”. BERGÉS, Alfredo, “El Derecho como sistema de niveles de libertad”, op. cit., pág. 43.

¹⁴⁶³ La autoconciencia debe ser entendida como un ciudadano que encuentra los fines en la normatividad que rige las instituciones. BRAUER, Daniel, “Libertad y autoconciencia. Acerca de los fundamentos de la normatividad en la filosofía práctica de Hegel”, op. cit., pág. 66.

¹⁴⁶⁴ BRAUER, Daniel, “Libertad y autoconciencia. Acerca de los fundamentos de la normatividad en la filosofía práctica de Hegel”, op. cit., págs. 65 y 66.

B) Libertad en el Derecho penal

1. Libertad para *von Feuerbach*

En el Derecho penal, Paul Johann Anselm VON FEUERBACH¹⁴⁶⁵ mantiene una postura en la que menciona que la unión de la voluntad y de la energía de los individuos proporciona el fundamento de la sociedad civil para garantizar a todos la libertad recíproca. Un Estado es una sociedad civil constitucionalmente organizada mediante el sometimiento a una voluntad común, siendo su principal objetivo la creación de la condición jurídica, es decir, la existencia conjunta de los hombres conforme a las leyes del derecho.

2. Libertad para *Carrara*

Francesco CARRARA¹⁴⁶⁶ conceptualiza la libertad individual como “la facultad que le compete a todos hombres para ejercer en su provecho las propias actividades, en todo lo que no lesione el derecho ajeno”. Tal definición ha sido criticada como formal y tautológica, por cuanto expresa la cosa definida, como al decir: “el hombre es un ser que pertenece a la raza humana”; y de este modo se reprocha a dicha definición el no decir sino que la libertad es la libertad. Pero esta crítica me parece injusta, porque la explicación de la fórmula ejercicio de actividad expresa un concepto que declara el contenido de la palabra libertad mediante una idea ulterior, no mediante una palabra sinónima¹⁴⁶⁷. Con esta idea, la concepción de la libertad se emplea en un sentido más concreto, no como mera potencia, sino como manifestación externa y actual de esa potencia¹⁴⁶⁸, que en algún momento puede verse impedida, sin quedar eliminada¹⁴⁶⁹. También establece la importancia de la libertad individual, ya que después del derecho a la conservación de la propia existencia y del derecho a la conservación de la propia integridad moral y física, sigue inmediatamente el de la libertad individual, o sea, el de la facultad constante que tiene el hombre para ejercer sus actividades, tanto morales como físicas, en servicio de sus propias necesidades y con el fin de alcanzar su destino en esta vida terrestre.

¹⁴⁶⁵ VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, op. cit., pág. 58. También véase a GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Estudio preliminar”, en Johann Michael FRANZ BIRNBAUM, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, traducción del alemán por José Luis GUZMÁN DALBORA, Editorial B de F, Buenos Aires–Montevideo, 2010, pág. 16.

¹⁴⁶⁶ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. II, op. cit., págs. 323 y sigs.

¹⁴⁶⁷ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. II, op. cit., pág. 325.

¹⁴⁶⁸ Cfr. ZACZYK, Rainer, “Injusto jurídico-penal y la autorresponsabilidad del lesionado”, op. cit., págs. 252 y 253.

¹⁴⁶⁹ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. II, op. cit., pág. 323.

Sin embargo, de la postura de Francesco CARRARA¹⁴⁷⁰ sobre la libertad individual emana una problemática que él mismo reconoce, al contraponer la escuela ius-positiva (o social) *versus* la ius-naturalista, surgiendo una tercera clase de delitos, que pertenece a la categoría de los delitos naturales, pues quien da al hombre su libertad individual no es la sociedad, sino la naturaleza; en efecto, la libertad, como derecho, existe antes que la sociedad, y ésta no hace sino proteger ese derecho y tornar más segura la conciencia del mismo; por eso entiende que se confunde la escuela que pretende encontrar su origen en la sociedad y en la ley positiva, lo cual lleva a la negación de la ley natural.

Esta concepción¹⁴⁷¹ delimita la libertad individual¹⁴⁷² en aspectos, uno positivo y el otro negativo, ya que no basta con el aspecto positivo para delimitar la libertad, pues éste tiene fisonomía genérica en el impedimento de la libertad, y es preciso contemplar también un segundo punto de vista, que es propiamente negativo, en cuanto excluye de esta categoría un gran número de hechos que lesionan la libertad individual, y los excluye porque, al unirse a ellos la lesión de un derecho ulterior, surge el criterio que determina la clase del delito, que de esta manera queda excluido de serie de los delitos contra la libertad, no porque no haya sido lesionada, sino porque esta lesión de la libertad va unida a la de otros derechos a los que sirve de medio. En la definición genérica de la presente clase de delitos deben incluirse todos aquellos hechos criminales que en algún momento hayan impedido el ejercicio de la libertad ajena sin tener como fin ni llevar a cabo la lesión de ningún otro derecho, que asimismo constituya un título especial de delito¹⁴⁷³ en particular¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁷⁰ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. II, op. cit., pág. 324.

¹⁴⁷¹ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. II, op. cit., págs. 326, 330 y 331.

¹⁴⁷² Francesco CARRARA estima que hay dos modos de lesionar la libertad individual, uno interno y otro externo: “es interno cuando la presión obliga a querer lo que no hubiera querido el sujeto pasivo (víctima) y, en cambio, es externo cuando procede de un acto de nuestra voluntad, pero la determinación no es libre, por ejemplo, la joven que es amenazada de muerte, que por su propia voluntad mueve los pies para seguir coactada a sus raptores. En cambio, se lesiona la libertad externa cuando la presión recae físicamente sobre cuerpo, o por el hado o fuerza divina (vis divina), o por violencia ajena o fuerza mayor (vis major), y el cuerpo sufre la acción ajena al mismo tiempo, por ejemplo, en el mismo supuesto anterior pero, la joven raptada violentamente en brazos de cuatro sicarios, la cual, aunque su cuerpo sea movido de un lugar a otro, mantiene la voluntad firme de que no lo sea. Es decir, las lesiones de la libertad interna equivalen a la externa”. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. II, op. cit., pág. 330. En el mismo contexto JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 128.

¹⁴⁷³ Cfr. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. IV, op. cit., pág. 180.

¹⁴⁷⁴ En el mismo sentido que Francesco CARRARA, véase MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 39; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 126; GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Estudio preliminar”, op. cit., pág. 16.

3. Libertad para *Groizard y Gómez de la Serna*

La doctrina histórica española ha seguido la delimitación de los delitos contra la libertad a partir del criterio negativo. Alejandro GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA¹⁴⁷⁵ sigue la tesis de CARRARA, ya que entiende que la lesión de la libertad tiene que tener como objeto inmediato de ataque la propia libertad y no otro bien jurídico y estima dos condiciones necesarias para lesión del bien jurídico, una positiva y otra negativa: la positiva es aquella que exige la lesión de un bien que se relacione directamente con la libertad del hombre, y la negativa, que esa ofensa no vaya unida accidentalmente ni sirva de medio al agravio de otro derecho que por su índole y naturaleza sea criterio determinante de un superior género de delincuencia¹⁴⁷⁶. Considera¹⁴⁷⁷ que la libertad es un derecho cardinal inherente al individuo, un derecho que con él nace y sólo con él se extingue¹⁴⁷⁸, anterior y superior a las leyes escritas, a las que se impone como predicado de la ley natural¹⁴⁷⁹.

4. Libertad para *Binding*

La primera sistematización de los delitos contra la libertad¹⁴⁸⁰ fue realizada por Karl BINDING¹⁴⁸¹, quien otorga a los delitos contra la libertad una

¹⁴⁷⁵ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo V, op. cit., págs. 530 y 531.

¹⁴⁷⁶ En el mismo contexto, véase MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., págs. 39 y 40; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 126.

¹⁴⁷⁷ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo V, op. cit., pág. 535.

¹⁴⁷⁸ En este tenor se está hablando de la idea de la libertad en sentido innato. Para Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ, la libertad innata es aquella que corresponde al ser humano por ser tal, es decir, una libertad antropológica; esta libertad se da necesariamente en el ser humano por serlo, de donde resulta que la libertad innata es la propia de la persona humana por el hecho de revestir dicha condición. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La libertad del Derecho penal*, op. cit., pág. 186 y 188,

¹⁴⁷⁹ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 66; POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 143.

¹⁴⁸⁰ De Karl BINDING, no hay traducción al castellano de su obra magna, pero esta la versión original *Die Normen und ihre übertretung*, sin embargo, existe una traducción al castellano sobre el tema de culpabilidad en Derecho penal, por ello, véase a BINDING, Karl, *La culpabilidad en Derecho penal*, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, y estudio preliminar de Germán ALLER, Editorial B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2009. Especialmente, el estudio preliminar de Germán ALLER, ya que realiza una síntesis de los postulados dogmáticos de Karl BINDING, págs. XI y sigs.

¹⁴⁸¹ Aunque nos encontramos con la problemática de no saber alemán, y que no existe traducción al castellano de la obra magna de Karl BINDING, se puede ver la postura del autor mencionado en ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte especial*, por J.A. RODRÍGUEZ MUÑOZ / T. Jaso ROLDAN / J.M. RODRÍGUEZ DEVESA, tomo II, Editorial Gráfica, Madrid, 1946, págs. 306 y 307; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal. Infracciones contra la personalidad*, op. cit., pág. 886; CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., pág. 391, (nota al pie número 15); BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “El delito de práctica ilegal de la detención por parte del

autonomía que nadie hoy en día en la dogmática cuestiona, ya que construye un puente ideal entre las distinciones nociones de la libertad, pues determina la piedra angular de la concepción de la libertad, al apreciar el nexo común de los delitos contra la libertad que suponen un ataque a la voluntad y la voluntad objeto de ataque es el propio bien jurídico¹⁴⁸² que da cohesión a una serie de delitos como grupo específico¹⁴⁸³. Por ello, la voluntad es el criterio medular que da unión a las esferas de las libertades, pero es necesario distinguir desde el punto de vista psicológico las distintas fases del proceso volitivo que determina el objeto de ataque de los injustos contra la libertad. Con esta postura Karl BINDING distingue cuatro esferas o círculos concéntricos de la libertad: la primera de ellas es la capacidad de voluntad, entendida como la capacidad para adoptar una decisión de obrar¹⁴⁸⁴; la segunda, la capacidad de formulación de la voluntad, fase en la cual el sujeto sobre la decisión a tomar, a la vista de motivos contrapuestos; la tercera, la capacidad de ejecutar exteriormente la voluntad, fase en la cual se toma la decisión, por parte del sujeto de poner en práctica su voluntad; y por último la cuarta, el menosprecio de la voluntad, fase en la cual el sujeto ya ha manifestado exteriormente su voluntad, bien expresa o tácitamente, y sin embargo el sujeto activo actúa ignorando tal voluntad¹⁴⁸⁵. La construcción *bindingiana* de la libertad como una formación de la voluntad¹⁴⁸⁶ clasifica los

funcionario público, art. 184 CP”, op. cit., pág. 343; RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte especial*, puesto al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ, 14ª. edic, Editorial Dykinson, Madrid, 1991, pág. 278; ID., / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial*, 17ª. edic, Editorial Dykinson, Madrid, 1994, pág. 306 (nota al pie número 1); MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., págs. 37 y sigs. Como también, FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, Ma. Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., págs. 206 y 208; MIRAT HERNÁNDEZ, Mª Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 125 y 126; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 134.

¹⁴⁸² Vid. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / DÍAZ MORATO Y VILLAREJO, Julio, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 5 y 6; SANZ MORÁN, Ángel José, “Reflexiones sobre el bien jurídico”, en Juan Carlos CARBONELL MATEU / José Luis GONZÁLEZ CUSSAC / Enrique ORTS BERENGUER (Directores), *Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 1756.

¹⁴⁸³ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español*, op. cit., pág. 278; ID., / SERRANO GÓMEZ Alfonso, *Derecho penal español*, op. cit., pág. 278; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., págs. 37 y sigs; MIRAT HERNÁNDEZ, Mª Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 125 y 126; ESCRIBIELLA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, op. cit., pág. 1.

¹⁴⁸⁴ Vid. BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 39. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., págs. 294 y 295.

¹⁴⁸⁵ MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., págs. 37 y 38.

¹⁴⁸⁶ Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., págs. 38 y 39, para quien es criticable la clasificación de los delitos contra la libertad que realiza Karl BINDING, ya que señala que “el criterio de delimitación, aun cuando haya supuesto una clasificación de los delitos contra la libertad, se presenta como demasiado amplio. Ciertamente la aportación de BINDING, de que los delitos contra la libertad son delitos contra la voluntad supone encontrar la razón que da unidad a estos delitos como grupo específico. Pero se sigue planteando el

injustos contra la libertad en dos grupos, el primero de ellos integrado por los delitos contra la libertad o delitos contra la voluntad, que comprende coacciones, detenciones ilegales y amenazas; y el segundo, los delitos contra la voluntad o de menosprecio de la voluntad, que abarcan allanamiento de morada¹⁴⁸⁷, descubrimiento y revelación de secretos¹⁴⁸⁸.

5. Libertad en el causalismo neoclásico: *Mezger*

Siguiendo la postura de Karl BINDING, en algunos de los aspectos de la libertad como forma de voluntad, Edmund MEZGER¹⁴⁸⁹ concibe la libertad como bien jurídico personal, como la libertad de la formación y actuación personal de la voluntad. Esta libertad es atacada si se ponen impedimentos a la formación o actuación personal de la voluntad o si se la sustituye por una formación o actuación de la voluntad ajena. Se habla de un delito contra la libertad en sentido estricto sólo cuando la limitación o la privación de la libertad personal no constituyen medio para lesionar otros bienes jurídicos. El objeto de protección, u objeto de ataque de los delitos contra la libertad propiamente dichos, es la libertad de la formación y de actuación de la voluntad. Define la formación de la voluntad, como aquella que quiere decir resolución de la voluntad. Sin embargo, dentro de un tipo en particular, como es el plagio político, menciona que el bien jurídico es la dignidad humana¹⁴⁹⁰, que es fundamentalmente determinante en las cuestiones de la ubicación sistemática, ya que la dignidad humana¹⁴⁹¹ expresa la

problema de cuando es atacada la voluntad, y no basta responder que siempre que mediante violencia o intimidación se ataque a la formación o actuación de la voluntad. Tal criterio nos llevaría a configurar como delitos contra la libertad a todos los tipos legales que tipificasen la violencia o la intimidación, en la medida en que pueden afectar a la voluntad”.

¹⁴⁸⁷ Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, “De nuevo sobre el bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada”, en Emilio Octavio DE TOLEDO Y UBIETO / Manuel GURDIEL SIERRA / Emilio CORTÉS BECHIARELLI (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 1031-1048. Como también, ID., “Algunas observaciones sobre el delito de allanamiento de morada”, *Estudios de Derecho penal y criminología: en homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa*, vol. 2, Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED, Madrid, 1989, págs. 313-344; ID., *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, *passim*.

¹⁴⁸⁸ MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 41.

¹⁴⁸⁹ MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., págs. 85 y sigs.

¹⁴⁹⁰ Vid. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 121. Cfr. ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, traducción del alemán por Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, en Roland HEFENDEHL (ED.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER GUIRAO / María MARTÍN LORENZO / Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pág. 450. Ya que para este autor la dignidad humana no puede ser bien jurídico.

¹⁴⁹¹ En el mismo contexto véase a CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales policiales*, op. cit., pág. 403.

intangibilidad frente a la omnipotencia del Estado que garantiza la ley fundamental de Bonn en el artículo 1¹⁴⁹².

Las anteriores tesis mencionadas han sido tomadas substancialmente por la doctrina de hoy en día, determinando que los delitos contra la libertad son aquellos en que se menoscaba el bien jurídico en sí mismo considerado, quedando excluidos aquellos injustos que ataquen la libertad de forma indirecta, por ejemplo, aquellos que se realizan mediante un medio o para conseguir un fin, es decir, los delitos contra la libertad puede definirse como el conjunto de delitos que menoscaban directamente la formación o actuación de la voluntad, sin que representen una referencia valorativa en conexión con otros bienes jurídicos¹⁴⁹³; sin embargo, en mi opinión, esta definición representa el supuesto genérico del título o rubro del Código penal en los delitos contra la libertad, ya que será la concepción general del rubro de los delitos contra la libertad¹⁴⁹⁴, pero no determina el objeto de protección del injusto del secuestro integrado por la libertad locomotriz¹⁴⁹⁵ o ambulatoria¹⁴⁹⁶, como bien jurídico menoscabado en el injusto del secuestro en tanto el anterior es sólo es una porción de la esfera general de la libertad.

6. Libertad en el finalismo: *Welzel*

Para WELZEL¹⁴⁹⁷, la libertad es un bien jurídico de especial protección por el Derecho penal, ya que es un bien jurídico vital para la comunidad representado con un valor material. Por ello, el Derecho penal impone consecuencias jurídicas a su lesión (al desvalor de resultado), y cumple esta protección de la libertad cuando prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de este bien jurídico. Luego, se impide el desvalor material o de resultado mediante la punición del desvalor de acto. Así asegura la vigencia de los valores de acto ético-sociales de carácter positivo, como el respecto a la libertad.

El fundamento de la libertad de movimiento, en WELZEL, proviene de la idea en que el Derecho penal estructura la base de una sana convivencia de la

¹⁴⁹² MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 100; JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, op. cit., págs. 119 y 120.

¹⁴⁹³ Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 40; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 126.

¹⁴⁹⁴ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Delitos contra la libertad I. Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 192.

¹⁴⁹⁵ CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., pág. 390.

¹⁴⁹⁶ Vid. ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 501; SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal*, op. cit., pág. 158. Audiencia Provincial de Segovia de 1 junio, ponente: Herrero PINILLA, La ley juris 11224/2011.

¹⁴⁹⁷ WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, traducción del alemán por Carlos FONTÁN BALESTRA, op. cit., págs. 2 y 8; ID., *Derecho penal alemán. Parte general*, op. cit., págs. 12 y 17.

población, portadora de la vida comunitaria, mediante una clara elaboración del específico desvalor delictivo de la acción prohibida, acuñada en tipos que por una delimitación rigurosa den al individuo la libertad de movimiento requerida por la vida social¹⁴⁹⁸. Esto quiere decir que el Derecho penal finca la base de delimitación de la libertad de acción del individuo en el ámbito social, ya que el delito es una limitación a la libertad de acción de individuo al estar prohibida por el ordenamiento penal, como una conducta no adecuada a la vida comunitaria¹⁴⁹⁹. “El hombre se caracteriza negativamente por una amplia libertad respecto de las formas innatas e instintivas de conducta y positivamente, por la capacidad y misión de descubrir y establecer por sí mismo la rectitud de la conducta por medio de actos inteligentes. A “la libertad existencial y desvinculación de lo orgánico” corresponde como característica positiva del hombre la vinculación de su espíritu a los criterios de la verdad, del sentido y del valor, de acuerdo a los cuales tiene que dirigir por sí mismo su conducta mediante actos responsables. Por ello, el hombre es un ser responsable o más exactamente un ser erigido sobre la propia responsabilidad; este es el criterio decisivo que lo separa ya existencialmente como *homo phänomenon* y no sólo normativamente como *homo noumenon* de todo el mundo animal. Al hombre no le es dado biológicamente el orden de su configuración existencial como en los animales, sino que le está confiado de modo responsable, como sentido obligatorio de la vida”¹⁵⁰⁰. Por ello, “la libertad no es un estado, sino un acto: el acto de liberación de la coacción causal de los impulsos para la autodeterminación conforme a sentido...”¹⁵⁰¹ de la comunidad. Toda libertad exterior o social sólo se justifica en base a la posesión de una libertad interior vinculada éticamente. El que no es apto para tener esta libertad interior, dirigida por una autodeterminación ética, por ejemplo, los enfermos mentales, o que a raíz de predisposiciones, vicios y hábitos perniciosos ya no tiene el suficiente dominio sobre ella, no puede exigir la plena libertad social¹⁵⁰².

¹⁴⁹⁸ WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, traducción del alemán por Carlos FONTÁN BALESTRA, op. cit., pág. 9; ID., *Derecho penal alemán. Parte general*, op. cit., pág. 18.

¹⁴⁹⁹ WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, traducción del alemán por Carlos FONTÁN BALESTRA, op. cit., págs. 12 y 102; ID., *Derecho penal alemán. Parte general*, op. cit., págs. 20 y 210; ID., *El nuevo sistema del Derecho penal*, op. cit., pág. 144.

¹⁵⁰⁰ WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, traducción del alemán por Carlos FONTÁN BALESTRA, op. cit., págs. 154 y 155; ID., *Derecho penal alemán. Parte general*, op. cit., pág. 203.

¹⁵⁰¹ WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, traducción del alemán por Carlos FONTÁN BALESTRA, op. cit., pág. 161; ID., *Derecho penal alemán. Parte general*, op. cit., pág. 209; ID., *El nuevo sistema del Derecho penal*, op. cit., pág. 144.

¹⁵⁰² WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, op. cit., pág. 335. Cfr. WELZEL, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material*, traducción del alemán de la 4ª. edic, por Felipe GONZÁLEZ VICEN, 2ª. edic, 2ª reimpr, Editorial Aguilar, 1977, pág. 14.

7. Concepto del funcionalismo normativo: *Jakobs*

Desde un punto de vista funcionalista, la libertad emana de la norma o de las pautas sociales¹⁵⁰³, por lo que tienen que existir ciertos requisitos, según los cuales el sujeto sea destinatario de las normas, es decir, miembro del núcleo social y se le define un rol como persona en derecho¹⁵⁰⁴, que es el punto de partida del funcionalismo sistémico para la definición y la protección de los derechos de los ciudadanos, y el primero de estos derechos es la libertad, por eso, el concepto de libertad y de persona se exigen mutuamente, pues se considera persona en derecho la persona con la posibilidad de la libertad¹⁵⁰⁵, es decir, con una multiplicidad de libertades¹⁵⁰⁶. Y la libertad debe ser entendida como un término operativo funcional de sinónimo de autoadministración personal. Esto significa que no existe un concepto general o abstracto de la concepción de la libertad, ya que la libertad debe ser entendida como una libertad de algo y libertad en relación a algo, pero ese algo¹⁵⁰⁷ es el ámbito de organización del sujeto, dentro del cual se incluyen los derechos y deberes que corresponden a cada miembro de la sociedad en función de su rol social. Esto quiere decir que no existe libertad sin ámbito de organización e inversamente, ya que todo sujeto en derecho, necesita su ámbito de organización para gestionar su libertad en la interacción social, y por ello, se necesitan mutuamente¹⁵⁰⁸.

La libertad como autodeterminación personal¹⁵⁰⁹ presenta relevancia jurídico-penal en cuanto re reconoce a la persona en derecho como portadora y

¹⁵⁰³ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La libertad del Derecho penal*, op. cit., págs. 188 y 192. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Curso de iniciación a la Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, tomo I, op. cit., págs. 51 y sigs; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 115 y sigs.

¹⁵⁰⁴ Al respecto, véase Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ, quien denomina a esta especie de libertad dimanante de las normas como aquella libertad que adquirida por los contactos sociales y las pautas de interacción social. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La libertad del Derecho penal*, op. cit., pág. 186 y sigs.

¹⁵⁰⁵ Vid. KINDHÄUSER, Urs, “Fundamentos y sistemática de los delitos contra los Derechos patrimoniales”, traducción del alemán por José Antonio CARO JOHN, en José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO (edits.), *Estudios de Derecho penal patrimonial*, Editorial Grijley, Lima, 2002, pág. 31.

¹⁵⁰⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Libertad como auto-determinación personal en Derecho penal”, op. cit., pág. 89.

¹⁵⁰⁷ Vid. VON HIRSCH, Andrew, “El concepto de bien jurídico y el principio del daño”, op. cit., pág. 42.

¹⁵⁰⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Libertad como auto-determinación personal en Derecho penal”, op. cit., pág. 92. Cfr. TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”, *RPE*, número 1, Madrid, 1991, pág. 22; ID., *Lesividad y proporcionalidad como principios limitadores del poder punitivo*, op. cit., págs. 20 y sigs.

¹⁵⁰⁹ En un sentido equivalente, véase ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 503; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., pág. 39 y 40.

titular de ámbito de organización para disponer de los bienes jurídicos pertenecientes a su ámbito de organización de gestión personal, incluso de una manera en la que los bienes jurídicos resulten dañados por la interacción social, ya sea por el portador del bien jurídico¹⁵¹⁰ o por un tercero¹⁵¹¹, porque la interacción social produce riesgos jurídicos (fricción sociales) en el campo de interacción social cotidiano.

Contextualizando¹⁵¹² el bien jurídico protegido en el injusto del secuestro, hay que analizar el objetivismo que muestra el legislador español, al considerar necesario proteger determinados bienes jurídicos que tiene incidencia personal en las esferas de los ciudadanos, pero también se debe de observar el aspecto social del objeto de protección del bien jurídico, ya que al no cumplir con estos requisitos no serían considerados dignos de protección penal, pues no puede comprenderse que sólo en algunos injustos fundados en la libertad del sujeto se conceda la libertad, ya que esto es el arbitrio de decisión sobre si el sujeto activo debe o no ser penado. Un bien jurídico presupone la libertad de gestión que prevalece sobre todo interés normativo o público, y desde este ámbito el disfrutar el sujeto de un ámbito de autonomía o de libertad sobre el manejo de sus bienes de su titularidad deberá ser respetada¹⁵¹³. Los ciudadanos tienen libertad, dentro de su esfera de operatividad social, para gestionar el riesgo como crean oportuno, y responderán de esa gestión, ya que la normativa confía que todos los ciudadanos cumplirán con sus obligaciones de respeto mutuo. Si lo hacen así, se comportan como ciudadanos leales a la norma, afianzando la expectativa social, se muestran como personas en derecho, respetuosos de los demás ciudadanos como iguales, y comunican confianza, respeto, rectitud, actualidad y vigencia de la expectativa social. En cambio, si no actúan así, y se apartan del rol del ciudadano leal, serán objeto de imputación por esa desviación del rol, responsabilizándoseles por un delito contra la esfera que quebrantó¹⁵¹⁴.

Concretando este punto de vista funcional en el injusto del secuestro, el núcleo básico de este injusto consiste en privar de la libertad a otro, lo que no debe entenderse en el sentido fáctico u ontológico de menoscabar la libertad ambulatoria de otro, sino en el sentido aquí expuesto de arrogarse su decisión sobre la dirigibilidad del derecho a la esfera ajena de la libertad locomotriz o ambulatoria en el entorno social. De este derecho a la libertad ambulatoria

¹⁵¹⁰ “En las organizaciones propias reside la llave para determinar si una lesión fáctica a un bien jurídico se convierte en una lesión penalmente relevante: esto es, la libertad normativa de autodeterminación prima, en esos casos, sobre la lesión real al bien”. POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Libertad como autodeterminación personal en Derecho penal”, op. cit., pág. 99.

¹⁵¹¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Libertad como autodeterminación personal en Derecho penal”, op. cit., págs. 97 y 98.

¹⁵¹² Me refiero a todo el inciso I de este capítulo.

¹⁵¹³ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Libertad como autodeterminación personal en Derecho penal”, op. cit., págs. 101 y 102.

¹⁵¹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Libertad como autodeterminación personal en Derecho penal”, op. cit., pág. 106.

disponen todos los ciudadanos, que se relaciona directamente con la libertad autodeterminación del individuo¹⁵¹⁵ en la gestión de ese derecho, pues ayudan la interacción social del entorno global de la sociedad¹⁵¹⁶. El Derecho penal no tutela la libertad en sí (es un supuesto ontológico o natural), no le debe interesar al ordenamiento jurídico, sino la relación de disponibilidad de la libertad ambulatoria por parte del ciudadano, esto es, la facultad que asiste al titular de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en su favor. Por ello, la libertad es disponible por regla general por el propio titular de ella, y no ciertamente para que otro pueda lesionarla, pero sí para que él, si lo desea, pueda disponer de la misma como le plazca, ya que la disponibilidad de la libertad es personal e intransferible¹⁵¹⁷.

Las acciones en contra de las esferas de libertad constituyen un injusto no porque menoscaben la libertad en sí, sino porque se arrogan arbitraria y anti-normativamente la disponibilidad sobre un bien, sobre el que no les corresponde a ellos decidir, sino sólo al titular del mismo¹⁵¹⁸. La arrogación de la libre disponibilidad de un bien ajeno constituye la “*ratio legis*” de la tutela normativa en los tipos penales¹⁵¹⁹, ya que en nuestro supuesto del injusto del secuestro se protege la libertad ambulatoria, pero ésta debe ser entendida desde la postura social, es decir, sobre la base de funcionalidad operativa en el entorno social¹⁵²⁰, ya que si es limitada se infringe la vigencia de norma, y por ello se lesiona una esfera de operatividad de gestión normativa de movilidad en los contactos sociales¹⁵²¹ del entorno social global¹⁵²².

¹⁵¹⁵ Vid. CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales policiales*, op. cit., pág. 407.

¹⁵¹⁶ Vid. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs”, en María Eloísa QUINTERO / Miguel POLAINO-ORTS (Coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2ª. edic, Editorial Flores editor, México, D.F., 2012, págs. 98 y 99.

¹⁵¹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Libertad como autodeterminación personal en Derecho penal”, op. cit., pág. 93; en una postura equivalente, mejor dicho, igual pero orientada al injusto del homicidio, véase POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Delitos contra la libertad I. Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 193; POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, en Miguel POLAINO NAVARRETE (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo I, Adaptadas a las leyes orgánicas 2/2010 y 5/2010 de reforma del Código penal, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, págs. 34 y sigs. Cfr. REBOLLO VARGAS, Rafael, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 171.

¹⁵¹⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Normas y acciones en Derecho penal*, op. cit., pág. 20.

¹⁵¹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Mave, Buenos Aires, 2000, págs. 374 y sigs.; POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Libertad como autodeterminación personal en Derecho penal”, op. cit., pág. 93.

¹⁵²⁰ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción del alemán por Joaquín CUELLO CONTRERAS / José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2ª. edic, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 52.

¹⁵²¹ K. MERTON, Robert, *Teoría y estructura sociales*, traducción de la 3ª edición en inglés por Florentino M. TORNER / Rufina BORQUES, 3ª. Editorial Fondo de cultura económica, México, D. F., 1995, pág. 95: “La esfera social, en que los seres humanos individuales, “las unidades esenciales”, están conectados por redes de relaciones sociales en un todo unificado, es

II. Noción penal de la libertad de movimiento

La noción del bien jurídico protegido en el injusto del secuestro pone de manifiesto que el objeto de tutela penal está constituido por la esfera de la libertad personal¹⁵²³ de movimiento, locomotriz, o ambulatoria¹⁵²⁴, que bien puede estar representada por la libertad de translación de la persona¹⁵²⁵, pero estimada desde el punto de vista social¹⁵²⁶, es decir, por la interacción social que tiene el ciudadano para ambular por el sistema social, ya que tiene un alcance y contenido propio en nuestro sistema social¹⁵²⁷, porque sin libertad de movimiento no existe la interacción social de los contactos cotidianos en el sistema social. Sin embargo, esta formulación esbozada, no aparece claramente constituida por el texto legal del artículo 164, si bien se deduce de los términos de descripción de la acción típica¹⁵²⁸.

La libertad de movimiento no sólo representa una cuestión normativa en sí misma, y no siempre susceptible de fácil delimitación conceptual, ya que constituye una pluralidad de dimensiones¹⁵²⁹ y de interacción social, y es por ello

la función de toda actividad recurrente, tal como el castigo de un delito o una ceremonia fúnebre. Es el papel que dicha actividad representa en la vida social como un todo y, por tanto, la aportación que hace a la conservación de la continuidad estructural”.

¹⁵²² Cfr. VIVES ANTÓN, Tomás S. / GIMENO SENDRA, José Vicente, *La detención*, op. cit., pág. 18 y 19.

¹⁵²³ Vid. CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., págs. 391 y 392; CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales policiales*, op. cit., pág. 21; REBOLLO VARGAS, Rafael, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 170.

¹⁵²⁴ Vid. MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., pág. 55; JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 462; PRATS CANUT, Josep Miguel, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 181; REBOLLO VARGAS, Rafael, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 172. Cfr. QUINTANAR, Manuel, “Una peculiar modalidad de detención ilegal del artículo 188 del Código penal”, en Juan José GONZÁLEZ RUS (Coord.), *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Editorial Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996, págs. 664 y 665.

¹⁵²⁵ Vid. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: Cuestiones concursales. (A propósito de la jurisprudencia posterior a 1983 y de la STS 4-2-1987)”, op. cit., págs. 233 y 234, en las notas al pie número 3 y 6; BLANCO LOZANO, Carlos, “Libertad y tutela jurídico-penal”, op. cit., pág. 77.

¹⁵²⁶ En un postura equivalente a la aquí mencionada, véase a Juan BUSTOS RAMÍREZ, “La libertad aparece desligada de una concepción meta-social y jurídica, simplemente tiene un carácter instrumental, esto es, capacidad de actuación para la satisfacción de necesidades... Pero la libertad en cuanto capacidad de actuación para la satisfacción de necesidades en la relación social, presupone como concepto personal-social e instrumental la existencia de otros sujetos y de su respectiva libertad.” BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 74.

¹⁵²⁷ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 143.

¹⁵²⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 99 y 100.

¹⁵²⁹ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal. Infracciones contra la personalidad*, op. cit., págs. 888 y 889; VIVES ANTÓN, Tomás S. /

una noción jurídico-penal de compleja estructura normativa y de significado jurídico-penal relevante, pues la dinamicidad del enfoque social de la libertad de movimiento conlleva una estela de personalidad que expresa la relación social del ciudadano con el concreto sujeto titular del bien jurídico, que necesita esa dinamicidad de libertad de movimiento para ser parte del entorno social y desarrollar su esfera individual en el entorno social, dado que sin libertad de movimiento no existe la dinámica del contacto social¹⁵³⁰.

En la importancia del bien jurídico tutelado en este ámbito normativo, se debe considerar la postura de su dimensión social de atributo personal de desplazamiento¹⁵³¹ en el sistema operativo social, pues determina la interacción con las demás esferas de fragmentación social, pues la libertad de movimiento ayuda al ciudadano a poder interactuar en el contacto social, o sea, a determinar la actividad y otros niveles de acción comunicativa dentro de nuestro sistema social, por lo que tiene la categoría de un derecho inherente a la persona¹⁵³², abarcado por la protección jurídico penal¹⁵³³.

A) Como derecho fundamental de la persona

Desde la óptica de relevancia social¹⁵³⁴, el derecho fundamental de libertad debe estar protegido y garantizado por el Derecho penal¹⁵³⁵, frente a

GIMENO SENDRA, José Vicente, *La detención*, op. cit., págs. 13 y sigs; BLANCO LOZANO, Carlos, “Libertad y tutela jurídico-penal”, op. cit., págs. 74 y sigs; ID., *Tratado de Derecho penal español*, tomo II, op. cit., págs. 181 y sigs; CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales policiales*, op. cit., pág. 404; ESCRIBUELA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, op. cit., pág. 1; POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 143; ID., “Delitos contra la libertad I. Detención ilegal y secuestro”, op. cit., págs. 192, 201 y 202; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 134; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 95 y 96.

¹⁵³⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 100.

¹⁵³¹ Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 185. Cfr. ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 502.

¹⁵³² Vid. CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales policiales*, op. cit., pág. 407; REBOLLO VARGAS, Rafael, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 170.

¹⁵³³ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público, art. 184 CP”, op. cit., pág. 343; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 29.

¹⁵³⁴ Para Günther JAKOBS, si se quiere “pertenecer en el nivel de una teoría de los bienes jurídicos, al menos, tendría que reconocerse genuinamente bienes sociales, es decir: aquellas instituciones sociales y, mediatamente también, estatales que resulten en absoluto irrenunciables para la subsistencia de la sociedad”. JAKOBS Günther, “¿Daño social?. Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho penal”, traducción del alemán por Miguel POLAINO-ORTS, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Editorial Ara, Lima, 2010, pág. 24. También véase HASSEMER, Winfried, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico”, op. cit., pág. 102.

agresiones socialmente inaceptables, pues en caso contrario se daría una violencia ilegítima por el Estado de Derecho en contra de los ciudadanos¹⁵³⁶. Sin perjuicio de esta función legitimadora de bienes jurídicos de esferas emanantes de la constitucionalidad¹⁵³⁷, se puede determinar que el Derecho penal no sólo tutela bienes jurídicos de forma aislada, sino una función eminentemente preventiva de los contactos sociales¹⁵³⁸, y por ello, función legitimadora para el empleo del poder coactivo del Estado de Derecho mediante el ejercicio del *Ius puniendi*, en el que la función preventiva y legitimadora encuentra guía directa, al menos en la construcción social¹⁵³⁹, para delimitar el programa de valores ideales del marco constitucional de cada sociedad en particular¹⁵⁴⁰.

Una incorporación ideológica de esta categoría, como institución fundamental, permite la configuración de un concepto normativo, desde la institución de la Carta Magna, por regular directamente los mecanismos de funcionalidad social, cuya organización transmite a la norma tuteladora del ordenamiento penal, por ejemplo, el Código penal, estableciendo las normas de conducta que delimitan la interacción social con el entorno global de la sociedad¹⁵⁴¹.

¹⁵³⁵ Vid. ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1976, pág. 43; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público, art. 184 CP”, op. cit., pág. 347; CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales policiales*, op. cit., pág. 409; JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Medidas relativas a reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos. Obstáculos en vías públicas”, op. cit., págs. 87, 88, 91 nota al pie de página número 19, 94, 98, 99, 102, 103, 108 y 109; EAD., *Seguridad ciudadana y derecho penal*, op. cit., págs. 14, 20 y 23; SANZ MORÁN, Ángel José, “Reflexiones sobre el bien jurídico”, op. cit., págs. 1759-1763, 1765-1769; NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “Delitos contra la libertad. Coacciones, amenazas, detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 133.

¹⁵³⁶ Vid. VIVES ANTÓN, Tomás S. / GIMENO SENDRA, José Vicente, *La detención*, op. cit., pág. 42; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público, art. 184 CP”, op. cit., págs. 335 y sigs; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., págs. 22, sigs. y 28; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 145.

¹⁵³⁷ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 55 y 56; ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, op. cit., págs. 448 y sigs.

¹⁵³⁸ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, op. cit., págs. 457 y sigs. Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Libertad personal y seguridad ciudadana*, op. cit., págs. 49 y sigs; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Curso de iniciación a la parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, tomo 1, op. cit., pág. 65.

¹⁵³⁹ En sentido equivalente, véase GRACIA MARTÍN, Luis, *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*, Serie: Derecho penal, Núm. 2, Editorial Ubijus, Delegación Azcapotzalco, México, D.F., 2011, págs. 55 y sigs. Cfr. TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad como principios limitadores del poder punitivo*, op. cit., págs. 20, 28 y sigs.

¹⁵⁴⁰ Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma. El potencial de sentido de un concepto”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Editorial Ara, Lima, 2010, págs. 72 y 73; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 33.

¹⁵⁴¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 82.

Se ha calificado la libertad como un derecho humano por excelencia¹⁵⁴², y como tal asume reconocimiento en todas las Constituciones, como máxima garantía¹⁵⁴³ jurídica del ciudadano ante el Estado¹⁵⁴⁴, y así, por ejemplo, la Constitución Española lo menciona en el artículo 1¹⁵⁴⁵, igual que la Carta Magna mexicana en el mismo numeral, en referencia a la libertad genérica¹⁵⁴⁶ de la persona en derecho, en cuanto concepto básico de la libertad frente a los comportamientos de ilegítima privación de libertad¹⁵⁴⁷, de lo que se desprenden las demás esferas de operatividad funcional de la libertad, en nuestro caso la esfera de libertad ambulatoria (locomotriz o movimiento), pues se fragmentan las libertades institucionales dentro del ámbito del Derecho penal¹⁵⁴⁸, y en el tipo de injusto del secuestro se protege el valor constitucionalmente proclamado en los artículos 17.1¹⁵⁴⁹ y 19¹⁵⁵⁰ de la CE¹⁵⁵¹, que provee la garantía jurídico-penal de la

¹⁵⁴² Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal. Infracciones contra la personalidad*, op. cit., pág. 883; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 74; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, M^a Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., pág. 206; PRATS CANUT, Josep Miguel, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 181; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis Jurídico del secuestro*, op. cit., pág. 51. En la jurisprudencia, STS de 10 de septiembre de 1992, ponente: José Augusto DE LA VEGA RUIZ.

¹⁵⁴³ Vid. FRANZ BIRNBAUM, Johann Michael, *Sobre la necesidad de una lesión de Derechos para el concepto de delito*, traducción del alemán y estudio preliminar por José Luis GUZMÁN DALBORA, Editorial B de F, Buenos Aires–Montevideo, 2010, pág. 58.

¹⁵⁴⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 83 y 84; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, op. cit., pág. 201; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “En 2017, no detengan tanto, por favor”, *Diario el confidencial*, 05 de enero del 2017. (Accesible en: http://blogs.elconfidencial.com/espana/blog-fide/2017-01-05/detenciones-estado-derecho_1312411/).

¹⁵⁴⁵ Vid. REBOLLO VARGAS, Rafael, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 170; BOLEA BARDÓN, Carolina, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 111; EAD., “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 105.

¹⁵⁴⁶ Vid. BLANCO LOZANO, Carlos, “Libertad y tutela jurídico-penal”, op. cit., pág. 75; ID., *Tratado de Derecho penal español*, tomo II, op. cit., pág. 182.

¹⁵⁴⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 101.

¹⁵⁴⁸ Vid. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Detenciones ilegales”, *Diario La Ley*, número D-165, Madrid, 2001, pág. 1. (Accesible en: laleydigital.es, la ley 22826/2001).

¹⁵⁴⁹ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público, art. 184 CP”, op. cit., pág. 339; ID., *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 74; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La detención*, op. cit., págs. 14 y sigs; Díez RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., pág. 325; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 32; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / DÍAZ MORATO Y VILLAREJO, Julio, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 10; QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “Sobre el delito de detención ilegales. Estudio de algunas singulares modalidades del artículo 188 del Código penal español”, op. cit., págs. 723 y sigs; ID., “El delito de secuestro. Tipo de injusto, dolo y autoría”, op. cit., pág. 763; ID., “Una peculiar modalidad de detención ilegal del artículo 188 del Código penal”, en Juan José GONZÁLEZ RUS (Coord.), *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Editorial Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996, págs. 663 y sigs; BLANCO LOZANO, Carlos, “Libertad y tutela jurídico-penal”, op. cit., págs. 79; ID., *Tratado de Derecho penal español*, tomo II, op. cit., pág. 187; ALONSO PÉREZ, Francisco, *Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, op. cit., págs. 34 y sigs;

libertad de movimiento en el entorno social, para poder interactuar en el sistema social y ser miembro del mismo, porque sin libertad de movimiento no existen los contactos sociales, que permiten la realización operativa del sistema social.

B) Dimensión espacial

La dimensión espacial es una característica espacial o de desplazamiento apreciada en el bien jurídico de la libertad de movimiento, en el sentido de comprobación normativa del *locus* de la ubicación personal¹⁵⁵², ya que la comprobación necesita una conexión intrínseca del espacio aludido, pues no se puede realizar la dimensión de desplazamiento de movimiento en un lugar en el que se encuentra privado el sujeto pasivo del injusto, de modo que la práctica del injusto ha de impedir la realización de una esfera de movimiento en la sociedad, por ello, es el contenido material del objeto de tutela penal¹⁵⁵³.

En efecto, la libertad de movimiento ofrece un sentido característico, sin el cual la referencia de ubicación resulta imposible para estimar la conexión intrínseca con las demás esferas de operatividad funcional, es decir, con el

CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales policiales*, op. cit., págs. 404; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, M^a Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., pág. 206; GÓMEZ INIESTA, Diego, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., págs. 397; JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Medidas relativas a reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos. Obstáculos en vías públicas”, op. cit., pág. 110; EAD., *Seguridad ciudadana y Derecho penal*, op. cit., pág. 14 nota al pie de página número 6; SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 13^a. edic, Editorial Dykinson, Madrid, 2008, pág. 160; QUERALT, Joan J., *La detención preventiva. Previsiones constitucionales y legales*, Editorial Ubijus, México D.F., 2009, págs. 9 y sigs; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 147; ESCRIBIELA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, op. cit., pág. 1; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 57; TUERO GONZÁLEZ, Alejandro, “Delitos contra la libertad”, en Antonio ROMA VALDÉS (Director), *Código penal comentado. Especial consideración a las modificaciones introducidas por las leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, Editorial Bosch, Barcelona, 2015, pág. 297. En la jurisprudencia, véase STS de 10 de septiembre de 1992, ponente: José Augusto DE LA VEGA RUIZ; STS 3 de Octubre de 1996, ponente: José Augusto DE LA VEGA RUIZ.

¹⁵⁵⁰ Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La detención*, op. cit., pág. 15; AA.VV. “Delitos contra la libertad, con especial referencia a la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género”, op. cit., pág. 130; BOLEA BARDÓN, Carolina, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 111; EAD., “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 105; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 96.

¹⁵⁵¹ En el supuesto mexicano es el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde menciona la libertad de movimiento.

¹⁵⁵² Para Miguel POLAINO NAVARRETE, “el *locus* de referencia conceptual como un dato revelador de un normativo *instrumentum scoeleris* de la realización delictiva, es decir, como un medio típico de ejecución que exige un punto de origen y otro de destino, a los que conceptualmente alude el carácter espacial del bien jurídico de la libertad de movimiento”. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 102.

¹⁵⁵³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 101; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 128.

alcance de la estructura cibernética de la libertad de movimiento¹⁵⁵⁴, que se encuentra unida al lugar de la privación de la libertad se coarta la predisposición de movimiento¹⁵⁵⁵, y al realizarse el injusto se infringe la norma, y por ende, se menoscaba la libertad de movimiento al ser ésta un atributo de relevancia social, que permite la realización de los contactos sociales.

C) Estructura cibernética

Otra característica esencial de la libertad de movimiento en cuanto objeto de protección penal es integrada por la misma libertad de movimiento, pero desde un enfoque social de dinamicidad y fungibilidad del sistema operativo social, ya que es una esfera dinámica de los contactos sociales.

El objeto de tutela jurídico-penal en la configuración típica del injusto del secuestro está integrado por una dimensión de libertad personal, pero sustancialmente distinta de la protección penal de otros injustos en contra de la libertad personal, por ejemplo, la coacción, amenazas, o el allanamiento de morada¹⁵⁵⁶. El enfoque social de libertad de movimiento integra una esfera de índole de desplazamiento personal del ciudadano¹⁵⁵⁷, pues la esfera de libertad de movimiento comporta capacidad personal de translación¹⁵⁵⁸, o reconocimiento de la libertad locomotriz, ambulatoria¹⁵⁵⁹, traslaticia o cibernética relativa al movimiento¹⁵⁶⁰ social del ciudadano en el entorno social.

¹⁵⁵⁴ MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 63.

¹⁵⁵⁵ Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La detención*, op. cit., pág. 27.

¹⁵⁵⁶ Vid. Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, “De nuevo sobre el bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada”, op. cit., págs. 1031-1048; ID., “Algunas observaciones sobre el delito de allanamiento de morada”, op. cit., págs. 313-344; ID., *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*, op. cit., *passim*; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., págs. 42 y sigs; CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales policiales*, op. cit., pág. 408; AMELUNG, Knut, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, op. cit., pág. 258. En la jurisprudencia véase STS 1468/2007, ponente Miguel Colmenero MENÉNDEZ DE LUARCAS, (Fundamentos de Derecho II, pág. 9).

¹⁵⁵⁷ Cfr. ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 501.

¹⁵⁵⁸ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Delitos contra la libertad I. Detención ilegal y secuestro”, op. cit., págs. 201; CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., pág. 391; MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., pág. 54; CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales policiales*, op. cit., pág. 409; SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 160.

¹⁵⁵⁹ Vid. AA.VV., “Delitos contra la libertad, con especial referencia a la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género”, op. cit., págs. 122 y 123; ESCRIBIELLA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, op. cit., pág. 1; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 96; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., pág. 207.

¹⁵⁶⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 102; POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 147.

La noción jurídico-penal relevante de la libertad de movimiento debe tener en cuenta que la dinamicidad locativa esencialmente delimita el sentido del objeto de tutela del tipo en concreto, y esta distinción de la dimensión locomotriz de la titularidad de ejercicio de la libertad personal y social constriñe la deferencia con las demás esferas de libertades, y por ello, del contenido material del injusto del secuestro¹⁵⁶¹.

El sentido valorativo del bien jurídico del injusto del secuestro, en la estimación de la libertad desde la óptica de fungibilidad de la facultad locomotriz de la persona en derecho, se adecua rigurosamente al alcance positivo de la facultad de ejercicio (activo u omisivo), del origen locativo inicial o de tendencia de ubicación final, que constituye el objeto de tutela representado por la libertad de movimiento personal¹⁵⁶², de tal modo que representa el sentido de tal esfera de libertad humana en una orientación normativa expresando la dinamicidad¹⁵⁶³ social de una porción de la interacción social.

La libertad de movimiento como esfera personal no es ajena a la debate jurisprudencial¹⁵⁶⁴, ya que sobre ella se han pronunciado con acierto, en la particularidad individual, las resoluciones jurisprudenciales que la estiman como un bien jurídico con carácter individual, que determina la dinámica de la libertad ambulatoria individual¹⁵⁶⁵, al establecer que la misma se encuentra representada por la libertad personal, entendida como una función de espontaneidad de movimiento, y al considerar que la libertad de locomotriz de la persona es tutelada en el artículo 164 del Código penal, frente al injusto típico de secuestro, y constituyendo la noción de la libertad de la persona para moverse de un lado a otro con arreglo a sus deseos dentro de los límites jurídicos¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 102.

¹⁵⁶² *Vid.* AA.VV., “Delitos contra la libertad, con especial referencia a la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género”, op. cit., págs. 122 y 123; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 147.

¹⁵⁶³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 104.

¹⁵⁶⁴ STS 3003/2003, ponente Julián Artemio SÁNCHEZ MELGAR, (Fundamentos de Derecho II, pág. 7); STS 21/2007, ponente Juan SAAVEDRA RUIZ, (Fundamentos de Derecho II, pág. 6).

¹⁵⁶⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 143; LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Adaptado al programa de la oposición a ingreso en las carreras judiciales y fiscal (BOE 3 de abril de 2009), 16^a edic, Editorial Dykinson, Madrid, 2009, pág. 65.

¹⁵⁶⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 104; QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “Sobre el delito de detención ilegales. Estudio de algunas singulares modalidades del artículo 188 del Código penal español”, op. cit., págs. 725 y 726; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 129 y 130; HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier / BACH FABREGO, Roser / YLLANES SUÁREZ, Juan Pedro, “Jurisprudencia procesal-penal del Tribunal Supremo. Un análisis crítico”, *DPP*, número 18, Navarra, 2007, pág. 182; ESCRIBUELA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, op. cit., pág. 1; AA.VV. “Delitos contra la libertad”, en Luis RODRÍGUEZ RAMOS (Director), *Código penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, 4^a edic, Editorial La ley, Madrid, 2011, pág. 732; AA.VV., “Delitos contra la libertad”, en Luis RODRÍGUEZ RAMOS (Director),

Sin embargo, hay que delimitar el concepto del bien jurídico del injusto del secuestro, correspondiente a aquella esfera concretamente de la libertad de locomoción en el mundo social, que es representado por la esfera cibernética o traslativa, dentro de los límites determinados por la norma, ya que funge como un factor determinante dentro de la interacción social de los contactos sociales, pudiendo matizar el entorno social con los demás subsistemas sociales.

III. Delimitaciones conceptuales de la libertad

La libertad personal jurídico-penalmente relevante para el Derecho penal es aquella que integra una categoría valorativa que se manifiestan en las diversas esferas sociales del sujeto, es decir, de la persona en sociedad, en pocas palabras, del ser social, ya que el ciudadano tiene diversas esferas de actuación objeto de estimación de la norma penal y de la sociedad¹⁵⁶⁷.

Estas esferas de relevancia social del ente social, que ofrecen el campo de interacción del sujeto en el entorno social, determinan la efectiva relación y los contactos sociales con el entorno social, pero este campo de interacción de los contactos sociales es delimitado¹⁵⁶⁸ por el riesgo permitido, al autorizar al sujeto a hacer o soportar los riesgos sociales, por ejemplo, en un supuesto de riesgo de un menoscabo de algún bien jurídico cuando entra en conflicto con otras esferas y bienes jurídicos de otros sujetos; sin embargo, el riesgo permitido es un principio normativo y estructural del Derecho penal que opera como filtro o baremos de las interacciones sociales, ya que su labor es delimitar el campo de interacciones sociales donde el Derecho penal no define positivamente el riesgo de la interacción social¹⁵⁶⁹.

Código penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias, 5ª. edic, Editorial La ley, Madrid, 2015, pág. 891.

¹⁵⁶⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 88.

¹⁵⁶⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 88.

¹⁵⁶⁹ Vid. ROXIN, Claus, “La idea del bien jurídico en la teoría del injusto penal”, traducción del alemán por Miguel POLAINO-ORTS, en Claus ROXIN / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Política criminal y dogmática penal. Cuestiones fundamentales*, Colección dogmática penal, Núm. 10, Editorial Ara, Perú, 2013, págs. 75 y 79; POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 147; PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, Editorial Ministerio de justicia e interior, Secretaria general técnica, centro de publicaciones, Madrid, 1995, págs. 501 y sigs; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Curso de iniciación a la parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, tomo 1, op. cit., págs. 449 y sigs; JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., págs. 56 y 57; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 430 y 431. Cfr. Ya que los siguientes determinan que es ámbito de la adecuación social. FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, Ma. Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., págs. 205 y 206; RUEDA MARTÍN, Ma. Ángeles, “La adecuación social y el delito de detenciones ilegales. Comentarios a la STS de 16 de diciembre de 1997, ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater”, *RDPC*, 2ª. época, número 7, Madrid, 2001, págs. 444 y sigs; EAD., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las*

A) Libertad de actuación

La libertad de actuación¹⁵⁷⁰ es constituida por la libertad de formación y actuación personal de la voluntad, y puede ser menoscabada cuando se ponen imperativos a la formación o actuación personal de la voluntad o si se sustituye por una formación o actuación de la voluntad ajena¹⁵⁷¹. Es una de las primeras esferas valorativas de la libertad personal¹⁵⁷², tutelada como bien jurídico protegido por el Derecho penal, confiriéndosele autonomía típica de especial titulación penal al reconocerse relevancia jurídico-penal a la libertad de actuación en la esfera concreta de protección de los tipos de injusto de las coacciones¹⁵⁷³ y amenazas¹⁵⁷⁴.

valoraciones jurídicas-penales en el ámbito de lo injusto, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, págs. 219 y sigs; REBOLLO VARGAS, Rafael, “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 170 y 171.

¹⁵⁷⁰ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, op. cit., págs. 74 y 104; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, M^a Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., pág. 205.

¹⁵⁷¹ Vid. MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 85; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “La estructura típica del delito de coacción”, *ADPCP*, tomo 30, Fascículo I, Madrid, 1977, págs. 19 y sigs.

¹⁵⁷² Vid. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Detenciones ilegales”, op. cit., pág. 1.

¹⁵⁷³ Cfr. JAKOBS, Günther, “Las coacciones por medio de amenazas como delito contra la libertad”, traducción del alemán por Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 459 y sigs. Para este autor el bien jurídico es la libertad de obrar. También véase POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 143; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal. Infracciones contra la personalidad*, op. cit., págs. 893 y 900; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 104; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “La estructura típica del delito de coacción”, op. cit., págs. 20 y sigs; MIR PUIG, Santiago, “El delito de coacciones en el Código penal”, op. cit., págs. 270 y 271; JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 463; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., págs. 74 y sigs; VELÁZQUEZ BARÓN, Ángel, *Las coacciones*, Biblioteca básica de práctica procesal, Núm. 217, Editorial Bosch, Barcelona, 2004, págs. 7 y sigs, 83 y sigs; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., págs. 134, 135, 153 y sigs; LAMARCA PÉREZ, Carmen (Coord.), “Delitos contra la libertad”, *Delitos. La Parte especial del Derecho penal*, 3^a edic, Editorial Colex, Madrid, 2015, págs. 130, 148 y sigs; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., págs. 169 y 170; TUERO GONZÁLEZ, Alejandro, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 297. En la jurisprudencia, véase S de la Audiencia Provincial de Segovia de 1 junio, ponente: Herrero PINILLA, La ley juris 11224/2011; STS. 11265/2011, Sala segunda de lo penal, 1 marzo, ponente: Martínez ARRIETA, La ley juris 10553/2012.

¹⁵⁷⁴ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 89; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 96; LARRAURI, Elena, *Libertad y amenazas*, Editorial PPU, Barcelona, 1987, págs. 43 y sigs; DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, “El delito de amenazas”, en Juan María TERRADILLOS BASOCO (Director), *Delitos contra la libertad y la seguridad*, Editorial Consejo general del poder judicial, Madrid, 1996, págs. 275 y sigs; JAREÑO LEAL, Ángeles, *Las amenazas y el chantaje en el Código penal de 1995*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1997, págs. 14 y sigs; VELÁZQUEZ BARÓN, Ángel, *Las amenazas*, Biblioteca básica de práctica procesal, Núm. 216, Editorial Bosch, Barcelona, 2004, págs. 7 y sigs, 81 y sigs.

El campo de delimitación conceptual con las demás esferas de libertad se logra mediante el contenido material del injusto típico, es decir, mediante el objeto de ataque (acción o material) y objeto de tutela¹⁵⁷⁵. El objeto de ataque se encuentra constituido por las relaciones empíricas de la capacidad, decisión y actuación de la libertad personal¹⁵⁷⁶, y el objeto de tutela es la libertad de actuación como valor fundamental de la existencia comunitaria en la sociedad¹⁵⁷⁷. Respecto de la libertad de actuación como objeto propio de tutela penal, debe tenerse presente que trasciende a la esfera social y, por ello, no puede ser objeto de protección jurídico penal relevante en el injusto del secuestro¹⁵⁷⁸,

¹⁵⁷⁵ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 282, 277, 278 y 294: “El resultado típico debe distinguirse del menoscabo del bien jurídico protegido. El primero supone la lesión o puesta en peligro del objeto material separable de la acción en una dimensión espacial y temporal, mientras que la lesión del bien jurídico afecta a la relación de la acción típica con la pretensión de respeto que posee el valor protegido por la disposición penal”. Véase también, especialmente, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, págs. 163, 164, 559 y sigs.: “El objeto de acción u objeto material en la teoría del delito es integrado por la persona o el ente inanimado sobre el cual se realiza el movimiento corporal, que es propio de la conducta típica de los delitos, denominados de resultado material, que exigen la producción de un cambio externo tangible y sensorialmente perceptible. En cambio, el objeto jurídico u objeto de protección representa el objeto de tutela de cada norma penal: es en rigor el bien jurídico garantizado en el tipo de delito, y en cuanto tal, elemento esencial de juridicidad de las figuras de delito integrante del contenido material del injusto típico”; ID., *El bien jurídico en el Derecho penal*, Serie, Núm. 19, Editorial Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla, 1974, págs. 36 y sigs; ID., *El injusto típico en la teoría del delito*, op. cit., págs. 319 y sigs; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., pág. 137; JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 47; SANZ MORÁN, Ángel José, “Reflexiones sobre el bien jurídico”, op. cit., págs. 1754 y 1755; VIVES ANTÓN, Tomás S. / GIMENO SENDRA, José Vicente, *La detención*, op. cit., pág. 22; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., págs. 36 y 38; HEFENDEHL, Roland, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, traducción del alemán por María MARTÍN LORENZO, en Roland HEFENDEHL (Ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁ CER GUIRAO / María MARTÍN LORENZO / Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 180 y 181. Cfr., en la Parte especial, y en relación al injusto del secuestro, JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GÓNZALEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., págs. 77, 83, 89, 93, 99, 104, 108, 113 y 118.

¹⁵⁷⁶ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / DÍAZ MORATO Y VILLAREJO, Julio, *Manual de Derecho penal*, op. cit., págs. 5 y 6; REBOLLO VARGAS, Rafael, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 170; PRATS CANUT, Josep Miguel, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 183. Cfr. REBOLLO VARGAS, Rafael, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 172.

¹⁵⁷⁷ Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “La estructura típica del delito de coacción”, op. cit., págs. 32 y 39; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 91 y sigs.; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 274, 277 y 273.

¹⁵⁷⁸ Al respeto, Juan BUSTOS RAMÍREZ afirma que “el bien jurídico protegido es la libertad ambulatoria, la capacidad del sujeto para trasladarse de un lugar a otro (SSTS 21/10/1971; 20/12/1974). Por ello mismo puede haber dificultades en la delimitación con el delito de coacción, lo importante es que en este último se afecta la capacidad de actuación en general (por ello, por ejemplo, será coacción el inutilizarle el coche a un sujeto para obligarlo a

pues en ella sólo se lesiona una parte de la libertad que no es el objeto concreto de protección del tipo de secuestro¹⁵⁷⁹, constituido por la libertad ambulatoria personal¹⁵⁸⁰.

B) Libertad de esfera privada

La libertad de esfera privada es aquella que tutela el Derecho penal a la intimidad personal y familiar del ciudadano, es decir, de determinadas garantías jurisdiccionales. Pero la tutela típica de esta libertad de esfera privada se refiere a la descripción de los tipos de allanamiento de morada¹⁵⁸¹ y de descubrimiento y revelación de secretos, por lo que no es objeto de protección del injusto del secuestro, ya que aquéllos se refieren a otras formas autónomas tipificadas en el Código penal, cuyo objeto de tutela es distinto al injusto del secuestro, debiendo delimitarse del mismo como en el caso anterior¹⁵⁸².

IV. Alcance de la protección típica de la libertad ambulatoria

La libertad ambulatoria, en cuanto facultad real inherente a la calidad del ciudadano, que contempla el legislador penal sobre la base de la garantía jurídica que a la esfera de la libertad locomotriz confiere la Carta Magna, constituye el objeto de protección del tipo legal de secuestro¹⁵⁸³.

Hay muchas formas de menoscabar la libertad ambulatoria del ciudadano, y respecto del secuestro se pueden determinar las mismas que en la detención ilegal, dado el caso que el injusto del secuestro es un tipo cualificado de las detenciones ilegales, aunque históricamente no haya sido así, pero hoy en día el Código penal español lo tipifica como una figura autónoma de las detenciones ilegales. Las formas de menoscabar la libertad ambulatoria son las mismas en las

ir a pie, pues no se ha afectado su capacidad para trasladarse de un lugar a otro; diferente será si se le inutilizara la lancha que es el único medio que él tiene para trasladarse de su isla a tierra firme; en este caso habría detención ilegal)". BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 104.

¹⁵⁷⁹ Véase el capítulo III la acción típica, en el inciso 2, sobre la privación de libertad.

¹⁵⁸⁰ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 91 y sigs; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., págs. 41 y sigs; BENEYTEZ MERINO, Luis, *Libertad protegida. Introducción al estudio de los delitos contra la libertad y seguridad de las personas*, Editorial Colex, Madrid, 1994, págs. 85, 86, 124 y 125.

¹⁵⁸¹ Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, "De nuevo sobre el bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada", op. cit., págs. 1031-1048; ID., "Algunas observaciones sobre el delito de allanamiento de morada", op. cit., págs. 313-344; ID., *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*, op. cit., pássim.

¹⁵⁸² Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 95 y sigs; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 41.

¹⁵⁸³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 105.

detenciones ilegales y en el secuestro, esto es, encerrar o detener¹⁵⁸⁴, para privar de la libertad de movimiento a alguien¹⁵⁸⁵.

Un sector doctrinal¹⁵⁸⁶ entiende que el contenido de protección del injusto del secuestro es integrado por la libertad de movimiento, pero en su configuración de libertad de abandono, es decir, apreciada en la facultad de abandonar el lugar de la privación de libertad ambulatoria de que se encuentra privado el sujeto pasivo¹⁵⁸⁷. Estima que la libertad ambulatoria como capacidad del ciudadano para decidir su ubicación en un espacio es demasiado amplio, y por ello necesita de concreción para delimitar las conductas que afectan directamente a la libertad ambulatoria y las inciden en el poder de decisión sobre la ubicación del espacio que son constitutivas de otros injustos. La acción típica de secuestro se refiere a encerrar o detener comportamientos que afectan a la libertad ambulatoria, pero dejan fuera de la tipificación conductas que, aunque afectan a la capacidad de decidir por parte del sujeto la ubicación en el espacio, no constituyen una privación de libertad. Por ello, el bien jurídico tutelado en este injusto es la libertad de abandonar un lugar cuando quiera el ciudadano, sin que nadie se lo impida¹⁵⁸⁸. La libertad de abandono delimita en su justa medida el

¹⁵⁸⁴ Véase el capítulo correspondiente a la conducta típica de este mismo trabajo.

¹⁵⁸⁵ Vid. QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “El delito de secuestro. Tipo de injusto, dolo y autoría”, op. cit., pág. 763.

¹⁵⁸⁶ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español*, op. cit., págs. 306 y 307; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., págs. 326, 329, 332 y 337; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., págs. 51 y sigs; ID., “Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código penal de 1995”, en Juan María TERRADILLOS BASOCO (Director), *Delitos contra la libertad y la seguridad*, Editorial Consejo general del poder judicial, Madrid, 1996, págs. 360 y sigs; QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “Una peculiar modalidad de detención ilegal del artículo 188 del Código penal”, op. cit., págs. 664 y sigs.; ID., “Sobre el delito de detención ilegales. Estudio de algunas singulares modalidades del artículo 188 del Código penal español”, op. cit., pág. 725; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 129 y sigs; ESCUCHURI AISA, Estrella, “Detenciones ilegales y robo con intimidación. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2003”, *RDPC*, 2^a. época, número 13, Madrid, 2004, pág. 335; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 159; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 64 y sigs. Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 103 y sigs; JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 462; ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., págs. 501, 502 y 503.

¹⁵⁸⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 103; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., pág. 326; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Detenciones ilegales”, op. cit., págs. 4 y 5.

¹⁵⁸⁸ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., págs. 326, 329, 332 y 337. En un sentido crítico respecto de la determinación de la libertad de abandono, véase POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 103; ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la

bien jurídico, permitiéndonos distinguir las conductas de secuestro o detención ilegal de otros injustos, por ejemplo, amenazas condicionales o coacción, que suponen un ataque a la libertad para fijar libremente la situación en el espacio pero no integran el injusto del secuestro¹⁵⁸⁹.

Se ha estimado¹⁵⁹⁰ que la libertad de abandonar está protegida por los artículos 163 (detención ilegal) y 164 (secuestro) del Código Penal, y se entiende referida a un lugar, pero no a la libertad de movimiento como la capacidad del hombre de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico¹⁵⁹¹. Así pues, el bien jurídico protegido en los artículos 163 y siguientes del Código Penal será la libertad de abandonar un determinado lugar excluyendo del tipo legal aquellos supuestos que, aunque suponen un ataque a la libertad ambulatoria, no afectan a la libertad de abandonar un lugar concreto, de forma que sólo se realizará el tipo cuando se impida a la víctima abandonar un lugar y ésta manifieste su oposición expresa o tácita a permanecer en esta situación.

Para poder ponderar el anterior argumento del bien jurídico como libertad abandono, tenemos que determinar que hoy en día el concepto y formulación del bien jurídico son objeto de debate en la actual dogmática penal desde distintas posturas, tanto defensoras como críticas¹⁵⁹², y realmente la desfragmentación del bien jurídico se debe a una pluralidad de menoscabos, lesiones y riesgos que han llevado a apreciar una pluri-ofensividad de menoscabos¹⁵⁹³.

toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 503

¹⁵⁸⁹ MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 129 y 130.

¹⁵⁹⁰ MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 130 y 131.

¹⁵⁹¹ Vid. CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., págs. 393 y 394; JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 462; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, M^a Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., págs. 214 y 215; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Código penal comentado. Actualizado por las leyes orgánicas 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*, Editorial Atelier, Barcelona, 2015, pág. 301. Sin embargo, estos autores citados, defiende la postura de la libertad ambulatoria, definiéndola como la capacidad del hombre de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico.

¹⁵⁹² Vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Presentación”, en Roland HEFENDEHL (Ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER GUIRAO / María MARTÍN LORENZO / Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 11 y sigs; VON HIRSCH, Andrew, “El concepto de bien jurídico y el principio del daño”, op. cit., págs. 43 y 44. Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis, *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*, op. cit., págs. 52 y sigs.

¹⁵⁹³ Francesco ANTOLISEI propone para la solución para los injustos pluriofensivos que la consideración de la objetividad jurídica, en la organización de la parte especial, debe ser revisada, conjugándose esta consideración del bien jurídico lesionado con la subjetividad del deber infringido, así como otras notas concurrentes: medios, tiempo, lugar, móvil, etc., lo que permitirá una sistematización más satisfactoria; sin contar con la existencia de delitos pluriofensivos, que atentan a la vez, contra diferentes bienes jurídicos, como, por ejemplo, el secuestro bajo rescate. Habrá que atender, de manera decisiva, a la “ratio” de la norma incriminadora; sin que pueda aceptarse sin condiciones el extendido criterio, en el caso de multiplicidad de intereses de considerar prevalente en la escala penal de valores a aquél que el

La solución que a esta problemática se pudiera dar¹⁵⁹⁴ es la siguiente: ciertamente, la libertad de ambulatoria es muy amplia, pero la libertad de abandono es un fragmento de la misma, es decir, un derivante del menoscabo principal, es decir, de la libertad ambulatoria, aunque la libertad de abandono¹⁵⁹⁵ no puede ser directamente el bien jurídico tutelado por el injusto del secuestro, en razón a que es un interés¹⁵⁹⁶ que ya está contemplado en la norma penal al tutelar la libertad ambulatoria, y aunque todo bien jurídico comporta un interés no todo interés alcanza la categoría de bien jurídico, pues éste requiere un derecho subjetivo de la persona¹⁵⁹⁷ o una categoría de valor que comporte una relevancia social¹⁵⁹⁸, la cual que puede ser institucionalizada como bien jurídico¹⁵⁹⁹ en el

legislador coloca en primer lugar en el Código. Tampoco puede darse pleno valor vinculante a los epígrafes o rúbricas enunciativos de las diversas infracciones, cuyo significado, no obstante provenir del mismo legislador y revestir carácter oficial, no puede ser sino meramente orientador. *Vid.* DE MIGUEL GARCILÓPEZ, Adolfo, “Recensión a: Francesco ANTOLISEI, *Introduzione alla parte special del diritto penal*”, op. cit., pág. 644; ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág.126 y 127; en el mismo sentido, WOLF, Erik, *Las categorías de la tipicidad. Estudios previos sobre una doctrina general de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., págs. 10 y sigs; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Libertad personal y seguridad ciudadana*, op. cit., págs. 83 y sigs. Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, “Prólogo”, op. cit., págs. 12 y sigs.

¹⁵⁹⁴ En una postura crítica sobre la libertad de abandono, véase POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 103, 104 y 105.

¹⁵⁹⁵ Para Miguel POLAINO NAVARRETE, la libertad de abandono personal es una esfera “limitada y ambigua, que en cuanto tal, sin una muy precisa matización del significado positivo exacto que a la misma se pretende conferir, debe ser entretanto rechazada por la técnica fragmentaria e imprecisa de que adolece”. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 105. Véase también ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 503; Díez RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., págs. 326, 329, 332 y 337.

¹⁵⁹⁶ *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie: Derecho, Núm. 19, Universidad de Sevilla, 1974, págs. 32 y sigs; ID., *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, tomo II, op. cit., pág. 138.

¹⁵⁹⁷ Miguel POLAINO NAVARRETE, citando a Herbert JÄGER, menciona que “el tiempo del Derecho natural no representó obstáculo alguno, sino que en rigor constituyó un preámbulo. Tras operarse el cambio al ámbito social, restaba sólo reconocer el carácter empírico del objeto de tutela. La identificación del bien jurídico con el derecho subjetivo fue, no ya reputado errónea, sino superada en el propio siglo en que fue objeto de configuración. Ulteriores intentos de reavivar los pensamientos jurídicos-penales permanecieron sin resultado”. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, op. cit., págs. 417 y sigs. *Vid.* también PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *La seguridad jurídica*, op. cit., págs. 53 y sigs.; HEFENDEHL, Roland, “Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico”, traducción del alemán por María MARTÍN LORENZO, en Roland HEFENDEHL (ED.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER GUIRAO / María MARTÍN LORENZO / Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 411 y 412. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público, art. 184 CP”, op. cit., págs. 344 y sigs.

¹⁵⁹⁸ *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, op. cit., págs. 33 y sigs.

ordenamiento penal. Ahora bien, la libertad de abandono se entiende como algo naturalístico de la persona y de la acción de la privación de no poder abandonar el lugar donde se priva de libertad al sujeto pasivo, por lo que no puede ser entendida como un objeto de protección en sí, pues bien jurídico relevante para el Derecho penal aporta relevancia social para los contactos del núcleo social¹⁶⁰⁰, y la libertad de abandono sólo representa la tutela de una esfera minuciosa de la subjetividad individual del ciudadano, que en cuanto tal no es constitutiva de la categoría dogmática de bien jurídico¹⁶⁰¹.

Además fundamentan la no relevancia penal de la libertad de abandono como bien jurídico protegido en el tipo de secuestro las tres técnicas legislativas de institucionalidad del bien jurídico en cuanto valor fundamental en el entorno social o expectativa social jurídicamente relevante. Estas técnicas legislativas permiten distinguir la relación entre bien jurídico y objeto de la acción. La primera técnica puede utilizarse para formular el bien jurídico en el tipo identificándolo con objeto de conducta (coincidencia formal y de contenido), por ejemplo en el injusto del secuestro el bien jurídico de la libertad ambulatoria sirve para describir el objeto de la acción en la persona detenida. La segunda técnica postula coincidencia sólo de contenido del bien jurídico de la libertad humana, pero en mi opinión ésta debe ser considerada una libertad social de movimiento, de translación en el entorno social, con las demás esferas de operatividad del núcleo social¹⁶⁰², pero el objeto material es representado por la persona física¹⁶⁰³. Y la tercera técnica legislativa no reconoce ni una identidad formal ni una de contenido entre bien jurídico y objeto de la acción, debiendo distinguirse entre resultado material y resultado jurídico¹⁶⁰⁴.

¹⁵⁹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Presentación”, op. cit., pág. 15; SANZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones sobre la ciencia del Derecho penal y su método”, op. cit., págs. 657, 658 y 659.

¹⁶⁰⁰ VON HIRSCH, Andrew, “El concepto de bien jurídico y el principio del daño”, op. cit., págs. 42 y 43. *Vid.*, al respecto, espaciamente, POLAINO NAVARRETE Miguel, “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma. ¿Dos funciones excluyentes?”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Editorial Ara, Lima, 2010, págs. 35 y sigs.

¹⁶⁰¹ *Vid.* POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, op. cit., págs. 319 y sigs, 416 y sigs.

¹⁶⁰² En un sentido equivalente a la concepción que estoy mencionando sobre la libertad ambulatoria en la perspectiva social, sólo exclúyase la pluri-ofensividad del bien jurídico, ya que la autora menciona que se afectan otros bienes jurídicos aparte de la libertad. Véase a JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GÓNZALEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., págs. 75, 76, 79, 81, 82, 86, 88, 90, 92, 96, 97, 98, 101, 102, 103, 105, 107, 109, 111, 114, 116, 117, 119 y 123.

¹⁶⁰³ En una postura equivalente, QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal español, Parte especial*, op. cit., págs. 169 y 207. Cfr. JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GÓNZALEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., págs. 77, 83, 89, 93, 99, 104, 108, 113 y 118; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., págs. 36 y 38; REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 104 y 110.

¹⁶⁰⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Recensión a Knut AMELUNG, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines

La libertad de abandono no puede ser considerada como el bien jurídico protegido en el tipo de secuestro, porque de acuerdo a las tres formas de técnica legislativa para determinación del bien jurídico como una institución en el ordenamiento penal no provee una respuesta clara al objeto de protección¹⁶⁰⁵, en primer lugar, porque una esfera subjetiva o individual del objeto material de la persona¹⁶⁰⁶ sólo delimita su protección en el caso aislado, y no social, por lo que no comunica nada al entorno social¹⁶⁰⁷; en segundo lugar, porque hoy en día delimitar el campo del bien jurídico personal o individual ha traído su punto de quiebre¹⁶⁰⁸, al no aportar nada al núcleo social, ya que carece de algún sentido de comunicación con el entorno social y los demás subsistemas de interacción, en pocas palabras, y en términos *luhmannianos*, no tiene una auto-reproducción¹⁶⁰⁹ del sistema jurídico¹⁶¹⁰.

La estructura de formulación de la libertad personal de movimiento en los términos de la descripción típica del injusto del secuestro se caracteriza esencialmente por abarcar una pluralidad de dimensiones valorativas de aquélla, fundamentalmente integradas por diferentes esferas relevantes en la ilegal privación de la libertad de la víctima del injusto¹⁶¹¹, que ameritan ser objeto del siguiente análisis singular.

Strafrechtsprinzips auf Dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens”, op. cit., pág. 442. Cfr., en una postura equivalente, HEFENDEHL, Roland, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, op. cit., págs. 180 y 181.

¹⁶⁰⁵ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Recensión a Knut AMELUNG, Rechtsgüter-schutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf Dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens”, op. cit., pág. 444.

¹⁶⁰⁶ Cfr. JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GÓNZALEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., págs. 77, 83, 89, 93, 99, 104, 108, 113 y 118.

¹⁶⁰⁷ Cfr. VIVES ANTÓN, Tomás S. / GIMENO SENDRA, José Vicente, *La detención*, op. cit., pág. 18 y sigs.

¹⁶⁰⁸ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2015, págs. 153 y sigs.

¹⁶⁰⁹ Vid. GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho en la teoría de la sociedad*, op. cit., pág. 116. “La auto-reproducción del sistema se realiza mediante comunicación pero se observa como acción, ésta es una simplificación necesaria que el sistema utiliza para observarse a sí mismo y para poder liberarse de la paradoja constitutiva de su auto-referencia. La comunicación actúa de forma simétrica: una selección sigue y guía a las otras de forma circular y sólo la atribución de éstas, la externalización del proceso, permite traducirla a un proceso unidireccional en el que el emisor precede al receptor y dirige, con las selecciones que se le atribuyen, el proceso”.

¹⁶¹⁰ AMELUNG, Knut, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, op. cit., págs. 231 y 232; POLAINO-ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma. El potencial de sentido de un concepto”, op. cit., págs. 85 y sigs.

¹⁶¹¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 107; ID., “Delitos contra la libertad I. Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 202; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, Ma. Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., pág. 206.

A) Esfera de la capacidad personal de libre voluntad locomotriz

Esta esfera de dimensión valorativa de la libertad humana es la primera esfera de la libertad ambulatoria personal, ya que determinan la voluntariedad del ciudadano para poder trasladarse¹⁶¹² con otros subsistemas de operatividad funcional, es decir, que determinan el estado del querer interactuar con el entorno social mediante la ambulación en el sistema social, permitiendo los contactos sociales.

Puede ser afectada y perturbada mediante la aplicación de la fuerza física irresistible sobre el sujeto pasivo, ya que se puede utilizar miedo, violencia física de ejecución, narcóticos, somníferos¹⁶¹³, que comportan una privación absoluta de la capacidad de voluntad personal de translación en el entorno y conllevan una exclusión de la libertad de voluntad que la norma penal trata de garantizar en la descripción típica¹⁶¹⁴.

Sin embargo, se puede observar que la *ratio legis* de la configuración positiva no parece haber querido incluir, en el marco penal de la tutela típica del secuestro, de una manera expresa de tal dimensión, que es primaria y está integrada por la capacidad de voluntad personal, puesto que literalmente el texto de la ley alude a privación de libertad (detención ilegal), debiendo haber escapado a la previsión de la voluntad legislativa el aludido supuesto de la capacidad personal de esta esfera, que representa la libertad de voluntad personal¹⁶¹⁵ de decisión de translación en el mundo social.

B) Esfera de la libre formación de la voluntad personal

La esfera de la libre formación de la voluntad personal constituye estadio previo de relevancia típica de la libertad de voluntad, que presupone la existencia de capacidad de la misma, de forma que tal ámbito de realización precede inmediatamente a la puesta en práctica de la libertad translación personal, cuya diferencia con la anterior esfera estriba en la presuposición de la capacidad de voluntad personal referida a la libertad locomotriz de la persona¹⁶¹⁶.

La formulación de la libertad personal en general, y concretamente la libertad de ambulatoria¹⁶¹⁷, se halla sometida al influjo del sistema social, así como también de los subsistemas sociales del núcleo social, por ejemplo, el mundo social y los subsistemas, tales como el subsistema de lo económico o el

¹⁶¹² Vid. BLANCO LOZANO, Carlos, “Libertad y tutela jurídico-penal”, op. cit., pág. 78.

¹⁶¹³ Véase el capítulo III, de la acción típica, en el inciso 3 Medios de comisión y sigs.

¹⁶¹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 107 y 108; ID., “Delitos contra la libertad y seguridad”, op. cit., págs. 427 y 428.

¹⁶¹⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 108.

¹⁶¹⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 108; ID., “Delitos contra la libertad y seguridad”, op. cit., pág. 428.

¹⁶¹⁷ Vid. CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales policiales*, op. cit., págs. 408 y 409.

subsistema político, y por ello es condicionada por motivaciones de muy diversos signos de operatividad funcional, que sin duda predeterminan en considerable medida el sentido y el alcance de la libertad de movimiento¹⁶¹⁸.

Ante la multiplicidad de formas concretas de motivación del actuar del ciudadano, es preciso recurrir al criterio de depuración normativo representado por la teoría de la imputación objetiva, especialmente en la institución del riesgo permitido¹⁶¹⁹, y conforme a dicha teoría no todo comportamiento individual es típico, sino sólo aquellos que contravienen las expectativas sociales garantizadas por las normas, en pocas palabras la libertad de movimiento se encuentra delimitada por la interacción social¹⁶²⁰, que no es otra cosa que la exigencia de no afectar esferas de terceros, porque si no seremos acreedores a la responsabilidad de infringir una norma penal.

C) Esfera de la libre decisión de la voluntad de movimiento individual

Esta esfera al igual que la anterior representa una esfera intermedia de la libertad ambulatoria entre la capacidad personal de libre voluntad locomotriz y la fase de ejecución de la misma. Sin embargo, su característica principal es que presupone su existencia en la forma de la libertad de la voluntad de translación de la persona, la cual se puede menoscabar en el momento de puesta en práctica de su ejercicio locomotriz¹⁶²¹.

Tal dimensión de la libertad puede hallarse conectada a factores de motivación de voluntad, pero también puede formularse separada de la eficacia de la libertad de la voluntad, de forma que al momento de la adopción de la voluntad de movimiento del sujeto no importan sus condiciones relevantes en la

¹⁶¹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 109; ID., “Delitos contra la libertad y seguridad”, op. cit., pág. 428; ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 502.

¹⁶¹⁹ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, op. cit., págs. 501 y sigs.; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Curso de iniciación a la Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, tomo 1, op. cit., págs. 449 y sigs; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 430 y 431; POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 227. Cfr. RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles, “La adecuación social y el delito de detenciones ilegales. Comentarios a la STS de 16 de diciembre de 1997, ponente: Bacigalupo Zapater”, op. cit., págs. 444 y sigs; EAD., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídicas-penales en el ámbito de lo injusto*, op. cit., págs. 219 y sigs.

¹⁶²⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 109; ID., “Delitos contra la libertad y seguridad”, op. cit., pág. 428.

¹⁶²¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 109 y 110; ID., “Delitos contra la libertad y seguridad”, op. cit., págs. 428 y 429.

ejecución de la decisión de voluntad personal, pudiendo concurrir con relativa facilidad, sobre todo en los supuestos de relación de medio o fin, con otros delitos contra la libertad como la amenaza o la extorsión¹⁶²², además de que el secuestro constituye un tipo complejo y compuesto por dos conductas, por un lado la privación y por otro la condición¹⁶²³, pero esto no se debe mal interpretar como un elemento subjetivo especial o accesorio, sino como una condición objetiva de punibilidad.

D) Esfera del libre ejercicio de la voluntad de movimiento individual

El ámbito de esta esfera muestra una estratificación cronológica del bien jurídico en cuestión, ya que es la última esfera de la libertad ambulatoria, para poder desenvolverse en el mundo social¹⁶²⁴, y tiene una conexión intrínseca con el injusto del secuestro, por el estadio de la permutación social de cronología de la privación de libertad¹⁶²⁵, puesto que la afectación del bien jurídico tutelado por norma penal la libertad de movimiento se produce en el instante mismo en que el movimiento es vetado, al impedirse el desenvolvimiento social¹⁶²⁶ de translación con los demás sistemas de operatividad funcional con el entorno social¹⁶²⁷.

En la realización del injusto la privación de la libertad tiene un papel fundamental¹⁶²⁸ respecto al injusto del secuestro, porque constituye el resultado¹⁶²⁹ del secuestro referido a la específica esfera de la libertad de movimiento, pero esto no quiere decir que sólo quedara circunscrita a la fase externa¹⁶³⁰ de la realización práctica de esta facultad del libre ejercicio de voluntad¹⁶³¹ de movimiento personal¹⁶³², sino que hay que agregar un plus calificador la

¹⁶²² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 110; ID., “Delitos contra la libertad y seguridad”, op. cit., pág. 429.

¹⁶²³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Delitos contra la libertad y seguridad”, op. cit., pág. 445; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 159.

¹⁶²⁴ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 133.

¹⁶²⁵ Vid. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., págs. 67 y sigs.

¹⁶²⁶ Vid. AA.VV., “Delitos contra la libertad, con especial referencia a la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género”, op. cit., pág. 122.

¹⁶²⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 110 y 111; ID., “Delitos contra la libertad y seguridad”, op. cit., pág. 429.

¹⁶²⁸ Vid. FALCÓN CARO, María del Castillo, “El delito de detención ilegal con desaparición forzada”, op. cit., pág. 140; ESCUCHURI AISA, Estrella, “Detenciones ilegales y robo con intimidación. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2003”, op. cit., pág. 337.

¹⁶²⁹ Cfr. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Detenciones ilegales”, op. cit., págs. 3 y 4.

¹⁶³⁰ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / DÍAZ MORATO Y VILLAREJO, Julio, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 10.

¹⁶³¹ Vid. CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., págs. 390 y 391.

¹⁶³² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 111.

dañosidad social que contra el menoscabo a la libertad de movimiento, ya que sin esta facultad de translación no nos podemos desenvolver en el mundo social¹⁶³³ y mucho menos interactuar con los contactos sociales propios de nuestra sociedad actual¹⁶³⁴.

Lo anterior quiere decir que el resultado típico de la figura del secuestro habría que apreciarse, en su totalidad, ya que el sólo hecho de apreciar la figura delictiva en su totalidad, de forma global, determina la esfera principal de vulneración la esfera de libertad ambulatoria, que se desfragmenta en esferas de la capacidad de libre voluntad, esfera de formación libre de la voluntad, esfera de decisión libre de la voluntad, y la esfera de ejercicio de la voluntad de movimiento personal, que se condensan en la esfera de libertad ambulatoria, que se ven menoscabadas, por ello, se puede determinar con certeza su dañosidad social que puede conllevar la vulneración de la norma¹⁶³⁵, ya que es una norma nuclear para el entorno social, ya que permite la translación personal con los demás subsistemas sociales y ayuda a la realización de los contactos sociales¹⁶³⁶.

El titular del bien jurídico protegido en el injusto del secuestro es toda persona o ciudadano dotada de libertad de movimiento personal¹⁶³⁷, con independencia de que pueda o no auto-desplazarse físicamente y de que disfrute o carezca de la conciencia cognitiva sobre el sentido de esta actividad de translación. Por ello, se deben considerar legítimos portadores del bien jurídico protegido todas las personas que forman parte de la sociedad, tanto las personas imputables, semi-imputables e inimputables, esto es, tanto quienes se hallan en situación de capacidad psíquica de libre voluntad como quienes están en un estado de capacidad disminuida como incapacidad física o psíquica de acción humana en el entorno social, en el momento en que se realice la conducta típica del injusto del secuestro, mediante las conductas de detener o encierro¹⁶³⁸⁻¹⁶³⁹.

¹⁶³³ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., págs. 48 y 49; ID., “¿Daño social?. Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho penal”, op. cit., págs. 13 y sigs. Como también, AMELUNG, Knut, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, op. cit., pág. 263; PRATS CANUT, Josep Miguel, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 181.

¹⁶³⁴ Con mayor profundidad véase el capítulo III acción típica, inciso 2 privación de libertad y el epígrafe B) Resultados de la conducta del injusto del secuestro.

¹⁶³⁵ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Recensión a Knut AMELUNG, Rechtsgüter-schutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf Dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens”, op. cit., pág. 447.

¹⁶³⁶ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 111 y 112.

¹⁶³⁷ KINDHÄUSER, Urs, “Prólogo”, en José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO (edits.), *Estudios de Derecho penal patrimonial*, Editorial Grijley, Lima, 2002, pág. 13.

¹⁶³⁸ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 113 y sigs; ID., “Delitos contra la libertad y seguridad”, op. cit., pág. 429; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 31; QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “El delito de secuestro. Tipo de injusto, dolo y autoría”, op. cit., pág. 763.

¹⁶³⁹ Véase el capítulo IV acción típica en el epígrafe B) Sujeto pasivo.

E) Síntesis conceptual

En conclusión de este apartado y sobre el bien jurídico protegido en el injusto del secuestro¹⁶⁴⁰, puede estimarse la libertad ambulatoria, que es un concepto amplio y complejo que exige la desfragmentación de las esferas de operatividad¹⁶⁴¹ de movimiento¹⁶⁴², en la medida en que abarca todos los estadios psíquicos posibles de la génesis y manifestación de esta función de translación inherente a la persona en derecho¹⁶⁴³, pues la libertad ambulatoria ayuda a la realización de los contactos sociales, determinando el flujo de interacción social¹⁶⁴⁴ con el núcleo social, ya que permite el desenvolvimiento social¹⁶⁴⁵ con los demás subsistemas sociales¹⁶⁴⁶, y por esta razón es socialmente relevante su especial protección¹⁶⁴⁷ en el ordenamiento penal¹⁶⁴⁸.

¹⁶⁴⁰ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / DÍAZ MORATO Y VILLAREJO, Julio, *Manual de Derecho penal*, op. cit., págs. 6 y 10; CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales policiales*, op. cit., págs. 402 y sigs; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 135; LAMARCA PÉREZ, Carmen (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 129 y 130.

¹⁶⁴¹ Vid. K. MERTON, Robert, *Teoría y estructura sociales*, op. cit., 1995, pág. 95.

¹⁶⁴² En un sentido análogo, véase Díez Ripollés, José Luis / Gracia Martín, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., pág. 325; Martiñón Cano, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 67 y sigs. Cfr. Quintanar Díez, Manuel, “El delito de secuestro. Tipo de injusto, dolo y autoría”, op. cit., pág. 764.

¹⁶⁴³ Vid. Polaino Navarrete, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 113; ID., “Delitos contra la libertad I. Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 202; ID., “Delitos contra la libertad y seguridad”, op. cit., pág. 429; Muñoz Sánchez, Juan, *El delito de detención*, op. cit., págs. 21, 35 y 36. Como también Vives Antón, Tomás S. / Gimeno Sendra, José Vicente, *La detención*, op. cit., pág. 23; Núñez Castaño, Elena, “Delitos contra la libertad. Coacciones, amenazas, detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 151. En un sentido equivalente a la concepción que estoy mencionando sobre la libertad ambulatoria en la perspectiva social, sólo exclúyase la pluri-ofensividad del bien jurídico, ya que la autora menciona que se afectan otros bienes jurídicos aparte de la libertad. Véase Jiménez Ornelas, René A. / Islas de González Mariscal, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., págs. 75, 76, 79, 81, 82, 86, 88, 90, 92, 96, 97, 98, 101, 102, 103, 105, 107, 109, 111, 114, 116, 117, 119 y 123.

¹⁶⁴⁴ Vid. Jakobs, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 48.

¹⁶⁴⁵ AA.VV. “Delitos contra la libertad, con especial referencia a la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género”, op. cit., pág. 122.

¹⁶⁴⁶ K. MERTON, Robert, *Teoría y estructura sociales*, op. cit., pág. 99: “La función de una usanza social particular es la aportación que hace a la vida social total como funcionamiento del sistema social total. Esta opinión implica que un sistema social (estructura social total de una sociedad juntamente con la totalidad de las usanzas sociales, en que aquella estructura se manifiesta y de las cuales depende para seguir existiendo) tiene cierto tipo unidad que podemos llamar unidad funcional. Podemos definirla como una situación en la que todas las partes del sistema social funcionan juntas con un grado suficiente de armonía o de congruencia interna, es decir, sin producir conflictos persistentes que no pueden resolverse ni reglamentarse.”

¹⁶⁴⁷ Enrique Gimbernát Ordeig, menciona que la libertad personal es un bien jurídico al que se concede una enérgica protección. Gimbernát Ordeig, Enrique, “El delito de detención ilegal con desaparición forzada”, op. cit., pág. 362; ID., *Estudios de Derecho penal*,

V. Crítica a la conexión del patrimonio con el injusto de secuestro

A) Planteamiento doctrinal comparado

El patrimonio como bien jurídico en el injusto del secuestro se debe a que en una época¹⁶⁴⁹ se concibió al secuestro como uno de los delitos contra la propiedad en los Códigos penales europeos. De hecho estaba contemplado en el delito de robo, como un tipo de robo cualificado, pero con el paso del tiempo, y por cuestiones de política-criminal, en razón al aumento del índice del secuestro, se crea el tipo de secuestro extorsivo con autonomía al robo, ubicado en una rúbrica separada del delito de robo¹⁶⁵⁰. Por su parte, en España, al igual que en Italia, se tipificó el secuestro entre los delitos contra la propiedad, como una forma cualificada del robo¹⁶⁵¹, y se promulgaron leyes especiales para combatir este mal social, entre ellas la ley del secuestro del 8 de enero de 1877¹⁶⁵², y posteriormente se tipifica en dos capítulos distintos el injusto del secuestro, entre los delitos de detenciones ilegales y el robo, como figura cualificada de los respectivos delitos, hasta 1983¹⁶⁵³, en tanto que en el actual Código penal de 1995¹⁶⁵⁴, que hoy en día sigue en vigencia¹⁶⁵⁵, el secuestro se ubica entre los delitos contra la libertad, en el capítulo I bajo la rúbrica de las detenciones ilegales y secuestro, pero asignándose al secuestro un *nomen juris* propio e

op. cit., pág. 104. En el mismo contexto, FALCÓN CARO, María del Castillo, “El delito de detención ilegal con desaparición forzada”, op. cit., pág. 135.

¹⁶⁴⁸ En una postura equivalente pero inclinándose al final por la libertad de abandono, MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 20, 21 y sigs., 57 y sigs.

¹⁶⁴⁹ Véase el capítulo I, El delito de secuestro en perspectiva histórica comparada.

¹⁶⁵⁰ Vid. MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal. Parte especial, delitos en particular*, traducción de la 4ª. edición italiana por José J. ORTEGA TORRES, vol. IV, 2ª. edic, Editorial Temis, Bogotá, 1972, págs. 452 y sigs; MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal. Parte especial, delitos en particular, contravenciones en particular y apéndice del Código penal italiano*, traducción de la 4ª. edición italiana por José J. ORTEGA TORRES, vol. V, Editorial Temis, Bogotá, 1972, págs. 103 y 104; CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. II, op. cit., págs. 323 y sigs; ID., *Programa de Derecho criminal*, vol. IV, op. cit., pág. 180. Como también, BUROZ ARISMENDI, René, *Secuestro*, op.cit., págs. 28 y sigs; VILLADA, Jorge Luis, *Secuestro extorsivo. Ley 25.742*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2004, pág. 13.

¹⁶⁵¹ Vid. El capítulo I, El delito de secuestro en perspectiva histórica comparada, especialmente a partir de la letra B) Código penal de 1848 y sigs.

¹⁶⁵² Vid. El capítulo I, El delito de secuestro en perspectiva histórica comparada, epígrafe E) Ley de secuestro de 8 de enero de 1877.

¹⁶⁵³ Vid. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: Cuestiones concursales. (A propósito de la jurisprudencia posterior a 1983 y de la STS 4-2-1987)”, op. cit., págs. 227 y sigs; QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “El delito de secuestro. Tipo de injusto, dolo y autoría”, op. cit., pág. 765.

¹⁶⁵⁴ Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 199 y 200.

¹⁶⁵⁵ Véase el capítulo I, El delito de secuestro en perspectiva histórica comparada, epígrafe K) Código penal de 1995.

independiente¹⁶⁵⁶ respecto a las detenciones ilegales, aunque doctrinalmente sigue siendo considerado como delito cualificado de detención ilegal¹⁶⁵⁷.

La evolución legislativa europea ha llevado a la exclusión del secuestro del capítulo de los delitos contra la propiedad, sobre todo en el caso español¹⁶⁵⁸, pero aún hoy en día sigue siendo ámbito de controversia la protección jurídica del injusto del secuestro en los países Latinoamericanos¹⁶⁵⁹, donde perdura la ubicación del secuestro en el capítulo de los delitos contra la propiedad¹⁶⁶⁰, siendo tipificado como secuestro extorsivo, tras el capítulo de la extorsión, y también dentro de los delitos contra la libertad individual, por lo que hay una doble tipificación, tal es el caso particular de Argentina¹⁶⁶¹, y en México, si bien no está tipificado como delito contra la propiedad, es dogmáticamente catalogado como un injusto contra la libertad de movimiento que afecta a la vez al

¹⁶⁵⁶ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 153; ABAD CASTELOS, Montserrat, *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional*, op. cit., pág. 81; ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., pág. 514; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., pág. 32; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 93 y sigs. Como también, en la jurisprudencia, la STS 1878/2001, ponente: José JIMÉNEZ VILLAREJO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 3); STS 3003/2003, ponente: Julián Artemio SÁNCHEZ MELGAR, (Fundamentos de Derecho II, pág. 7).

¹⁶⁵⁷ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 153; CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 854 y 855; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, M^a Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., pág. 207; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, “Consideración crítica en torno al Código Penal español”, op. cit., pág. 251; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 108; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 93 y sigs.

¹⁶⁵⁸ Sin embargo, un sector minoritario en España mencionan que el bien jurídico del injusto del secuestro es la libertad ambulatoria y el patrimonio. Así, PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, “Prólogo”, en Gilberto MARTIÑÓN CANO, *El delito de secuestro*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 24; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 89.

¹⁶⁵⁹ Vid. ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, op. cit., págs. 473.

¹⁶⁶⁰ VON KIRCHMANN, Julius Hermann, *La jurisprudencia no es ciencia*, traducción del alemán por Antonio TRUYOL Y SERRA, 2^a edic, Editorial Civitas, Madrid, 1961, págs. 54. “Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana, establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”. Cfr. SANZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones sobre la ciencia del Derecho penal y su método”, op. cit., págs. 640-659.

¹⁶⁶¹ Vid. SOLSONA, Enrique F., *Delitos contra la libertad. Delitos contra la libertad individual. Violación de domicilio. Violación de secretos. Delitos contra la libertad de trabajo y de asociación. Delitos contra la libertad de reunión. Delitos contra la libertad de prensa*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987, págs. 15 y sigs; BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Delitos contra la propiedad. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Mave, Buenos Aires, 1998, págs. 126 y sigs.; ID, *Delitos contra la libertad. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Mave, Buenos Aires, 1999, págs. 20 y sigs; VILLADA, Jorge Luis, *Secuestro extorsivo*, op. cit., pág. 13.

patrimonio, a través de un menoscabo que se materializa en el pago de rescate para la liberación de la víctima.

Es muy probable que esta tipificación en Latinoamérica se debe a que nuestros Códigos Penales no han dado el siguiente paso de evolución dogmática, es decir, nos encontramos en la situación legislativa anterior al Código penal español de 1995, muy equivalente a los Códigos penales latinoamericanos¹⁶⁶², y como sin ninguna duda la codificación latinoamericana es una copia aparente de la tipificación de los Códigos penales europeos queda una ardua tarea dogmática y política-criminal¹⁶⁶³ para elaborar un Código Penal especialmente adaptado a la realidad de cada uno de los países latinoamericanos, ya que las sociedades europeas y latinoamericanas son distintas aunque guardan cierta semejanza homogénea, encontrándonos ante otra paradoja, la de globalización y los tratados internacionales que obligan a los países a suscribir leyes que no son acordes a la realidad social de los mismos¹⁶⁶⁴.

A continuación describiré las posturas que mencionan que el bien jurídico protegido en el injusto del secuestro es la libertad ambulatoria y el patrimonio, y posteriormente atacaré dichos argumentos, por cuanto en mi opinión el patrimonio no es bien jurídico tutelado en el secuestro. Me referiré a las

¹⁶⁶² En el caso particular de México, véase el capítulo I, El delito de secuestro en perspectiva histórica comparada, sobre todo el inciso II y III, correspondientes a los antecedentes legislativos de España y México, ya que el Código penal vigente en la República mexicana es parecido a los anteriores Códigos penales españoles hasta la reforma de 1980. Incluso el Código penal vigente en la República mexicana fue inspirado en la doctrina e ideas de Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, Quintiliano SALDAÑA y Eugenio CUELLO CALÓN. Incluso Luis JIMÉNEZ DE ASÚA critica el Código penal mexicano, mencionando que esta exentico de las ideas de los tres doctrinarios mencionados, pues, de ser ello cierto, su eclecticismo no puede ser más fuerte, ya que las doctrinas de los tres españoles citados son muy diversas. Véase la página 74 de este trabajo de investigación. *Vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 1252 y 1253. En el mismo sentido lo denominan como Código ecléctico LEVENE, Ricardo / ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Los Códigos penales latinoamericanos*, op. cit., pág. 16; GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *El Código penal comentado*, op. cit., pág. 24 y 25.

¹⁶⁶³ Knut AMELUNG advierte que tenemos que tener cuidado con los postulados de la política-criminal, en “el sentido político-criminal de la teoría de la protección de bienes jurídicos se encuentra en la idea de que, para justificar la sanción de la infracción de una norma de conducta con una pena, «detrás» de la norma debe haber algo que ésta proteja. Esta teoría impide que legisladores e intérpretes protejan la vigencia de las normas de conducta en sí misma considerada. El peligro de que esto ocurra acecha tanto al Derecho penal del «despotismo» como al del «moralismo». El déspota puede abusar del Derecho penal para forzar actos simbólicos de sumisión, esto es, para exigir la obediencia por la obediencia. El moralista puede imponer la moral en aras de la propia moral para asegurar su fijación en la estructura psíquica. Según la teoría del bien jurídico detrás de las normas de conducta, ambas cosas son ilegítimas. En la medida en que sienta límites al despotismo y al moralismo, esta teoría es «liberal»”. AMELUNG, Knut, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, op. cit., págs. 246 y 247. En un sentido equivalente, HASSEMER, Winfried, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico”, op. cit., págs. 95 y 96.

¹⁶⁶⁴ *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., págs. 1 y sigs; JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, op. cit., págs. 3 y sigs.

perspectivas doctrinales actuales de México y de Argentina, ya que estos dos países conciben el injusto del secuestro como un menoscabo contra la libertad ambulatoria y el patrimonio, si bien en México sólo en el ámbito doctrinal, mientras que en Argentina el Código penal incluye el secuestro dentro del capítulo de los delitos contra el patrimonio, particularmente, el tipo de secuestro extorsivo.

El tipo básico del injusto del secuestro es descrito en el artículo 9 de Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁶⁶⁵, que incrimina la acción de privar de la libertad a otro con las finalidades siguientes: a) obtener rescate o cualquier beneficio, para el sujeto activo o para un tercero, 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 cualquiera¹⁶⁶⁶; c) causar daño o perjuicio a la persona privada de la libertad o a terceros.

En el caso particular de la tipificación mexicana, el injusto del secuestro no es incluido entre los delitos contra el patrimonio, de hecho, el Código Penal Federal vigente lo ubica en los delitos contra la privación de libertad¹⁶⁶⁷, de donde deriva la ley general anti-secuestro, si bien el problema de la pluri-ofensividad del bien jurídico tutelado en el secuestro se debe a la dogmática¹⁶⁶⁸ y jurisprudencia¹⁶⁶⁹.

¹⁶⁶⁵ Vid. El capítulo I, El delito de secuestro en perspectiva histórica comparada, especialmente a partir del número 11 Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁶⁶⁶ Realmente la letra a) y b), que establece el artículo 9 de la Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pueden ser absorbidos por el elemento objetivo de la condición que establece el artículo 164 del Código Penal español. Obsérvese que el artículo 9 de la ley especial anti-secuestro, guarda cierta similitud con las tipificaciones de los Códigos penales españoles de 1928, hasta la reforma de 1980. Véase al respecto el capítulo I de este trabajo de investigación a partir del epígrafe II) Antecedentes del Código penal español y siguientes.

¹⁶⁶⁷ Vid. El capítulo I, El delito de secuestro en perspectiva histórica comparada, especialmente a partir letra C) Código penal de 1931.

¹⁶⁶⁸ Al respecto Juan CÓRDOBA RODA indica que “la presencia en el actuar de una meta trascendente a la simple privación de libertad origina, en ciertos casos por imperativo legal, por ejemplo, cuando el robo o los fines deshonestos representan las metas últimas perseguidas por el sujeto, y en otros por la práctica jurisprudencial, la desestimación de las detenciones y la apreciación de una infracción de una infracción distinta”. CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., pág. 392.

¹⁶⁶⁹ Vid. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 139. En la jurisprudencia, Tesis Aislada, Registro: 211718, ponente: Gustavo CALVILLO RANGEL, “Configuración del delito de plagio o secuestro”, *Semanario judicial de la federación*, materia penal, tomo 15, octava época, julio de 1994, pág. 710: “el bien jurídico protegido en el delito de plagio o secuestro es la libertad externa de las personas, la libertad de obrar y moverse”. Jurisprudencia, registro 1005697, tesis 319, ponente: Francisco PAVÓN VASCONCELOS,

“Violación tumultuaria y secuestro. Inconsistencia de los delitos, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, Apéndice 1917, materia penal, tomo 3, Séptima época, septiembre 2011, pág. 288: “delito de secuestro, toda vez que el bien protegido por éste es la libertad externa de la persona, y el dolo o elemento psíquico se conforma con la conciencia y la voluntad del delincuente para privar de su libertad a alguien con el fin de pedir rescate o de causarle daño”. Cfr. ORTIZ MAYAGOITIA, Guillermo I. (Coord.), *Reseñas del pleno y de las salas. Secuestro Express*, op. cit., pág. 14; Tesis aislada, registro 167624, tesis I.7o.P.112P, ponente: Carlos Hugo LUNA RAMOS, “Secuestro express. El hecho de que se actualice este delito no excluye la posibilidad de acreditar en forma autónoma los tipos penales básicos de robo o extorsión (legislación del distrito federal)”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, tomo 29, materia penal, Novena época, marzo del 2009, pág. 2875: “restricción de la libertad deambulatoria”; Jurisprudencia, registro 164683, tesis 1ª./J. 138/2009, ponente: Sergio A. VALLS HERNÁNDEZ, “Secuestro express. El hecho de que se actualice este delito no excluye la posibilidad de acreditar en forma autónoma los tipos penales básicos de robo o extorsión (legislación del Distrito Federal)”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, tomo 31, materia penal, Novena época, abril 2010, pág. 318: “subyacen dos bienes jurídicos protegidos autónomos: la libertad física de tránsito o locomoción de las personas, es decir, su libertad ambulatoria y la seguridad del patrimonio del sujeto pasivo o de sus familiares”; Jurisprudencia, registro 1005667, tesis 1ª./J. 138/2009, ponente: Sergio A. VALLS HERNÁNDEZ, “Secuestro express. El hecho de que se actualice este delito no excluye la posibilidad de acreditar en forma autónoma los tipos penales básicos de robo o extorsión (legislación del Distrito Federal)”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, tomo 31, materia penal, Novena época, abril 2010, pág. 259; Jurisprudencia, registro 163430, tesis 1ª./J. 60/2010, ponente: José de Jesús GUDIÑO PELAYO, “Secuestro express. El concurso de penas que subsistió entre el quinto párrafo del artículo 160 del Código penal para el Distrito Federal, actualmente abrogado, y el primer párrafo del artículo 163 bis del mismo ordenamiento legal, se resuelve con el principio de mayor beneficio a favor del reo”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, tomo 32, materia penal, Novena época, Noviembre 2010, pág. 5: “ni respeto de los bienes jurídicos que tutelan, ya que ambas son de idéntico contenido, tutelan la libertad y el patrimonio de las personas, y ninguna es subsidiaria de la otra, pues prevén la misma conducta y son independientes entre sí, esto es, una de ellas no cubre las lagunas o defectos de la otra”; Jurisprudencia, registro 1005666, tesis 1a./J. 60/2010, ponente: José de Jesús GUDIÑO PELAYO, “Secuestro express. El concurso de penas que subsistió entre el quinto párrafo del artículo 160 del Código penal para el distrito federal, actualmente abrogado, y el primer párrafo del artículo 163 bis del mismo ordenamiento legal, se resuelve con el principio de mayor beneficio a favor del reo”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, tomo 3, materia penal, Novena época, Noviembre 2010, pág. 288; Tesis aislada, registro 160643, tesis 1a. CCXXXVI/2011, ponente: Guillermo I. ORTIZ MAYAGOITIA, “Secuestro express. El artículo 163 bis del Código penal para el Distrito Federal que lo sanciona, no trasgrede la garantía de proporcionalidad en materia penal (test de proporcionalidad en materia penal)”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, libro 2, materia constitucional, tomo 1, Décima época, Noviembre 2011, pág. 209: “el legislador, tratándose del delito de "secuestro express", buscó proteger un derecho fundamental de igual valor al restringido, como es la libertad de las personas y adicionalmente su patrimonio, salvaguardar a la sociedad de la proliferación de un delito que la impacta de manera considerable y el perjuicio individual que origina la afectación del bien jurídico, que es la libertad”; Jurisprudencia, registro 2002180, Tesis 1ª./J. 80/2012 (10a.), ponente: Jorge María PARDO REBOLLEDO, “Privación ilegal de la libertad en sus modalidades de secuestro y secuestro express. Para considerar actualizada la agravante prevista en el artículo 164, fracción I, del Código penal para el distrito federal, resulta relevante el lugar en donde se encuentra la víctima en el momento justo en el que es privada de su libertad”. *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, tomo I, materia penal, Décima época, noviembre de 2012, pág. 816: “toda vez que si la privación de la libertad se lleva a cabo en un domicilio particular, lugar de trabajo o a bordo de un vehículo, se entiende que concurre una afectación mayor al bien jurídico que incluso llega a impactar a otros bienes jurídicos, como el de la seguridad en la propiedad privada, en virtud de

La doctrina dominante mexicana menciona que el bien jurídico tutelado en el injusto del secuestro¹⁶⁷⁰ es la libertad física de las personas, en un contexto amplio de la función de tránsito o de locomoción, incluso denominada como libertad ambulatoria de las personas o la libertad de movimiento personal¹⁶⁷¹, y valorada como una condición imprescindible para que las personas puedan en las diversas esferas vitales individuales o sociales realizar la función de alcanzar sus necesidades necesarias en las relaciones sociales. Sin embargo, la privación de la libertad incorpora la finalidad o el propósito de obtener rescate a cambio de lograr la libertad de la persona secuestrada, por lo que entran en juego otros bienes jurídicos, como la seguridad de la vida de la víctima del secuestro, la tranquilidad personal y la “seguridad del patrimonio de la víctima o de sus familiares”¹⁶⁷² que pagan el precio del rescate para liberar al sujeto privado de libertad.

El Código penal argentino tipifica el secuestro en el artículo 170, en el capítulo del secuestro extorsivo, y la dogmática estima como bien jurídico en el injusto del secuestro además de la libertad el patrimonio. La doctrina mayoritaria menciona que en toda extorsión hay un ataque a la libertad, por una parte, y, por otra, un ataque a la propiedad¹⁶⁷³, afectada por el rescate que se debe pagar a los efectos de lograr la puesta en libertad, ya se trata de un derecho de la propia víctima sustraída, retenida u ocultada, o de un tercero que paga. En el secuestro extorsivo hay un doble ataque a la libertad: en primer lugar, el común a todas las

que el delito se realiza en lugares en los que se tiene mayor sensación de seguridad”. Cfr. VON KIRCHMANN, Julius Hermann, *La jurisprudencia no es ciencia*, op. cit., pág. 54; SANZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones sobre la ciencia del Derecho penal y su método”, op. cit., págs. 640-659.

¹⁶⁷⁰ Diversos autores están a favor de que el tipo de secuestro tutela la libertad ambulatoria y el patrimonio: GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, “Prólogo de la tercera edición”, en BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro. Análisis dogmático y criminológico*, 3ª. edic, Editorial Porrúa, México, 2003, págs. VII y VIII; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro*, op. cit., págs. 36 y sigs; GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México y las decisiones del Poder Judicial de la Federación en la Materia*, op. cit., pág. 36; PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro en México*, op. cit., pág. 54; REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, op. cit., págs. 104 y 111; TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis Jurídico del secuestro*, op. cit., págs. 51 y 79; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, “Prólogo”, en Gilberto MARTIÑÓN CANO, *El delito de secuestro*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2012, pág. 24; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2012, pág. 89.

¹⁶⁷¹ Cfr. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl / CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Código penal anotado*, op. cit., pág. 829; CAMPOS AZUARA, Alejandro, *El secuestro económico la nueva forma de criminalidad en el México neoliberal*, op. cit., págs. 97 y 98. Estos autores mencionan que el bien jurídico protegido por el delito de secuestro es la libertad externa de la persona de obrar y mover, y también manifiestan que la finalidad del secuestro es para pedir rescate.

¹⁶⁷² Vid. JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GÓNZALEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., págs. 75, 76, 79, 81, 82, 86, 88, 90, 92, 96, 97, 98, 101, 102, 103, 105, 107, 109, 111, 114, 116, 117, 119 y 123.

¹⁶⁷³ Vid. ARIEL GALPERN, Mariano, “El secuestro virtual. ¿estafa o extorsión?”, op. cit., pág. 31.

extorsiones, dirigido contra la libertad psíquica o de autodeterminación, generalmente de un tercero, que será el destinatario de la exigencia, atemorizado por el mal que puede sufrir el secuestrado; y en segundo lugar, el específico de esta figura, que es el que menoscaba la libertad de la víctima de la extorsión o de un tercero¹⁶⁷⁴.

B) Consideración crítica: la necesidad de distinción entre fin de la ley y bien jurídico

Volvemos al punto de quiebre del bien jurídico que hoy en día está siendo objeto de discusión dogmática. La pluri-ofensividad del bien jurídico¹⁶⁷⁵ no aporta nada concretamente al Derecho penal, ya que sólo determina factores y finalidades de determinación del injusto¹⁶⁷⁶, pero no el bien jurídico que tutela norma jurídica penal en concreto¹⁶⁷⁷.

Knut AMELUNG¹⁶⁷⁸ menciona que en la estrecha relación con el problema de los bienes jurídicos aparentes se encuentra la tendencia de ciertos penalistas a “espiritualizar” algunos bienes jurídicos, definiéndolos como “valores”, “ideas” o cosas parecidas¹⁶⁷⁹. Esto ha de criticarse, ya que tal caracterización pone en peligro la idea del Derecho penal como instrumento de protección: si los bienes jurídicos no pertenecen al mundo espacio-temporal de las cosas, las personas, y sus acciones, sino a un mundo valores espirituales e ideas que flota por encima del anterior, entonces los bienes jurídicos no parecen ser susceptibles de lesión. Y si no lo son, entonces tampoco hay necesidad de protegerlos.

¹⁶⁷⁴ Vid. CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, tomo I, op. cit., pág. 456; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo II-B, op. cit., págs. 233 y 234; VILLADA, Jorge Luis, *Secuestro extorsivo*, op. cit., págs. 12 y sigs.; BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Delitos contra la propiedad. Doctrina y jurisprudencia*, op. cit., págs. 126 y sigs.; BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión. Análisis de sus cinco especies delictuales*, op. cit., págs. 315, 316, 317, 318 y 337. Cfr. ANZIT GUERRERO, Ramiro, *Derecho penal y paradigma criminológico en América Latina*, op. cit., pág. 149, que sigue la postura de Edgardo DONNA, pero a medias, ya que entiende que el bien jurídico protegido en este injusto es la libertad física de la persona y además libertad de determinación, estimando por ello que estamos ante un supuesto aparente al nuestro, es decir, que el bien jurídico tutelado en el injusto del secuestro es la libertad ambulatoria, pero no el patrimonio.

¹⁶⁷⁵ Sobre la conceptualización de un adecuado bien jurídico, véase a HASSEMER, Winfried, “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico?”, op. cit., pág. 104.

¹⁶⁷⁶ Si partimos al respeto, que el Derecho penal, cumple una función o papel social, nos referimos a consecuencias objetivos observables, y no a disposiciones subjetivas, como propósitos, motivos, y finalidades. Y él no distinguir entre las consecuencias sociológicas objetivas y las disposiciones subjetivas lleva inevitablemente a confusión en el análisis del injusto, como puede verse en este caso en particular del injusto del secuestro. Al respeto véase a K. MERTON, Robert, *Teoría y estructura sociales*, op. cit., pág. 97.

¹⁶⁷⁷ Vid. VIVES ANTÓN, Tomás S. / GIMENO SENDRA, José Vicente, *La detención*, op. cit., pág. 22.

¹⁶⁷⁸ AMELUNG, Knut, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, op. cit., págs. 241 y 251; HEFENDEHL, Roland, “Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico”, op. cit., págs. 410, 411 y 414.

¹⁶⁷⁹ Vid. ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, op. cit., pág. 201.

Cuando se menciona el bien jurídico de cualquier injusto, se hace referencia al objeto positivamente valorado¹⁶⁸⁰ por el legislador¹⁶⁸¹, y la primera idea que se nos viene a la mente son los menoscabos de dicho injusto, por ejemplo, y en este caso en concreto del injusto del secuestro, el patrimonio, pero no deja de ser un objeto aparente como una de las causas de la realización delictiva del injusto, y de hecho la analogía con el patrimonio aparece en diversos injustos¹⁶⁸², por ello, se determina en muchos argumentos a partir del bien jurídico lesionado, que comienzan con el concepto de pertenencia y acaban con el de deterioro. Sin embargo, sí se pretende proteger por medio del Derecho los objetos materiales, las posibilidades de acción, como en este caso la libertad ambulatoria¹⁶⁸³, en un contexto de proceso social, se debe de atender de que la vigencia de la norma, es la directriz de conducta contra-fácticas, en cuya vigencia puede proteger mediante la sanción¹⁶⁸⁴.

La internalización de las normas en la sociedad provoca el impulso de eludir el contenido literal de la teoría de la protección de bienes jurídicos adscribiendo a las normas de conducta jurídico-penalmente relevantes, aunque se respaldan con bienes jurídicos aparentes, como en este caso. Esto quiere decir que en ocasiones se hace referencia al lenguaje ordinario para adoptar una perspectiva distanciada de la realidad de la vigencia de norma, sin embargo, en este caso en particular el lenguaje ordinario distorsiona la cuestión asumida de la protección real del bien jurídico¹⁶⁸⁵ del injusto del secuestro, pues, “la seguridad

¹⁶⁸⁰ El simbolismo del injusto del secuestro, lleva consigo la esperanza preventiva de fortalecer el respeto a la libertad ambulatoria. *Vid.* HASSEMER, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, *op. cit.*, pág. 29.

¹⁶⁸¹ Julius Hermann VON KIRCHMANN señala que “tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”. VON KIRCHMANN, Julius Hermann, *La jurisprudencia no es ciencia*, *op. cit.*, pág. 54; Cfr. SANZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones sobre la ciencia del Derecho penal y su método”, *op. cit.*, págs. 640-659.

¹⁶⁸² *Vid.* GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo V, *op. cit.*, págs. 530 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Detención ilegal y secuestro”, *op. cit.*, págs. 66 y 67; KINDHÄUSER, Urs, “Prólogo”, *op. cit.*, pág. 13.

¹⁶⁸³ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. IV, *op. cit.*, pág. 180; En sentido análogo, se pronuncia Enrique ORTS BERENGUER: “Su colocación presenta resultado aceptable si se observa a través del prima de los bienes jurídicos puestos en juego: la libertad y la propiedad. Si se estima que la primera es un bien más valioso que la segunda, no es rechazable la estructuración efectuada por el legislador al situar estos hechos en la órbita de los delitos contra la libertad, principal bien atacado, relegando la agresión a la propiedad a un plano más distante”. ORTS BERENGUER, Enrique, “El nuevo Artículo 481 del Código penal”, *op. cit.*, pág. 280.

¹⁶⁸⁴ AMELUNG, Knut, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, *op. cit.*, pág. 240.

¹⁶⁸⁵ AMELUNG, Knut, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, *op. cit.*, pág. 257. Este autor afirma que “la delimitación entre las realidades susceptibles de ser objeto de protección y las quimeras a las que nos conduce el lenguaje ordinario no es el único extremo con relevancia jurídica. También las estructuras de los objetos

de la víctima del injusto, la tranquilidad personal y el patrimonio”, son supuestos bienes jurídicos irrelevantes, porque no expresan nada, y por ello, estos conceptos virtuales de bienes jurídicos no remiten a ningún objeto específico que se encuentre detrás de la norma de conducta del secuestro, sino que reflejan efectos que la norma de conducta tiene cuando goza de vigencia contra-fáctica de comunicación con el núcleo social. Si se reflexiona sobre el hecho de la comisión del injusto secuestro, pero desde una perspectiva real, la norma de conducta es una expectativa social de conducta a prueba de decepciones, enseguida se ve con claridad que el infractor de una norma socialmente difundida (institucionalizada), y consolidada en el fuero interno (internalizada) provoca habitualmente sentimientos adversos (frustraciones), pero tales sentimientos no son sino la base psicológica del desvalor del acto del injusto del secuestro, esto es, del juicio de valor negativo que recae sobre la acción por su contrariedad a la norma¹⁶⁸⁶.

Lo mismo ocurre en el caso del bien jurídico aparente de la seguridad¹⁶⁸⁷, que menciona la doctrina mexicana, ésta es la ausencia de peligro o amenaza, lo que en el ámbito de político-criminal quiere decir la inexistencia de puestas en peligro o lesiones de bienes jurídicos penalmente protegidos¹⁶⁸⁸. Tal seguridad surge cuando se respetan las normas jurídico-penales. En tal medida, también la seguridad¹⁶⁸⁹ y confianza¹⁶⁹⁰ resultan ser la otra cara de la vigencia¹⁶⁹¹ contra-fáctica de las normas, una nada que se transforma en algo existente mediante el uso reedificante del lenguaje y que de este modo aparece como un objeto susceptible de ser considerado bien jurídico. Pero tal sentimiento no es necesario para que un delito provoque inseguridad, del mismo modo que tampoco es

protegidos pueden tener importancia para la legitimación y la interpretación de los tipos penales”.

¹⁶⁸⁶ AMELUNG, Knut, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, op. cit., pág. 249.

¹⁶⁸⁷ Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *La seguridad jurídica*, op. cit., págs. 46 y sigs. Cfr. CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código Penal comentado*, op. cit., pág. 325; ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Editorial Ediciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 2014, págs. 409 y sigs.

¹⁶⁸⁸ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / DÍAZ MORATO Y VILLAREJO, Julio, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 6.

¹⁶⁸⁹ Cfr. BLANCO LOZANO, Carlos, “Libertad y tutela jurídico-penal”, op. cit., pág. 79; ID., *Tratado de Derecho penal español*, tomo II, op. cit., pág. 187, donde afirma que “por consiguiente, a menos que queramos admitir que el Derecho protege algo inexistente en la sociedad, tendremos que concluir que lo que se protege no es la seguridad en términos absolutos, sino la seguridad en términos relativos, es decir, una seguridad relativa, la cual si es, por su propio naturaleza, susceptible de ser lesionada”; JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, op. cit., págs. 20-23.

¹⁶⁹⁰ Vid. AMELUNG, Knut, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, op. cit., págs. 250 y 251; HEFENDEHL, Roland, “Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico”, op. cit., pág. 411.

¹⁶⁹¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *La seguridad jurídica*, op. cit., pág. 47.

necesario que exista una confianza consciente para que pueda aparecer la desconfianza¹⁶⁹².

El riesgo de que un ciudadano sea objeto de un secuestro, en el sentido del artículo 164 del Código penal español¹⁶⁹³, no es abarcado por las normas del Derecho penal patrimonial o económico. Ni siquiera se trata de un riesgo que vaya necesariamente unido a la participación de cualquier injusto contra el patrimonio, sino que es un incremento del riesgo genérico de ser víctima de un secuestro que viene dado por la relativa indefensión del ciudadano. Esta indefensión motiva a ciertos sujetos (no personas en derecho) a la comisión de tal injusto y ello puede tener como efecto que algunos potenciales participantes en la ciudadanía se abstengan de hacer el secuestro, ya que es un riesgo especialmente alto de creación de inseguridad en los ciudadanos que va más allá del bien jurídico protegido en el artículo 164 del Código penal español¹⁶⁹⁴, y también pone el peligro el entorno social, si bien desde este modo no abarcado por el Derecho penal del patrimonio. Para tener en cuenta esta específica repercusión, resulta adecuado entender que la seguridad del entorno social, en el sentido de ausencias de secuestros en este ámbito, es una de las finalidades de la norma¹⁶⁹⁵.

Por lo anterior manifestado, en realización con el objeto de valoración del bien jurídico, una institución como la propiedad y patrimonio, no pueden ser el objeto de protección de las normas penales, ya que una institución consiste en sí en una serie de normas que regulan la conducta de las personas en relación con ciertos objetos¹⁶⁹⁶. Y estas no lo son, con respecto al injusto del secuestro tutelado en el artículo 164 del Código penal español, porque no comunican nada al entorno social, y una norma jurídico penal debe comunicar contra-fácticamente algo a la sociedad para que tenga vigencia y poder restaurar la tangente inversa realizada por el hecho delictivo.

El sustento dogmático de la teoría del bien jurídico del patrimonio en el injusto del secuestro se debe a la praxis¹⁶⁹⁷ jurídica¹⁶⁹⁸ y a la criminológica¹⁶⁹⁹,

¹⁶⁹² AMELUNG, Knut, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, op. cit., págs. 250, 251, 253 y 254.

¹⁶⁹³ En el mismo sentido, el artículo 9 de la ley especial anti-secuestro de la República mexicana.

¹⁶⁹⁴ En el mismo sentido, el artículo 9 de la ley especial anti-secuestro de la República mexicana.

¹⁶⁹⁵ Vid. AMELUNG, Knut, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, op. cit., pág. 255.

¹⁶⁹⁶ AMELUNG, Knut, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, op. cit., pág. 259.

¹⁶⁹⁷ Genaro David GÓNGORA PIMENTEL menciona que el bien jurídico tutelado en el injusto del secuestro, es la libertad física de la persona, hasta aquí está bien el bien jurídico, pero sigue manifestando que la experiencia demuestra la necesidad de extender la protección legal al patrimonio de la víctima, auténtico móvil del delito, que por lo mismo debe ponerse a salvo de inmediato, a efecto de impedir que se complique una situación que en no pocas ocasiones concluye con la muerte de la víctima, aun cuando se haya cubierto el rescate. GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México y las decisiones del Poder*

pues determinan la finalidad del hecho delictivo, de aquí se deriva que los partidarios del patrimonio como bien jurídico estiman que es un bien jurídico en el injusto del secuestro frente a un menoscabo, pero olvidan que las finalidades¹⁷⁰⁰ no pueden ser bienes jurídicos¹⁷⁰¹, porque no expresan nada para el entorno social, y serán en su caso parte de los elementos del dolo, es decir, una consecuencia accesoria, si se sigue la teoría finalista de la acción¹⁷⁰², aunque la derivación hacia la pluri-ofensividad del bien jurídico¹⁷⁰³ permitió espiritualizar

Judicial de la Federación en la Materia, op. cit., pág. 36. He aquí se deriva la problemática del bien jurídico del injusto del secuestro, en los países Latinoamericanos, quieren usar el lenguaje jurídico para expresar bien jurídicos aparentes, que no apartan nada la colectividad social, y sólo están desintegrando el verdadero objeto de tutela penal del injusto del secuestro.

¹⁶⁹⁸ Miguel POLAINO NAVARRETE considera que “para la praxis el “bien jurídico” constituye un lugar casi “vacío de contenido”, que puede ser rellenado según el resultado que se dé de la decisión con tal o cual significado. La teoría del objeto de tutela no ha logrado aún imponer una determinada comprensión, ni concretar una formulación definitiva del mismo. La doctrina del bien jurídico no es revisada ni corregida por la praxis criminal. Una revocación de la historia dogmática presupone que el campo de las teorías sobre la objeto protegido sea observada bajo una perspectiva sistemática. Sólo así puede esperarse que se descubran las conexiones del “bien jurídico” con los presupuestos y fines políticos-criminales, antropológicos, filosóficos-estatales y políticos, y que las mismas sean llevadas a una doctrina que comprenda las formulaciones de aquel concepto en la relevancia que el mismo ostenta para la teoría del delito”. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, op. cit., pág. 475. En sentido similar, POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Recensión a Winfried HASSEMER, Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre”, *ADPCP*, tomo 26, fascículo II, Madrid, 1973, pág. 457.

¹⁶⁹⁹ Knut AMELUNG manifiesta que no se debe de dejar a la criminología la tarea de la comprensión de las normas, y su análisis sistémico-funcional de las normas, pues esa la labor de la dogmática. AMELUNG, Knut, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, op. cit., pág. 262. Por esta razón, y en mi opinión, la criminología es una ciencia auxiliar del Derecho penal, pero no crea leyes, ni bienes jurídicos, los bienes jurídicos los crea la sociedad. Ahora la función de la Criminología es esclarecer el hecho criminal desde su perspectiva empírica, es decir, muestra los indicios de la realización criminal, por ello, es una Ciencia auxiliar. Al respecto, véase SANZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones en torno a la política criminal”, op. cit., págs. 737-740.

¹⁷⁰⁰ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Recensión a Knut AMELUNG, Rechtsgüter-schutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf Dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens”, op. cit., pág. 447.

¹⁷⁰¹ Incluso Francesco CARRARA ya manifestaba la problemática de las finalidades que pueden ser mal entendidas como bienes jurídicos. Al respeto menciona que “es innegable que la pérdida del dinero exigido es tal vez menos sensible que las incomodidades y las terribles angustias del cautiverio y las amenazas. Si seguimos este concepto, habría que trasladar el delito a otra clase y considerarlo más bien como un rapto o plagio calificado por el fin. Y es indiferente, por lo tanto, en este delito, que el secuestro se haya efectuado en lugar abierto o en lugar cerrado y defendido, con tal que sean aptos para el fin propuesto”. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, vol. IV, op. cit., pág. 180.

¹⁷⁰² Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, “Los delitos subjetivamente configurados en el Código penal de la Nación Argentina”, en Miguel POLAINO NAVARRETE, *El injusto típico en la teoría del delito*, Editorial Mave, Buenos Aires, 2000, págs. 252, 253 y sigs.

¹⁷⁰³ Francesco ANTOLISEI, propone que la solución para los injustos pluriofensivos, que la consideración de la objetividad jurídica, en la organización de la parte especial, debe ser revisada, conjugándose esta consideración del bien jurídico lesionado con la subjetividad del

el concepto de bien jurídico¹⁷⁰⁴ remontándolo a la génesis del injusto, derivado de los elementos subjetivos especiales o accesorios como el móvil, ánimo del sujeto activo para delinquir y la teoría del medio-fin¹⁷⁰⁵. Pero si se sigue la teoría funcionalista se apreciará el cumplimiento de una condición como una condición objetiva de punibilidad¹⁷⁰⁶. El hecho criminal podría seguir teniendo aspectos de relevancia (dolor moral de los familiares, perjuicios económicos, influencia en la vida de los integrantes de la familia de la víctima, etc.), este el caso del injusto del secuestro pero desde el punto de vista de norma penal ya no interesa nada más¹⁷⁰⁷ que reafirmar la vigencia contra-fáctica de la expectativa social quebrada, para el desarrollo del entorno social.

VI. Conexión entre bien jurídico protegido y vigencia de la norma en el delito de secuestro

La norma jurídico penal relevante vincula un “algo”¹⁷⁰⁸, y ese “algo”¹⁷⁰⁹ es el objeto del juicio de valoración, como un objetivo, una meta ideal, por ello,

deber infringido, así como otras notas concurrentes: medios, tiempo, lugar, móvil, etc., lo que permitirá una sistematización más satisfactoria; sin contar con la existencia de delitos pluriofensivos, que atentan a la vez, contra diferentes bienes jurídicos, como, por ejemplo, el secuestro bajo rescate. Habrá que atender, de manera decisiva, a la “ratio” de la norma incriminadora; sin que pueda aceptarse sin condiciones el extendido criterio, en el caso de multiplicidad de intereses de considerar prevalente en la escala penal de valores a aquél que el legislador coloca en primer lugar en el Código. Tampoco puede darse pleno valor vinculante a los epígrafes o rúbricas enunciativos de las diversas infracciones, cuyo significado, no obstante provenir del mismo legislador y revestir carácter oficial, no puede ser sino meramente orientador. *Vid.* DE MIGUEL GARCILÓPEZ, Adolfo, “Recensión a: Francesco ANTOLISEI, *Introduzione alla parte special del diritto penal*”, op. cit., pág. 644; ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 126 y 127; en el mismo sentido, WOLF, Erik, *Las categorías de la tipicidad. Estudios previos sobre una doctrina general de la parte especial del Derecho penal*, op. cit., págs. 10 y sigs. Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, “Prólogo”, op. cit., págs. 12 y sigs.

¹⁷⁰⁴ *Vid.* ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Alejandro ALAGIA / Alejandro SLOKAR, 2ª. edic, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, págs. 128 y 128; TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad como principios limitadores del poder punitivo*, op. cit., págs. 30 y sigs.

¹⁷⁰⁵ Cfr. PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 505; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 200.

¹⁷⁰⁶ Véase el capítulo III, Acción típica, inciso II. Otros elementos típicos, en particular: la exigencia de alguna condición, letra A) El significado de la condición.

¹⁷⁰⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, op. cit., pág. 93.

¹⁷⁰⁸ Al respecto, Andrew VON HIRSCH estima que “el bien jurídico es algo independiente: no el fin de protección, sino ese «algo» que se halla tras el fin de protección. Pero, ¿qué es ese «algo»? La respuesta podría encontrarse en esa noción de recurso que late tras el interés, definiéndolo como un medio o una capacidad que, en el caso normal, posee un cierto valor para el mantenimiento de un estándar de calidad de vida.” VON HIRSCH, Andrew, “El concepto de bien jurídico y el principio del daño”, op. cit., pág. 42.

¹⁷⁰⁹ Me refiero que ese “algo”, que contiene la norma jurídica del secuestro, detrás de ella, es el bien jurídico de la libertad ambulatoria, que dicha norma pretende tutelar y proteger, como una unidad funcional de translación dentro del sistema social, aunque realmente la norma determina un deber negativo de no privar de la libertad ambulatoria, de no secuestrar a los

la norma adquiere la forma de una orden del legislador a los ciudadanos. Este elemento relacionado hacia la realización determina la configuración social de la norma en el mundo de la génesis de consecuencias. Con la transición desde la valoración a la orden, la norma lleva a cabo su salto hacia la realidad jurídica¹⁷¹⁰.

En nuestro sentido, ese “algo” detrás de la norma, que contiene la normativa del secuestro del artículo 164 del Código Penal español¹⁷¹¹, es un deber negativo¹⁷¹² de no privar de libertad ambulatoria¹⁷¹³, de no secuestrar¹⁷¹⁴,

ciudadanos, es decir, una garantía cognitiva de protección de los contactos sociales de desenvolvimiento y translación con el sistema social y los subsistemas, ya que esta es la comunicación que aporta al sistema social y jurídico. Para sustentar por mi parte lo mencionado, dentro de esta nota de cita y en toda la contextualización de este capítulo, he de invocar que Miguel POLAINO NAVARRETE menciona que “norma y bien jurídico no tienen por qué ser incompatibles, sino todo lo contrario: ambos se exigen mutuamente, de manera que la norma es la forma y el bien jurídico, el contenido (...). El concepto de bien jurídico sigue siendo un concepto trascendental para la determinación del contenido del injusto típico, así como la determinación de la función que corresponde desempeñar al Derecho penal: según mi concepción, la función primordial del Derecho penal es la función de protección de bienes jurídicos y prevención de ataques lesivos a los mismos. Por su parte, la confirmación de la vigencia de la norma, más que una función propiamente dicha, es creo una consecuencia directa y principal de la protección de los bienes y valores jurídicos instituidos en la norma. En consecuencia, la tarea de protección de bienes jurídicos no es incompatible con el mantenimiento de la vigencia de la norma. Antes bien, ambas cuestiones se reclaman mutuamente, aunque jueguen en un plano diferente: la primera legitima el sistema punitivo, la segunda configura la estructura del sistema jurídico (y, por tanto, social)”. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma”, op. cit., págs. 54 y 55. Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 52; AMELUNG, Knut, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, op. cit., págs. 262 y 263.

¹⁷¹⁰ Vid. KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, traducción del alemán por Enrique BACIGALUPO / Ernesto GARZÓN VALDÉS, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1977, pág. 99; MÜSSIG, Bernd, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema*, Traducción del alemán por Manuel CANCIO MELÍA / Enrique PEÑARANDA RAMOS, Cuadernos de conferencias y artículos número 22, Centro de investigaciones de Derecho penal y filosofía del Derecho, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2001, págs. 23 y 24; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Normas y acciones en Derecho penal*, op. cit., págs. 15 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, op. cit., págs. 481 y 482; ID., “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma”, op. cit., págs. 38 y sigs; SANZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones sobre la ciencia del Derecho penal y su método”, op. cit., págs. 658 y 659. Cfr. TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Lesividad y proporcionalidad como principios limitadores del poder punitivo*, op. cit., págs. 32 y 33.

¹⁷¹¹ En el mismo sentido, el artículo 9 de la ley general contra el secuestro de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁷¹² Los deberes negativos, tienen como fundamento no dañar a otro, es decir, un respeto mutuo, cuyo contenido material es la propia organización social, para evitar daños al entorno social, ya sea lesionando las esferas de organización de los ciudadanos. Pues, los deberes negativos se trata de una situación de empeoramiento producida por el autor del injusto; sino existirá el autor, no le amenazaría daño alguno a la víctima del injusto. Vid. JAKOBS, Günther, “La imputación penal de la acción y de la omisión”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la*

que se entiende como una institución de una expectativa social de que los ciudadanos confían en la norma para realizar sus contactos sociales sin la lesión de alguna esfera de operatividad funcional¹⁷¹⁵, dentro del entorno social¹⁷¹⁶.

A continuación estableceré los patrones de la libertad ambulatoria como una expectativa social, que es una institución para el núcleo social, ya que sin ella no puede existir la capacidad social de translación en el entorno social, y en el sistema social, pues de ella se desprenden las interacciones de los contactos sociales¹⁷¹⁷.

A) El sentido social de la normativa del secuestro

Las normas jurídico penales relevantes en el sistema social son esquemas simbólicos de orientación cognitiva, que en la medida en que se trata de normas jurídicas determinan los caracteres fundamentales de la concreta configuración de la sociedad, es decir, son cánones normativos de la sociedad¹⁷¹⁸, ya que se trata de formas de sentido generalizadas a través de las cuales el sistema de comunicación trifásico¹⁷¹⁹, norma, persona en derecho y sociedad¹⁷²⁰, se describe

sociedad, Editorial Civitas, Madrid, 2004, págs. 104 y sigs; ID., *Derecho penal*, op. cit., págs. 52 y sigs; ID., “Actuar y omitir”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, en María Eloísa QUINTERO / Miguel POLAINO-ORTS (Coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2ª. edic, Editorial Flores editor, México, D.F., 2012, págs. 21 y sigs; ID., *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal. Expectativas normativas, intervención delictiva, Derecho penal del enemigo*, traducción del alemán de Miguel POLAINO-ORTS / José Antonio CARO JOHN, Editorial Servi-Copy, Sevilla, 2014, pág. 55; ROBLES PLANAS, Ricardo, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2014, págs. 104 y sigs.

¹⁷¹³ Vid. HASSEMER, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, op. cit., pág. 29. En un supuesto análogo, pero determinando que sólo hay deberes positivos, véase BIRNBAUM, Johann Michael Franz, *Sobre la necesidad de una lesión de Derechos para el concepto de delito*, op. cit., págs. 41 y 53.

¹⁷¹⁴ Vid. KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, op. cit., págs. 90 y sigs; ROBLES PLANAS, Ricardo, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, op. cit., págs. 102 y sigs; JAKOBS, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal*, op. cit., pág. 55.

¹⁷¹⁵ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El injusto típico en la teoría del delito*, op. cit., págs. 457 y sigs; AMELUNG, Knut, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, op. cit., pág. 249.

¹⁷¹⁶ Véase el capítulo III, Acción típica, inciso I. Introducción.

¹⁷¹⁷ Vid. MÜSSIG, Bernd, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*, op. cit., págs. 34 y 35.

¹⁷¹⁸ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 239.

¹⁷¹⁹ Véase el capítulo III, Acción típica, inciso I. Introducción.

¹⁷²⁰ Vid. JAKOBS, Günther, “La imputación penal de la acción y de la omisión”, op. cit., pág. 105; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos científicos del Derecho penal*, tomo I, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, 6ª. edic, Editorial Bosch, Barcelona, 2008, págs. 27 y sigs; ID., *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS Editorial Porrúa, México, 2001, págs. 8 y sigs; POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 225 y sigs; ID., “Vigencia de la norma. El potencial de sentido de un concepto”, op. cit., págs. 60 y sigs; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Funcionalismo y

a sí mismo y se auto-reproduce, por ejemplo, como sociedad que conoce y protege la privación de la libertad ilegal, quedando quedado monopolizado institucionalmente y formalizado el ejercicio de la privación de la libertad sólo por la interacción del “ius-punendi”¹⁷²¹, por ataques eminentemente contrarios a la norma y la sociedad. Por ello, puede estimarse que la estructura que contiene internamente la norma o las normas jurídicas corresponde a estructuras reflexivas de expectativas sociales¹⁷²².

La proyección que crea la norma de conducta en la perspectiva social que hace posible la relación de la comunicación entre el sistema social y el entorno social, la internación social es una disyuntiva de la comunicación contra-fáctica del sistema normativo, y sólo en este contexto es el que hace posible comprender el comportamiento del otro, mediante las expectativas normativas¹⁷²³. Los contactos sociales cotidianos tienen como presupuesto la elemental expectativa de que también los demás ciudadanos comparten ciertas ideas básicas acerca del decurso y de la seguridad con la que se producirán estos acontecimientos sociales, por ejemplo, la expectativa que los demás ciudadanos respeten mi libertad ambulatoria y no la coarten, por lo que no hay que temer por ataques contra la libertad, o la vida e integridad física¹⁷²⁴.

En un esbozo desde la caracterización de la función social, las normas no están dirigidas a la determinación de la conducta en sentido negativo de lesión o menoscabo, sino que se refieren a la seguridad de las expectativas sociales; por ello, las normas constituyen desde una perspectiva psicológico-individual esquemas de orientación para la configuración de contactos sociales. Por esta razón, representan un horizonte social para la puesta en acción¹⁷²⁵ de las interacciones sociales, determinando así en última instancia la configuración de

normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs”, en María Eloísa QUINTERO / Miguel POLAINO-ORTS (Coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2ª. edic, Editorial Flores editor, México, D.F., 2012, págs. 102 y sigs.; HABERMAS, Jürgen, *Acción comunicativa y razón sin transcendencia*, traducción del alemán por Pere FABRA ABAT, Editorial Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 2002, págs. 17 y sigs.; GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho en la teoría de la sociedad*, op. cit., págs. 296 y sigs;

¹⁷²¹ En un sentido equivalente, CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales policiales*, op. cit., págs. 404, 405 y 410 y sigs.

¹⁷²² MÜSSIG, Bernd, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*, op. cit., pág. 36.

¹⁷²³ Cfr. DE LORA, Pablo, “El carácter comunicativo del Derecho penal. Una discusión desde la filosofía jurídica”, en Alfonso GARCÍA FIGUEROA (Coord.), *Racionalidad y Derecho*, Editorial Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2006, págs. 291 y sigs.

¹⁷²⁴ MÜSSIG, Bernd, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*, op. cit., pág. 37.

¹⁷²⁵ Para Bernd MÜSSIG, el concepto de acción regulada por normas se refiere a los miembros de un grupo social que orientan su actuar con base en valores comunes, que en este caso, son las normas expresan un acuerdo existente en un grupo social. MÜSSIG, Bernd, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*, op. cit., pág. 40.

la vida social y comunitaria del sistema social. Por ello, el Derecho define la configuración de cada sociedad moderna¹⁷²⁶, auto-describiéndola.

El deber de no privar de la libertad ambulatoria significa la generalización temporal y social de una expectativa normativa, es una declaración de garantía acerca de la configuración futura de los contactos sociales que cabe esperar de los demás miembros de la sociedad¹⁷²⁷. Dentro de una concepción central de cumplimiento de la normas significa, a su vez, el cumplimiento de la expectativa de conducta generalizada a la sociedad, la expectativa en un sentido normativo de que los miembros del grupo social tienen derecho a esperar un determinado cumplimiento. Por la importancia del mantenimiento de la expectativa en el núcleo social, son mantenidas en caso de defraudación de manera contra-fácticamente, restaurando su vigencia normativa mediante la pena¹⁷²⁸.

Ahora bien, la importancia de la expectativa social de la libertad ambulatoria, como una norma institucionalizada en el sistema normativo, se debe a la trascendencia para la relación de los contactos sociales, pues sin ella se limita un nivel desenvolvimiento del contacto social, se coarta la autodeterminación del ciudadano en derecho para trasladarse dentro del entorno social¹⁷²⁹.

B) La libertad ambulatoria como expectativa social institucional

La norma jurídica del injusto del secuestro, del artículo 164 del Código Penal español, tiene detrás de ella un “algo”, y ese algo es una expectativa social de no privar de libertad ambulatoria a ningún ciudadano, ya que la misma está

¹⁷²⁶ MÜSSIG, Bernd, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*, op. cit., pág. 38; SANZ MORÁN, Ángel José, “Reflexiones sobre el bien jurídico”, op. cit., págs. 1757, 1758 y 1759.

¹⁷²⁷ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., págs. 44 y sigs.

¹⁷²⁸ Vid. JAKOBS, Günther, “El concepto jurídico-penal de acción”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 111 y sigs; ID., *El concepto jurídico-penal de acción*, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, CCA, Núm. 11, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, págs. 28 y sigs; ID., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 200 y sigs; ID., “La pena como reparación del daño”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, en AA.VV. *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Editorial Legis, Bogotá, 2005, págs. 348 y sigs; ID., *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal*, op. cit., págs. 5 (“Prólogo”), 46 y sigs.; ARBOLEDA RIPOLL, Fernando, “La teoría de la pena de Günther Jakobs”, en AA.VV., *Dogmática y Criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Editorial Legis, Bogotá, 2005, págs. 16 y sigs. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Introducción”, en Bernd SCHÜNEMANN (Compilador), *El sistema moderno del Derecho penal, cuestiones fundamentales*, traducción del alemán por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, págs. 20 y 21; SCHÜNEMANN, Bernd (Compilador), *El sistema moderno del Derecho penal, cuestiones fundamentales*, traducción del alemán por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pág. 157 y sigs.

¹⁷²⁹ Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La detención*, op. cit., pág. 27; AA.VV., “Delitos contra la libertad, con especial referencia a la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género”, op. cit., pág. 122.

jurídicamente garantizada por las normativa penal¹⁷³⁰, pues ayuda a la realización de las operaciones de ambulación de los contactos sociales en el sistema social.

Las normas jurídicas son expectativas sociales de conducta por los miembros de la sociedad institucionalizadas dentro de pautas normativas que operan una estabilización contra-fáctica en caso de un quiebre normativo, es decir, que estas normas no prometen un comportamiento de total fidelidad¹⁷³¹ normativa¹⁷³², pero sí protegen a quien espera un comportamiento adecuado a la norma¹⁷³³, en la interacción víctima/ victimario¹⁷³⁴. La norma tiene la finalidad de orientar a los ciudadanos en los contactos sociales, estableciendo las pautas de relación social adecuadas para el desarrollo del sistema social¹⁷³⁵, por ello, el quebrantamiento de una norma es una defraudación a la expectativa, producirá un caos social, legitimando acciones contrarias al derecho, en otras palabras, es abrir una ventana a la ilicitud del ordenamiento penal, y crear una tangente inversa en nuestro sistema de comunicación trifásico, pues produce un efecto cognitivo de gran inseguridad ante la ejecución de la interacción concreta y posterior a cada caso en particular¹⁷³⁶.

De lo anterior, deriva la importancia que tiene una institucionalización de la expectativa. Sin embargo, la institucionalización tiene su génesis en la habitualidad y es una tipificación recíproca de acciones habitualizadas por los interactuantes en el sistema social¹⁷³⁷, que resulta de un proceso histórico¹⁷³⁸⁻¹⁷³⁹.

¹⁷³⁰ Vid. AMELUNG, Knut, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, op. cit., pág. 241. Cfr. 246 y 247. Vid., especialmente, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, op. cit., págs. 188 y sigs.; ID., *Derecho penal*, op. cit., págs. 133 y sigs.

¹⁷³¹ Para Winfried HASSEMER, “la conservación y promoción de la confianza y fidelidad en el Derecho son procesos comunicativos y de largo alcance con una plétora de variables cognitivas y emotivas, un engranaje, en el cual las decisiones penales representan sólo un minúsculo tornillo (del cual no siempre se sabe en qué dirección gira). Transmisión de una vida fiel al Derecho por medio de una utilización instrumental del Derecho penal; ésta es la característica de un Derecho penal contemporáneo desde que finalizó -si alguna vez hubo inicio- una fundamentalización absoluta de la pena”. HASSEMER, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, op. cit., pág. 26 y 27. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Curso de iniciación a la parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, tomo 1, op. cit., pág. 52.

¹⁷³² Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 237 y sigs;

¹⁷³³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 54.

¹⁷³⁴ GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho en la teoría de la sociedad*, op. cit., pág. 205: “en una acción concreta, los que esperan y los que actúan son particularmente relevantes y «se destacan de un trasfondo a otras cosas» las posiciones posibles de una persona son tres: puede ser expectante, actuante o tercero, es decir, co-expectante potencial de los demás”.

¹⁷³⁵ MÜSSIG, Bernd, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*, op. cit., pág. 44; AMELUNG, Knut, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, op. cit., pág. 260; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs”, op. cit., págs. 98 y sigs.

¹⁷³⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Normas y acciones en Derecho penal*, op. cit., pág. 23.

¹⁷³⁷ Vid. K. MERTON, Robert, *Teoría y estructura sociales*, op. cit., pág. 97.

Las normas tipificadoras de conductas se construyen en el curso de una historia compartida¹⁷⁴⁰, pues no pueden crearse por sí solas, las instituciones siempre tienen una historia, de la cual son productos del consenso¹⁷⁴¹ social¹⁷⁴². Es imposible comprender adecuadamente qué es una institución si no se comprende el origen de la creación de la norma¹⁷⁴³. Importa destacar que la norma como institución social tiene una vinculación contra-fáctica¹⁷⁴⁴ con la sociedad, inherente a la institucionalidad, como forma de confirmar su vigencia al entorno social, pues la sanción, en este caso, es su fuerza vinculante con la sociedad, comunicando que está vigente dicha institución y que está siendo garantizada por el Derecho penal¹⁷⁴⁵.

Toda norma jurídica tiene una cimentación cognitiva, y sólo en la medida en que existe la norma en la realidad social habrá sociedad¹⁷⁴⁶. Pero esta

¹⁷³⁸ Véase el capítulo I, El delito de secuestro en perspectiva histórica comparada.

¹⁷³⁹ Vid. K. MERTON, Robert, *Teoría y estructura sociales*, op. cit., pág. 100.

¹⁷⁴⁰ Véase el inicio de este capítulo a partir del primer epígrafe, I. El estado de la cuestión de la libertad.

¹⁷⁴¹ Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *La seguridad jurídica*, op. cit., pág. 57; GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho en la teoría de la sociedad*, op. cit., págs. 205, 206 y sigs.

¹⁷⁴² Como señala Miguel POLAINO-ORTS: “las expectativas sociales se institucionalizan mediante un proceso de selección que tiene en cuenta casos generales y supuestos excepcionales, y cuya normativización sirve para fundamentar la idea de que los ciudadanos pueden confiar razonablemente en que sus Derechos se mantendrán inmunes, esto es, que puedan seguir teniendo la seguridad cognitiva de que la norma va a proteger su estatus de personas en Derecho, de manera que la expectativa sigue orientando, cotidianamente, la comunicación social”. POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 242. Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Libertad personal y seguridad ciudadana*, op. cit., págs. 51 y sigs.

¹⁷⁴³ L. BERGER, Peter / LUCKMANN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, traducción de Silvia ZULETA, 10ª reimpr. Editorial Amorrortu editores, Buenos Aires, 1991, págs. 76 y 77.

¹⁷⁴⁴ GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho en la teoría de la sociedad*, op. cit., pág. 204: “la norma institucionalizada como expectativa social se debe mantener en el futuro por estar dotada de una cierta resistencia frente a posibles frustraciones”.

¹⁷⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Normas y acciones en Derecho penal*, op. cit., págs. 24 y sigs; AMELUNG, Knut, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, op. cit., págs. 240, 241 y 259; JAKOBS, Günther, “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege?. Contradicción y prevención de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, en María Eloísa QUINTERO / Miguel POLAINO-ORTS (Coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2ª edic, Editorial Flores editor, México, D.F., 2012, págs. 2 y sigs.

¹⁷⁴⁶ ZACZYK, Rainer, “Injusto jurídico-penal y la autorresponsabilidad del lesionado”, traducción del alemán por Nuria PASTOR MUÑOZ, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT / Nathalia Elena BAUTISTA PIZARRO / José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS (Compiladores), *Libertad, Derecho y fundamentación de la pena*, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2010, págs. 261 y 262. Véase el apartado inicial de este capítulo correspondiente al pensamiento de HEGEL. Como también, BERGÉS, Alfredo: “El Derecho como sistema de niveles de libertad”, op. cit., pág. 42: “Todo ordenamiento jurídico que aspire a ser la realización de la libertad y, por tanto, a establecer un orden justo, tiene que, por un lado, asegurar la existencia de los niveles más formales o abstractos que hacen posible la

cimentación cognitiva se refiere a que la norma jurídica puede ser infringida, esta posibilidad demuestra que la norma es idónea para sociedad, ya que motiva a los ciudadanos a seguir la norma o auto-determinarse a la infracción de la norma, y la infracción de la norma es el delito, que es la otra cara opuesta de la vigencia de la norma, ya que es un quiebre normativa a la expectativa social tutelada en la norma infringida. Aunque suene un sistema circular, la realidad es otra, pues la defraudación de una norma comporta la necesidad y el porqué de la protección de la expectativa social, o sea, demuestra su vigencia en el mundo social, determinando que no es una ley muerta y fuera de uso de la cotidianidad de los contactos sociales¹⁷⁴⁷.

La institucionalidad de la libertad ambulatoria se debe a que los grupos sociales han garantizado desde su inicio esta forma de libertad desde la instauración de los primeros Códigos¹⁷⁴⁸, hasta la actualidad, pues esta libertad está consagrada en el artículo 19 de la Constitución española¹⁷⁴⁹, y su protección penal se provee en el artículo 164 del Código penal español, que garantiza la expectativa social de la libertad personal de ambulación dentro del sistema social, ayudando a la auto-determinación de la persona y a la realización de los contactos sociales, en cuanto como norma institucionalizada dentro de la cánones jurídicos queridos por la sociedad¹⁷⁵⁰.

C) Confirmación de la norma

La confirmación de la vigencia de la norma se logra mediante la pena, pues la pena es la vinculación contra-fáctica que tiene la norma, para restaurar el orden social¹⁷⁵¹, y confirmar la permanencia de la exceptiva social quebrantada en la sociedad¹⁷⁵².

existencia de la individualidad y, por otro, establecer niveles más concretos de libertad que limiten las formas más abstractas para que estos no degeneren en formas de coerción. Dicho de otro modo, el establecimiento de un ordenamiento jurídico favorable a la realización de la libertad presupone esta multiplicidad de niveles que explicitan las dimensiones implícitas en el concepto de libertad. La eliminación o el debilitamiento progresivo de uno de estos niveles de libertad afecta al conjunto del sistema, de tal modo que la esfera del Derecho en su totalidad adquiere un tono despótico”.

¹⁷⁴⁷ Vid. JAKOBS, Günther, *El Derecho penal como disciplina científica*, traducción del alemán de Alex VAN WEEZEL, Editorial Civitas, Navarra, 2008, págs. 98 y 99; POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 227 y 228; ID., *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, Editorial Cescijuc, México, 2014, págs. 69, 70 y sigs.

¹⁷⁴⁸ Véase el capítulo I, El delito de secuestro en perspectiva histórica comparada.

¹⁷⁴⁹ En el mismo sentido el artículo 11 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁷⁵⁰ Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 239 y sigs.

¹⁷⁵¹ Vid. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Funcionalismo y normativismo penal, op. cit., págs. 98 y sigs.

¹⁷⁵² Vid. JAKOBS, Günther, “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege?. Contradicción y prevención de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, op. cit., págs. 2 y sigs.

La teoría funcionalista de JAKOBS sitúa la vigencia de la norma como el bien o valor ideal de la expectativa social, estimando que la prestación del Derecho penal es llevar a cabo el mantenimiento del sistema social, mediante la norma social, su vigencia y la pena¹⁷⁵³, y mediante la pena¹⁷⁵⁴ se declara en contra de la defraudación normativa, retornando validez a la expectativa lesionada por el desliz normativo¹⁷⁵⁵, de forma que el comportamiento defraudador no pertenece, ni antes ni ahora, a la configuración social que hay que tener en cuenta¹⁷⁵⁶. La pena¹⁷⁵⁷ cumple una función contra-fáctica del mantenimiento del sistema social, y ayuda a la solución de los problemas de los contactos sociales, ya que determina la restauración de la expectativa lesionada, comunicando que sigue vigente la expectativa quebrantada, y aparte cumple un papel de fomento cognitivo de la integración social de los ciudadanos adoptando un sistema de cordialidad social. Reconoce dos funciones de la pena: la función manifiesta y la función latente¹⁷⁵⁸, a las que a continuación haremos referencia con directa relación al delito de secuestro.

¹⁷⁵³ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Recensión a Knut AMELUNG, Rechtsgüter-schutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf Dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens”, op. cit., págs. 446 y 447. Cfr. ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, op. cit., págs. 445, 446, 456 y sigs.

¹⁷⁵⁴ Vid. K. MERTON, Robert, *Teoría y estructura sociales*, op. cit., pág. 96.

¹⁷⁵⁵ Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, “Reflexiones sobre el bien jurídico”, op. cit., pág. 1756, como también la nota al pie de página número 11.

¹⁷⁵⁶ JAKOBS, Günther, “Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Editorial Civitas, Madrid, 2004, págs. 75 y sigs; POLAINO-ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma. El potencial de sentido de un concepto”, op. cit., págs. 60 y sigs.

¹⁷⁵⁷ Para Günther JAKOBS, “la pena ha de entenderse más bien como marginalización del hecho en su significado lesivo para la norma y, con ello, como constatación de que la estabilidad normativa de la sociedad permanece inalterada; la pena es confirmación de la identidad de la sociedad, esto es, de la estabilidad normativa, y con la pena se alcanza este-si se quiere-fin de la pena siempre”. JAKOBS, Günther, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, traducción del alemán por Teresa MANSO PORTO, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Editorial Civitas, Madrid, 2004, pág. 41; ID., *La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*. Traducción del alemán por Teresa MANSO PORTO, Cuadernos de conferencias y artículos número 24, Centro de investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2000, págs. 27 y 28. Como también, POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Recensión a: Knut AMELUNG, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf Dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechens”, op. cit., pág. 440.

¹⁷⁵⁸ K. MERTON, Robert, *Teoría y estructura sociales*, op. cit., págs. 138 y 139. La distinción entre “funciones manifiestas y funciones latentes, las primeras relativas a las consecuencias objetivas para una unidad especificada (persona, subgrupos, sistema social o cultural) que contribuyen a su ajuste o adaptación y se esperan así; las segundas relativas a las consecuencias inesperadas y no reconocidas del mismo orden”. Cfr. *Ibidem*, pág. 137. También véase a JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 52.

1. Función manifiesta

La función manifiesta, también conocida como abierta, expresa que la pena confirma la identidad de la sociedad, ejerce un efecto de confirmación contra-fáctico que tiene como destinatario a todas las personas que en el mundo de comunicación social se mantienen con un mínimo de fidelidad normativa, en la disposición jurídica de seguir la norma de conducta, en mi opinión es un supuesto de prevención general positiva¹⁷⁵⁹, porque está dirigido a todos los participantes en la comunicación social¹⁷⁶⁰.

En el plano de nuestro injusto del secuestro, la pena tiene el efecto de estabilizar la vigencia de norma quebrantada por la realización del injusto, pues la función manifiesta comunica a la colectividad social que la vigencia ha sido restaurada porque se necesita la protección de la expectativa de la libertad ambulatoria para poder realizar las interacciones sociales con el mundo social, y así la pena restaura el orden normativo y comunica a la colectividad que la tangente inversa del ángulo de comunicación ha sido restaurado para poder seguir la fidelidad a la norma.

2. Función latente

En cambio, la función latente ejerce varios efectos de prevención: el primer efecto es asociado a la prevención general positiva, por ejemplo, el ejercicio de la fidelidad al derecho, reforzamiento la confianza¹⁷⁶¹ de los ciudadanos a la norma; el segundo efecto es de prevención negativa, por ejemplo la intimidación, y por cumple un efecto de prevención especial, por ejemplo, la resocialización. Sin embargo, esta función no se integra la noción de derecho, y por ello no forma

¹⁷⁵⁹ En palabras de Miguel POLAINO NAVARRETE: “la teoría de la prevención general positiva no persigue un efecto disuasorio (negativo) sino un efecto confirmante (positivo) en la Sociedad: mediante la imposición de la pena se confirma que la norma sigue teniendo vigencia, esto es, que sigue siendo un principio rector constitutivo de la Sociedad y, por ello, hay que acatarla. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal, Parte general*, op. cit., págs. 133 y sigs.; POLAINO-ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma. El potencial de sentido de un concepto”, op. cit., págs. 67 y sigs.

¹⁷⁶⁰ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, op. cit., págs. 200 y sigs; JAKOBS, Günther, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, op. cit., pág. 41 y sigs; POLAINO-ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma. El potencial de sentido de un concepto”, op. cit., págs. 84 y sigs. Cfr. HASSEMER, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, op. cit., págs. 25, 28, 30 y 35.

¹⁷⁶¹ La confianza es un bien jurídico aparente, como también la seguridad, pero dichos bienes jurídicos aparentes están enclavados por la concepción de la vigencia de la norma, ya que sin vigencia de la norma no hay seguridad cognitiva de respeto mínimo de la norma de conducta, y provoca una desconfianza cognitiva al entorno social. Vid. AMELUNG, Knut, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, op. cit., págs. 249 y sigs.

parte del concepto de la pena¹⁷⁶², podría decirse que representa un efecto accesorio a la pena.

En pocas palabras, la función latente cumple un cometido de motivación, por el hecho de que la pena constituye un elemento de marginalización del hecho criminal en su significado lesivo para la norma, y así como todo delito infringe una norma, toda pena marginaliza el hecho delictivo¹⁷⁶³, restableciendo la estabilidad normativa de la sociedad, con lo que se alcanza el fin¹⁷⁶⁴ de la manifestación contra-fáctica de la norma en cuestión quebrantada¹⁷⁶⁵.

En suma, respecto del secuestro, la función manifiesta está llamada a garantizar la estabilidad de la norma, y la función latente podría decirse que es un efecto accesorio de la pena, porque la finalidad de la pena es la restauración de la norma quebrantada, comunicando al entorno social la vigencia fáctica de la norma¹⁷⁶⁶ que ha sido restaurada, lo que constituye característica propia de la función manifiesta¹⁷⁶⁷. La función latente, aunque comporte una consecuencia probable de rehabilitación y resocialización cognitiva, es decir, no segura en la psique del infractor de la norma de secuestro¹⁷⁶⁸, no es relevante en cuanto función jurídico-penal, pues corresponde a la función manifiesta comunicar al entorno social que ha sido restaurada la expectativa normativa quebrantada, para prevenir la desmaterialización de la expectativa de la libertad ambulatoria.

¹⁷⁶² Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, op. cit., págs. 200 y sigs; JAKOBS, Günther, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, op. cit., pág. 41 y sigs; POLAINO-ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma. El potencial de sentido de un concepto”, op. cit., págs. 84 y sigs. Cfr. HASSEMER, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, op. cit., págs. 25, 28, 30 y 35.

¹⁷⁶³ K. MERTON, Robert, *Teoría y estructura sociales*, op. cit., pág. 137: “esa actitud de hostilidad el infractor de la ley tiene la única ventaja...de unir a todos los individuos de la comunidad en la solidaridad emocional de la agresión. Aunque los esfuerzos humanitarios más admirables van seguramente contra los intereses individuales de muchos individuos de la comunidad, o no despiertan el interés ni la imaginación de la multitud y dejan a la comunidad dividida e indiferente, el grito de ladrón o asesino armoniza con complejos profundos, situados por debajo de la superficie de los esfuerzos de individuos competidores, y los ciudadanos que estuvieron separados por intereses divergentes se unen contra el enemigo común”.

¹⁷⁶⁴ Cfr. POLAINO-ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma. El potencial de sentido de un concepto”, op. cit., pág. 83 y 85.

¹⁷⁶⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, op. cit., págs. 200 y sigs.

¹⁷⁶⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma. El potencial de sentido de un concepto”, op. cit., pág. 85.

¹⁷⁶⁷ Cfr. K. MERTON, Robert, *Teoría y estructura sociales*, op. cit., págs. 140 y sigs.

¹⁷⁶⁸ K. MERTON, Robert, *Teoría y estructura sociales*, op. cit., pág. 146: las funciones latentes introducen un incremento cualitativamente diferente en el estado previo de los conocimientos.

CAPÍTULO VI

IMPUTACIÓN SUBJETIVA

I. Culpabilidad en el injusto del secuestro

Como requisitos positivos de la culpabilidad se pueden reconocer cuatro elementos necesarios y cumulativos: el primero requiere que el autor se haya comportado antijurídicamente; el segundo, que el autor sea imputable, es decir, un sujeto con capacidad de comprender el sentido de la norma; el tercero, que actúe no respetando la validez de las normas habiendo podido hacerlo, y por último, según la clase de delito, a veces han de concurrir especialmente elementos de la culpabilidad¹⁷⁶⁹. A continuación desglosaré los singulares elementos mencionados de la culpabilidad.

A) Aproximación al principio de culpabilidad y pena en el injusto del secuestro

Se ha definido¹⁷⁷⁰ el principio de culpabilidad como aquel que tiene un significado para la pena estatal, fundamentado en la comprobación de que al autor le puede ser reprochable personalmente su hecho. Por ello, de este principio se deduce, de un lado, que la pena presupone siempre la culpabilidad, de modo que quien actúa sin ella no puede ser castigado (exclusión de la responsabilidad por el resultado); y, de otro, que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad (determinación de la pena en el marco del límite superior de la culpabilidad)¹⁷⁷¹. La esencia de la culpabilidad no es vista, por ello, en un defecto del carácter adquirido por una mala conducción de la vida (culpabilidad por modo de vida), sino en que el autor en la situación concreta no se ha avenido a

¹⁷⁶⁹ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 567; ID., “El lado subjetivo del hecho”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, en María Eloísa QUINTERO / Miguel POLAINO-ORTS (Coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2ª. edic., Editorial Flores editor, México, D.F., 2012, págs. 45 y 46. En un sentido equivalente, véase a CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 911 y 912; CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho penal. Parte general*, 3ª. edic, Editorial Tecnos, Madrid, 2015, págs. 126 y 126.

¹⁷⁷⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 24 y 25.

¹⁷⁷¹ Cfr. JAKOBS, Günther, “Culpabilidad y prevención”, traducción del alemán por Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 74.

las exigencias del Derecho, a pesar de que ello habría sido posible (culpabilidad por el hecho)¹⁷⁷².

De acuerdo con lo anterior, la culpabilidad es fundamento jurídico para la determinación de la pena¹⁷⁷³, pero el principio de culpabilidad tiene una función de protección, así al propio autor del injusto, que lo vuelve garantista¹⁷⁷⁴, ya que delimita el exceso de la intervención del Estado con el autor del injusto¹⁷⁷⁵. La pena presupone un veredicto de culpabilidad previo expresado mediante el juicio de reproche jurídico-penal¹⁷⁷⁶, por el que se reprocha al autor del injusto su

¹⁷⁷² En un sentido equivalente véase, CÓRDOBA RODA, Juan, *Culpabilidad y pena*, Editorial Bosch, Barcelona, 1977, págs. 18 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos científicos del Derecho penal*, tomo I, puesta al día con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, 6ª. edic., Editorial Bosch, Barcelona, 2008, pág. 156; MIR PUIG, Santiago, *Bases constitucionales del Derecho penal*, Colección biblioteca básica de Derecho penal y ciencias penales, Núm. 1, Editorial Iustel, Madrid, 2011, págs. 125 y sigs.; ARROYO ZAPATERO, Luis, “El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea”, *RP*, número 3, Barcelona, 1999, págs. 6 y sigs;

¹⁷⁷³ Vid. BINDING, Karl, *La culpabilidad en Derecho penal*, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, y estudio preliminar de Germán ALLER, Editorial B de F, Buenos Aires, 2009, pág. 5. Cfr. ACHENBACH, Hans, “Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad”, traducción del alemán por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, en Bernd SHÜNEMANN (Compilador), *El sistema moderno del Derecho Penal, cuestiones fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pág. 138; SANZ MORÁN, Ángel, “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena”, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, págs. 148 y sigs; MAÑALICH R., Juan Pablo, “Determinismo, autonomía y responsabilidad penal”, en Urs KINDHÄSER / Juan Pablo MAÑALICH R., *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pág. 204, citando a Klaus GÜNTHER, quien establece que hacer descansar el principio de culpabilidad en la función de la pena resulta ser una empresa viciosamente circular.

¹⁷⁷⁴ Jakobs GÜNTHER: “el principio de culpabilidad garantiza que las decisiones particulares sobre la culpabilidad no puedan dejar responder a las exigencias del sistema de exculpación e inculpación que se practica en general. Se trata, pues, de un caso particular de la prohibición de la arbitrariedad. Tampoco en relación con la medida de la pena aporta el principio de culpabilidad nada que vaya más allá de la prohibición de arbitrariedad.” JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 589. Como también, SHÜNEMANN, Bernd, “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”, traducción del alemán por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, en Bernd SHÜNEMANN (Compilador), *El sistema moderno del Derecho Penal, cuestiones fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, págs. 163, 164, 165, 174 y 178; RUSCONI, Maximiliano Adolfo, *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho penal moderno. Principio de culpabilidad. Víctima e ilícito penal. Riesgo permitido. El comportamiento alternativo conforme a Derecho. Responsabilidad de las personas jurídicas. In dubio pro reo*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1997, págs. 25 y 31.

¹⁷⁷⁵ Jakobs GÜNTHER, “el principio de culpabilidad no sólo de los principios generales del Estado de Derecho material, sino además específicamente de la obligación de respetar la dignidad humana. Dicho brevemente: la prohibición de vulnerar la dignidad debe limitar la optimización de la utilización de la pena”. JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 365.

¹⁷⁷⁶ Vid. KINDHÄUSER, Urs, “Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho”, traducción del alemán por Juan Pablo MAÑALICH R., en Urs KINDHÄSER / Juan Pablo

determinación a no haber actuado conforme a derecho, es decir, haberse decidido por el injusto, en nuestro caso se auto-determina a realizar el injusto del secuestro¹⁷⁷⁷, a pesar de haber podido y debido evitado la realización del mismo¹⁷⁷⁸, defraudando de esta forma la expectativa¹⁷⁷⁹ del entorno social¹⁷⁸⁰ jurídicamente protegida. Sin el principio de culpabilidad se comunicaría un déficit¹⁷⁸¹ de estabilidad normativa entre el Estado y la ciudadanía, pues la función de este juicio de reproche es determinar la culpabilidad o exculpación¹⁷⁸² del autor del injusto¹⁷⁸³, a fin de restablecer la validez de la norma quebrada.

MAÑALICH R, *Pena y culpabilidad en el estado democrático de Derecho*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pág. 214.

¹⁷⁷⁷ En un sentido equivalente, pero apegando al sistema finalista, véase a CARRANZA PIÑA, Jorge Eduardo, *La inculpabilidad y la exigibilidad penal*, 2ª. edic., Editorial Leyer, Bogotá, 2012, pág. 179.

¹⁷⁷⁸ Vid. JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”, op. cit., pág. 372; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 25, 26 y 437; MAÑALICH R., Juan Pablo, “Determinismo, autonomía y responsabilidad penal”, op. cit., págs. 183 y sigs.

¹⁷⁷⁹ Para Peter F. Strawson, “una expectativa es una demanda de manifestación de un cierto grado de buena voluntad y compromiso por parte de los demás seres humanos hacia nosotros mismos; o, cuando menos, descansa sobre la expectativa y la demanda de que no se manifestará mala voluntad activa no desinterés o indiferencia”. STRAWSON, Peter F., *Libertad y resentimiento*, traducción del inglés por Juan José ACERO, Editorial Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1995, pág. 54.

¹⁷⁸⁰ En una postura equivalente pero encaminada a las razones de prevención y política criminal, es decir, la misión del Estado de asegurar la convivencia en paz y libertad, que hacen indispensable el castigo. Véase a ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, traducción del alemán por Francisco MUÑOZ CONDE, Editorial Reus, Madrid, 1981, págs. 189 y sigs. Cfr. STRATENWERTH, Günter, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, traducción del alemán por Enrique BACIGALUPO con la colaboración de Agustín ZUGALDÍA ESPINAR, Editorial Publicación del instituto de criminología de la universidad complutense de Madrid, 1980, pág. 112; SHÜNEMANN, Bernd, “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”, op. cit., págs. 162 y 167.

¹⁷⁸¹ Hans Heinrich JESCHECK, describiendo la teoría funcional de la culpabilidad de Günter JAKOBS, menciona que la culpabilidad para JAKOBS reside en “un déficit en la motivación jurídica del autor”. JESCHECK, Hans Heinrich, “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”, traducción del alemán por Patricia ESQUINAS VALVERDE, *RECPC* 05/2003, pág. 14. (Accesible en <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01.pdf>).

¹⁷⁸² Para Urs KINDHÄUSER, “el principio de culpabilidad sólo es favorable en un sentido negativo, asegurando que aquel respeto de quien se satisfacen los presupuestos de una causa de exclusión de la culpabilidad legalmente reconocida no sea condenado en caso de que esto -por la razón que fuera- pudiese ser socialmente ventajoso”. KINDHÄUSER, Urs, “Culpabilidad jurídico-penal en el estado democrático de Derecho”, op. cit., págs. 229 y sigs. En una postura equivalente, pero encaminada a los bienes jurídicos, es decir, el principio de culpabilidad es limitador en campo de acción del estado entre lo punible y no punible. SHÜNEMANN, Bernd, “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”, op. cit., págs. 163 y 164. Cfr. RUSCONI, Maximiliano Adolfo, *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho penal moderno*, op. cit., pág. 22.

¹⁷⁸³ Vid. STRATENWERTH, Günter, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, op. cit., pág. 119; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 163.

B) El injusto del secuestro como presupuesto de responsabilidad del autor del comportamiento antijurídico

La división entre antijuricidad y culpabilidad ha suscitado un punto de discusiones doctrinales y planteamientos dogmáticos¹⁷⁸⁴. Así, se ha manifestado que la antijuricidad es un juicio sobre el comportamiento del autor, sobre sus hechos, a la luz del Ordenamiento jurídico. Se trata de una valoración objetiva, en el sentido de que la valoración objetiva característica del Derecho (al Derecho sólo le concierne lo que afecta a la convivencia; en este sentido se emplea aquí el término “objetivo”) recae sobre un objeto, es decir, sobre unos hechos exteriores que lesionan a ponen en peligro los bienes jurídicos (incluida la representación psicológica y de sentido de tales hechos), prescindiendo de toda consideración sobre el sujeto que los ha llevado a cabo¹⁷⁸⁵. En cambio, la culpabilidad es un juicio sobre el autor de ese comportamiento por haberlo realizado pase a conocer, o haber podido conocer, que estaba prohibido¹⁷⁸⁶. Sin embargo, en palabras de Günther JAKOBS, “el injusto en su totalidad pertenece al tipo de culpabilidad, puesto que constituye la objetivación, necesaria para imputar, del defecto de motivación. Cuando se maneja un concepto de tipo de culpabilidad, se considera al injusto como parte del tipo de culpabilidad en principio únicamente a través de la relación subjetiva del autor con éste (conocimiento o cognoscibilidad del injusto). En contra ha de señalarse que, dado que la culpabilidad por un «injusto» exclusivamente subjetivo no es una culpabilidad jurídica, la integración del injusto sería ineludible. El autor no está defectuosamente motivado sólo según su parecer, sino con arreglo a su comportamiento. No hay que temer que con la integración del injusto en el tipo de culpabilidad se defuminen los límites entre

¹⁷⁸⁴ Vid. GALLAS, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, op. cit., págs. 4, 61 y sigs; ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, traducción del alemán por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Editorial Reus, Madrid, 1976, págs. 200 y sigs; ID., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, op. cit., págs. 187 y sigs; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “El concepto individual de culpabilidad”, *ADPCP*, tomo 37, Fascículo II, Madrid, 1985, págs. 285 y sigs; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 456; SANZ MORÁN, Ángel José, “Teoría general de la justificación”, *RP*, número 05, Barcelona, 2000, págs. 74-77; ID., “Naturaleza del sistema de justificación”, en Juan Carlos CARBONELL MATEU (Dir.) y Lucía MARTÍNEZ GARAY (Coord.), *La justificación penal. Balance y perspectivas*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 38; PAWLIK, Michael, “¿El paso más importante de la Dogmática de la última generación? Reflexiones para la diferenciación entre injusto y culpabilidad en Derecho penal”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, págs. 109 y sigs.

¹⁷⁸⁵ En un sentido equivalente, RIGHI, Esteban, *La culpabilidad en materia penal*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2003, pág. 102.

¹⁷⁸⁶ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “El concepto individual de culpabilidad”, op. cit., pág. 285; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, op. cit., pág. 180; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 456. En el mismo sentido, CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., pág. 909; CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho penal*, op. cit., pág. 125.

injusto y culpabilidad, porque todos los elementos del injusto se integran en la culpabilidad sólo por su cualidad de elementos del injusto”¹⁷⁸⁷.

El sujeto activo del injusto del secuestro actúa culpablemente al infringir la vigencia de la norma prohibida del mismo, en razón a que realiza una acción comunicativa de autodeterminación a lesionar el bien jurídico o poner el peligro la libertad ambulatoria, incurriendo en un déficit de fidelidad al derecho, al poner en duda la vigencia normativa del secuestro, al cometer el hecho antijurídico¹⁷⁸⁸, menoscabando la libertad ambulatorio de terceros, y poniendo en duda la vigencia normativa del entorno social¹⁷⁸⁹. El secuestro requiere la determinación del sujeto activo a quebrantar la vigencia normativa del entorno social, ya que con su acción comunicativa confronta la expectativa social de funcionamiento del sistema¹⁷⁹⁰, realizando un acto locucionario¹⁷⁹¹ de enfrentamiento al sistema social del entorno¹⁷⁹², en el establece pautas de desacuerdo con el sistema, con la contrariedad de los roles de persona y de ciudadano¹⁷⁹³, porque rompe el sistema

¹⁷⁸⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 596. También véase la página 598 del mismo autor y libro. Cfr. PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la penas*, Editorial Universidad autónoma de Madrid, Madrid, 1986, págs. 168 y sigs.

¹⁷⁸⁸ En una postura equivalente, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 171.

¹⁷⁸⁹ Para Karl BINDING, “la contrariedad a la norma de prohibición o de mandato convierte al hecho en antijurídico”. BINDING, Karl, *La culpabilidad en Derecho penal*, op. cit., pág. 8. En un sentido equivalente, JAKOBS, Günther, “Culpabilidad y prevención”, op. cit., pág. 85; JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”, op. cit., págs. 374 y 375; PAWLIK, Michael, “¿El paso más importante de la Dogmática de la última generación? Reflexiones para la diferenciación entre injusto y culpabilidad en Derecho penal”, op. cit., pág. 127; CARRANZA PIÑA, Jorge Eduardo, *La inculpabilidad y la exigibilidad penal*, op. cit., págs. 165 y 164. Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “Aproximación a la culpabilidad como elemento del delito. Libre albedrío y determinismo. Finalismo. Funcionalismo. Evolución del concepto dogmático”, en Andrés MARTÍNEZ ARRIETA (Director), *Psiquiatría criminal y comportamientos violentos*, Editorial Consejo general del poder judicial, Madrid, 2005, págs. 37 y sigs.

¹⁷⁹⁰ PAWLIK, Michael, “¿El paso más importante de la Dogmática de la última Generación? Reflexiones para la diferenciación entre injusto y culpabilidad en Derecho penal”, op. cit., pág. 127. Cfr. RUSCONI, Maximiliano Adolfo, *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho penal moderno*, op. cit., pág. 30.

¹⁷⁹¹ Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, “El sentido de las palabras en Derecho penal”, op. cit., págs. 51 y sigs; MAÑALICH R., Juan Pablo, “Retribucionismo expresivo. Acerca de la fundamentación comunicativa de la pena”, en Urs KINDHÄSER / Juan Pablo MAÑALICH R, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011, págs. 51 y sigs. ID., “Retribucionismo expresivo. Acerca de la fundamentación comunicativa de la pena”, en Urs KINDHÄSER / Juan Pablo MAÑALICH R, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial Ara, Lima 2009, págs. 59 y sigs.

¹⁷⁹² Vid. KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, traducción del alemán por Percy GARCÍA CAVERO con la revisión de Juan Pablo MAÑALICH R, en Urs KINDHÄSER / Juan Pablo MAÑALICH R, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2011, págs. 73 y 74.

¹⁷⁹³ Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, Colección de dogmática penal, Núm. 8, Editorial Ara, Lima, 2012, págs. 72 y sigs.; ID., *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*, Editorial Flores editores, México, D.F., 2013, ppágs. 65 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel,

contra-fáctico de comunicación con el entorno social al crear una tangente inversa en la comunicación del sistema¹⁷⁹⁴. La culpabilidad estriba en el objeto de conciencia de la ilicitud del hecho, no es el contenido de la proposición jurídica infringida o de la punibilidad del hecho, ya que es suficiente que el autor sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden comunitario jurídicamente establecidas¹⁷⁹⁵.

En conclusión, lo que se reprocha al sujeto activo es la no evitabilidad¹⁷⁹⁶ del injusto del secuestro, toda vez que existen otros medios para confrontar la validez de la norma del secuestro¹⁷⁹⁷, y aun así, si el sujeto se encontrara en un supuesto de error de prohibición, no cabría implicarlo, porque la norma que tutela el injusto del secuestro es una norma nuclear¹⁷⁹⁸ que ayuda al establecimiento normativo y funcionalidad del sistema y del entorno social¹⁷⁹⁹, ya que sin libertad ambulatoria no existiría la fungibilidad de la interacción social.

“Autodeterminación personal y libertad. Implicaciones jurídico-penales”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS / José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO / Juan C. GEMIGNANI, en *Legitimación del Derecho penal*, Editorial Ara, Lima, 2012, págs. 90 y sigs; IDS., “Libertad como autodeterminación personal en Derecho penal”, en Francisco Javier ALVAREZ GARCÍA / Miguel Ángel COBOS GÓMEZ DE LINARES / Pilar GÓMEZ PAVÓN / Araceli MANJÓN-CABEZA OLMEDA / Amparo MARTÍNEZ GUERRA (Coords.), *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2013, págs. 169 y sigs; KINDHÄUSER, Urs / MAÑALICH R., Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011, págs. 77 y sigs, 122 y sigs, 206 y 207.

¹⁷⁹⁴ Véase el apartado del capítulo IV acción típica, en la introducción del capítulo mencionado. Cfr. ZACZYK, Rainer, “Sobre el fundamento del vínculo entre injusto personal, culpabilidad y pena”, traducción del alemán por Nuria PASTOR MUÑOZ, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT / Nathalia Elena BAUTISTA PIZARRO / José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS (Compiladores), *Libertad, Derecho y fundamentación de la pena*, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2010, págs. 163 y sigs; ZACZYK, Rainer, “La culpabilidad como concepto jurídico”, traducción del alemán por Nathalia Elena BAUTISTA PIZARRO, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT / Nathalia Elena BAUTISTA PIZARRO / José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS (Compiladores), *Libertad, Derecho y fundamentación de la pena*, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2010, pág. 181.

¹⁷⁹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 487 y 488.

¹⁷⁹⁶ Cfr. ACHENBACH, Hans, “Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad”, op. cit., pág. 138.

¹⁷⁹⁷ Vid. JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”, op. cit., págs. 383 y 384.

¹⁷⁹⁸ Vid. PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención*, op. cit., pág. 165.

¹⁷⁹⁹ Cfr. SHÜNEMANN, Bernd, “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”, op. cit., pág. 167.

C) Imputabilidad en el secuestro

La imputabilidad penal es la capacidad subjetiva de culpabilidad en función de las facultades cognitivas y volitivas¹⁸⁰⁰ del sujeto activo de conocer y comprender la norma. Es imputable quien tiene idoneidad para responder de la realización del injusto penal, en la medida en que puede comprender el sentido de la norma y autodeterminarse conforme al mismo. Y en contraposición al sujeto imputable, es inimputable¹⁸⁰¹ quien adolece de un déficit cognitivo de la comprensión normativa¹⁸⁰².

El autor de una defraudación normativa será considerado imputable, cuando el Estado de derecho reconozca que es un miembro de la sociedad, mediante reconocimiento de sus dos roles, es decir, los roles de ciudadano y persona, que van anclados al concepto de persona social¹⁸⁰³, ya que se considera a la persona como un ente social con derechos y deberes¹⁸⁰⁴ ante el entorno social. La actitud de la persona en derecho, mediante la dinámica de su estatus de ciudadano (rol de ciudadano)¹⁸⁰⁵ en el ejercicio de su esfera de autonomía

¹⁸⁰⁰ Sobre las distinciones entre defectos cognitivos y volitivos, véase a JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”, op. cit., págs. 367 y sigs; JAKOBS, Günther, “El lado subjetivo del hecho”, op. cit., 2012, págs. 49 y sigs.

¹⁸⁰¹ Vid. PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención*, op. cit., págs. 163 y 164; STRAWSON, Peter F., *Libertad y resentimiento*, op. cit., págs. 45 y sigs; JAKOBS, Günther, “El lado subjetivo del hecho”, op. cit., págs. 58 y 59; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs”, en María Eloísa QUINTERO / Miguel POLAINO-ORTS (Coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2ª. edic., Editorial Flores editor, México, D.F., 2012, pág. 101.

¹⁸⁰² Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., págs. 598 y sigs; ID., *El Derecho penal como disciplina científica*, op. cit., págs. 91 y sigs; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 465 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 157. En un sentido equivalente, asimismo, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 164, 165 y 166.

¹⁸⁰³ Véase a HABERMAS, Jürgen, “Reconciliación mediante el uso público de la razón”, traducción del alemán por Gerard VILAR ROCA, en Jürgen HABERMAS / John RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, Editorial Paidós, Barcelona- Buenos Aires- México, 1998, págs. 69 y 70. Para Urs KINDHÄUSER, “la persona jurídica penalmente relevante se define por referencia a dos roles, el de destinatario de la norma, por una parte, y el de sujeto que interviene en la producción de la norma, por otra.”. Vid. KINDHÄUSER, Urs, “Retribución de culpabilidad y pena”, traducción del alemán por Nuria PASTOR, en Urs KINDHÄUSER / Juan Pablo MAÑALICH R, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2011, págs. 163 y 164.

¹⁸⁰⁴ Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, op. cit., págs. 43, 44 y 45; JAKOBS, Günther, “El lado subjetivo del hecho”, op. cit., pág. 59; ID., “Prólogo”, traducción del alemán por Miguel POLAINO-ORTS, en JAKOBS, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal. Expectativas normativas, intervención delictiva, Derecho penal del enemigo*, Editorial Servi-Copy, Sevilla, 2014, pág. 6; ID., “Expectativas normativas”, traducción del alemán por José Antonio CARO JOHN, en JAKOBS, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal. Expectativas normativas, intervención delictiva, Derecho penal del enemigo*, Editorial Servi-Copy, Sevilla, 2014, pág. 53.

¹⁸⁰⁵ Vid. JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”, op. cit., pág. 387.

pública¹⁸⁰⁶, es lícita. Sin embargo, cuando el sujeto se comporta en el contexto de su rol¹⁸⁰⁷ de persona privada, es decir, en el ejercicio de su esfera de autonomía privada, donde tiene la obligación de lealtad normativa o fidelidad al derecho para el desarrollo del entorno social y del sistema social, puede infringir la norma o poner en duda su vigencia, pues tiene la capacidad de autodeterminación de infringir la vigencia de la norma o seguirla¹⁸⁰⁸, y al quebrantar la norma crea una tangente inversa al sistema social, por lo que el reproche de culpabilidad se fundamentará si el que no reconoce la norma como eficaz y obligatoria para las relaciones del entorno social¹⁸⁰⁹ pudo participar mediante su rol de ciudadano en el procedimiento de adopción de la norma; la exigencia de legalidad de la norma de comportamiento cumple la función inversa a la de la exigencia de legalidad de la norma de sanción, restaurando el orden social y normativo, por ello, el sujeto imputable es una persona definida como un igual¹⁸¹⁰, al existir una igualdad entre los miembros de la sociedad, ya que el concepto de persona adquiere una relevancia social con derechos y obligaciones¹⁸¹¹.

Por ello, el sujeto imputable en el Derecho penal debe ser un sujeto que tiene las dos cualidades de la persona social, es decir, el rol de ciudadano y el rol de persona, por eso, se exige que el sujeto imputable sea un mayor de edad (18 años cumplidos), pues para tener el estatus de ciudadano se requiere un mínimo de edad requerido para participar en la comunicación lícita de aprobación de normas jurídicas de utilidad para sociedad, por lo que el sujeto tiene la capacidad

¹⁸⁰⁶ “La autonomía pública de la persona deliberativa en tanto ciudadano es lo único que justifica la pretensión de vinculación a la norma que puede esgrimirse frente a la persona deliberativa que, en su dimensión de autonomía privada, se puede posicionar como persona de Derecho (*Rechtsperson*), esto es, como destinataria de la norma... Como ciudadano, la persona deliberativa tiene Derechos a rechazar la norma y a participar en el procedimiento democrático abogando por su supresión o modificación. Pero la persona deliberativa no puede invocar este Derecho cuando, en su rol de persona de Derecho, se encuentra en una situación en que está inmediatamente obligada a seguir la norma”. MAÑALICH R., Juan Pablo, “Pena y ciudadanía” en Urs KINDHÄSER / Juan Pablo MAÑALICH R., *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2011, págs. 120, 122 y 123.

¹⁸⁰⁷ Vid. JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”, op. cit., pág. 370.

¹⁸⁰⁸ Para Miguel POLAINO-ORTS, el ciudadano que se siente motivado por la norma, puede cometer un injusto (delito), pero dicho injusto, será considerado como un desliz normativo, es decir, una comunicación defectuosa en forma de delito. POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, op. cit., pág. 55. También véase a JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”, op. cit., págs. 382 y 386; JAKOBS, Günther, “El lado subjetivo del hecho”, op. cit., págs. 45 y 46. Cfr. SHÜNEMANN, Bernd, “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”, op. cit., pág. 154.

¹⁸⁰⁹ Vid. JESCHECK, Hans Heinrich, “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”, op. cit., pág. 14.

¹⁸¹⁰ Vid. PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención*, op. cit., pág. 163.

¹⁸¹¹ Vid. JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”, op. cit., págs. 385, 386 y 392; MAÑALICH R., Juan Pablo, “Determinismo, autonomía y responsabilidad penal”, op. cit., págs. 206 y 207; KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, op. cit., págs. 77 y sigs; KINDHÄUSER, Urs, “Culpabilidad jurídico-penal en el estado democrático de Derecho”, op. cit., pág. 213. Cfr. STRATENWERTH, Günter, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, op. cit., págs. 105 y sigs.

cognitiva y volitiva para determinar su comunicación con el entorno social, participando en el sistema de determinismo¹⁸¹² normativo¹⁸¹³.

Sin embargo, el injusto lo realiza el sujeto activo en el ámbito del ejercicio de su rol de persona, poniendo en práctica su esfera de autonomía privada, infringiendo la vigencia normativa de la norma, que en este caso es la norma que tutela el injusto de secuestro, pues comunica que no está de acuerdo con la norma de protección para el entorno social¹⁸¹⁴, y la consecuencia que contrae la realización del injusto, es que el quebrantador de la norma se convierte en un proscrito¹⁸¹⁵, ante el entorno social, por su déficit de lealtad normativo¹⁸¹⁶. Por ello, el reproche de la culpabilidad se dirige a la persona de derecho, en tanto destinatario obligado al seguimiento de la norma. Pero este reproche sólo es legítimo bajo la condición de que la persona haya tenido la posibilidad de tomar parte, como ciudadano, en el procedimiento de democrático en el cual se establece y se revisa la validez de la norma¹⁸¹⁷.

En conclusión, la capacidad de culpabilidad, o mejor dicho, imputabilidad determina el margen a partir del cual un sujeto es reconocido como posible destinatario de un reproche jurídico por falta de lealtad comunicativa¹⁸¹⁸.

¹⁸¹² Vid. STRAWSON, Peter F., *Libertad y resentimiento*, op. cit., págs. 37 y sigs.

¹⁸¹³ Vid. JAKOBS, Günther, “Discurso. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, traducción del alemán por Miguel POLAINO-ORTS, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE, *El Derecho penal antes las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política-criminal*, Editorial Flores editor, México, D.F., 2006, pág. 45; POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, op. cit., págs. 44 y 45. Cfr. SANZ MORÁN, Ángel, “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena”, op. cit., pág. 153.

¹⁸¹⁴ Vid. JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”, op. cit., págs. 387 y 388; POLAINO-ORTS, Miguel, “Introducción. Günther Jakobs y el funcionalismo jurídico-penal”, en JAKOBS, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal. Expectativas normativas, intervención delictiva, Derecho penal del enemigo*, traducción del alemán de Miguel POLAINO-ORTS / José Antonio CARO JOHN, Editorial Servi-Copy, Sevilla, 2014, pág. 38.

¹⁸¹⁵ Para Günther JAKOBS, “el estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico”. JAKOBS, Günther, “Discurso. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, op. cit., pág. 41.

¹⁸¹⁶ Vid. KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, op. cit., pág. 73.

¹⁸¹⁷ MAÑALICH R., Juan Pablo, “Pena y ciudadanía”, op. cit., pág. 134. ID., “Pena y ciudadanía”, en Urs KINDHÄSER / Juan Pablo MAÑALICH R, *Pena y culpabilidad en el estado democrático de Derecho*, Editorial Ara, Lima 2009, págs. 137 y sigs; KINDHÄUSER, Urs, “Retribución de culpabilidad y pena”, op. cit., págs. 165 y 166. Cfr. SHÜNEMANN, Bernd, “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”, op. cit., pág. 160.

¹⁸¹⁸ Vid. JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”, op. cit., pág. 384; MAÑALICH R., Juan Pablo, “Pena y ciudadanía”, op. cit., pág. 124.

D) Culpabilidad como comunicación y su relevancia contrafáctica en el tipo de secuestro

La culpabilidad es el juicio de reproche del injusto del sujeto activo que quebrantó la normativa penal¹⁸¹⁹. La categoría de la culpabilidad como un juicio de reproche sobre el injusto perpetrado por el sujeto activo expresa comunicación contra-fáctica entre el quebrantador y el Estado, pues el juzgador valora la comunicación defectuosa del quebrantador, para reconstruir la comunicación normativa con el entorno social.

El reproche de culpabilidad tiene una connotación de acto de habla normativo (o regulativo), ya que define una pretensión de rectitud normativa. El hablante que formula un reproche presupone un horizonte normativo que lo vincula con el destinatario de su acto de habla. Este reproche jurídico-penal, como acto de comunicación, está ligado con la validez de la norma quebrantada por el sujeto activo, a quien se le reprocha la vinculación contra-fáctica a la normativa¹⁸²⁰. En la teoría de la acción comunicativa y de los actos del habla, el reproche de culpabilidad es un acto ilocucionario. Para la emisión del reproche, se necesita reprochar el injusto al sujeto activo, mediante un veredicto por el que se declara responsable a quien infringió la vigencia de la norma, realizando un acto de comunicación de desacuerdo normativo¹⁸²¹. Por ello, el éxito ilocucionario del reproche de culpabilidad es condicionado por el acto veredictivo (veredicto de culpabilidad), es decir, una pretensión de verdad legal¹⁸²² sobre el contenido del injusto, pues la fuerza ilocucionaria del reproche jurídico-penal también está vinculada a la norma, ya que el reproche de culpabilidad conlleva la restauración de la norma quebrantada, corrigiendo el flujo de comunicación con el entorno social¹⁸²³. El reprocharle al sujeto activo

¹⁸¹⁹ Vid. JESCHECK, Hans Heinrich, “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”, op. cit., pág. 14.

¹⁸²⁰ MAÑALICH R., Juan Pablo, “Pena y ciudadanía”, op. cit., pág. 136.

¹⁸²¹ MAÑALICH R., Juan Pablo, “Retribucionismo expresivo. Acerca de la fundamentación comunicativa de la pena”, op. cit., págs. 52 y sigs. Como también, JAKOBS, Günther, *El Derecho penal como disciplina científica*, op. cit., pág. 97.

¹⁸²² “Las pretensiones de verdad y la validez expresa, al mismo tiempo, que la realidad y la validez no se pueden descubrir mediante el engaño o las manipulaciones de la opinión. Con la admisión de un diálogo racional se reconoce de manera implícita el principio de que solamente vale la coacción del mejor argumento. Éste es el principio discursivo de la igualdad de Derecho y de la corresponsabilidad solidaria de todos los intervinientes. Este reconocimiento no supone asumir que este principio ya está realizado, sino sólo que ha de ser considerado como idea regulativa del entendimiento comunicativo es presupuesto contrafácticamente como condición de posibilidad- y bien de la única posibilidad- para soluciones pacíficas a los conflictos de intereses”. KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, op. cit., pág. 88.

¹⁸²³ Para Urs KINDHÄUSER: “el reproche de la culpabilidad debe tener por objeto algo más que la falta de una conformación externa con las reglas. Lo que se requiere es poder ofrecer una vinculación interna entre la norma y su destinatario para fundamentar la culpabilidad material, sobre todo si solamente así puede explicarse el comportamiento emocional de la defraudación que produce el quebrantamiento de la norma”. KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, op. cit., págs. 78 y 79.

por haber actuado infringiendo la norma necesariamente presupone que la norma bajo la cual el comportamiento ha de calificarse como incorrecto o contrario a la norma, por lo que ello, el reproche jurídico-penal ha de materializarse en la irrogación de la estabilidad normativa, retornando el flujo de comunicación contrafáctica con el entorno social, mediante la institución¹⁸²⁴ de la pena¹⁸²⁵.

El reproche jurídico-penal en el secuestro, como un acto de comunicación en la teoría de los actos del habla, exige que el mismo sea realizado entre el hablante (Estado) y el oyente (autor del injusto), en donde el hablante (Estado) persigue el éxito ilocucionario de su acto de habla (reproche de culpabilidad), para lo que requiere que el oyente (infractor de la norma) reconozca la pretensión de validez de la norma quebrantada, que en este caso es una norma nuclear para el entorno social. El hablante (Estado) persigue la producción de efecto perlocutorio en el oyente (autor de injusto), de modo que la base lingüística de la norma como deber negativo retome su validez normativa, retornando el vínculo de comunicación con el entorno social, mediante la determinación de una pena que presupone el vínculo de estabilidad normativa¹⁸²⁶ con el entorno social determinante de la prevención general¹⁸²⁷ de la norma en el entorno social¹⁸²⁸.

E) Fidelidad al Derecho como elemento de la culpabilidad

La categoría de la fidelidad al derecho no es una contra-prestación autónoma del Estado, sino que se encuentra fundamentada en la autonomía participativa de la comprensión comunicativa de las normas, en el sentido de la imputación a la culpabilidad de la persona en derecho mediante su rol de

¹⁸²⁴ Vid. JESCHECK, Hans Heinrich, “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”, op. cit., pág. 14; MAÑALICH R., Juan Pablo, “Retribucionismo expresivo. Acerca de la fundamentación comunicativa de la pena”, op. cit., págs. 55 y sigs; KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, op. cit., págs. 85 y 87; MAÑALICH R., Juan Pablo, “Pena y ciudadanía”, op. cit., pág. 127; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs”, op. cit., pág. 101.

¹⁸²⁵ Peter F. STRAWSON afirma: “el sufrimiento es, más bien, la consecuencia de que se le sigue considerando miembro de la comunidad moral. Por el contrario, salvajes o civilizados, tenemos alguna creencia en la utilidad de las prácticas de condena y castigo”. STRAWSON, Peter F., *Libertad y resentimiento*, op. cit., págs. 63 y 64.

¹⁸²⁶ Vid. JAKOBS, Günther, “El lado subjetivo del hecho”, op. cit., pág. 57.

¹⁸²⁷ Cfr. PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención*, op. cit., pág. 173 y 174.

¹⁸²⁸ Vid. MAÑALICH R., Juan Pablo, “Pena y ciudadanía”, op. cit., pág. 130 y sigs. Con respeto a la culpabilidad, pena y prevención general, véase a JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 584; JAKOBS, Günther, “Culpabilidad y prevención”, op. cit., págs. 78 y 79; JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”, op. cit., págs. 383 y 385. Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich, “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”, op. cit., págs. 14 y 15.

ciudadano. Aquí es donde se fundamenta la teoría normativa de la sociedad que contrapone el rol del ciudadano¹⁸²⁹ y el comunitarismo¹⁸³⁰.

Como ha señalado KINDHÄUSER, la fidelidad al derecho quiere decir virtud ciudadana, en el sentido de un compromiso éticamente fundamentado, en una sociedad constituida jurídicamente de la que es parte¹⁸³¹ la persona en derecho. La relación intrínseca entre Estado y ciudadano se refleja en el juicio de reproche jurídico penal (culpabilidad¹⁸³²), ya que expresa una falta de fidelidad al derecho¹⁸³³, es decir, un déficit de lealtad comunicativa¹⁸³⁴, y este reproche posibilita el entendimiento normativo entre los ciudadanos del entorno social y el

¹⁸²⁹ Vid. JAKOBS, Günther, “Culpabilidad y prevención”, op. cit., pág. 86; KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, op. cit., pág. 79.

¹⁸³⁰ “El comunitarismo no entiende al individuo ahistórico y atomísticamente, sino como un ser que pertenece a una sociedad concreta en una época concreta. Su identidad no es una dimensión lógica o temporalmente previa a la sociedad, sino que desde el principio está constituida socialmente. El establecimiento de la identidad individual a través de la sociedad fundamenta una compenetración entre el individuo y la sociedad en el sentido de una comunicación de la que resultan las correspondientes obligaciones de favorecer al bien común. Evidentemente, es esencial que la sociedad en cuestión esté constituida democráticamente, puesto que sólo en una democracia puede fundamentarse para todos la obligación de favorecer el bien de todos a partir de la participación en el poder”. KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, op. cit., pág. 81.

¹⁸³¹ KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, op. cit., pág. 82. En el mismo, Juan Pablo MAÑALICH R. afirma que la “fidelidad al Derecho ha de ser vista como una preferencia personal del agente que es miembro de una comunicación política democráticamente constituida”. MAÑALICH R., Juan Pablo, “Determinismo, autonomía y responsabilidad penal”, op. cit., pág. 181.

¹⁸³² En palabras de Urs KINDHÄUSER: “La culpabilidad material es un déficit de fidelidad al contrato, que no se alimenta de otro motivo que el de la salvaguarda, en términos de racionalidad con arreglo a fines, de los propios intereses”. KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, op. cit., pág. 72. En el mismo sentido Juan Pablo MAÑALICH R.: “Si la imputación a la culpabilidad se entiende como un reproche por una falta de lealtad comunicativa, ha de ponerse en duda la plausibilidad de una justificación (directamente) prevencionista de la pena. Esto se debe a que el reproche de culpabilidad se corresponde con la adopción de una actitud reactiva, que es incompatible con el mantenimiento de una actitud objetiva respecto del sujeto a quien se reprocha el hecho punible. La reprobación, como el resentimiento, es una actitud reactiva que forma parte de nuestra experiencia moral cotidiana que así presupone la participación en relaciones interpersonales con otros, y en particular la consideración del reproche como un participante en la comunicación”. MAÑALICH R., Juan Pablo, “Pena y ciudadanía”, op. cit., pág. 126.

¹⁸³³ Vid. JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”, op. cit., pág. 392; JESCHECK, Hans Heinrich, “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”, op. cit., pág. 15.

¹⁸³⁴ La expresión de lealtad es una fundamentación de la sociedad, ya que es presupuesto recíproco entre los intervinientes de la ciudadanía. En este sentido, la lealtad comunicativa es un rango definitorio de la persona de Derecho. Pero también frente a esta norma fundante del Derecho rige el mandato de neutralidad. Nadie puede ser forzado jurídicamente a seguir las normas jurídicas por consideración a la autonomía comunicativa de otros. KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, op. cit., pág. 105.

Estado¹⁸³⁵. En otras palabras, la fidelidad al derecho no es exigida positivamente, sino a través del juicio de reproche de culpabilidad, en donde se desaprueba el déficit del quebrantamiento de la norma¹⁸³⁶. La atribución de responsabilidad del reproche de culpabilidad tiene una función contra-fáctica de restaurar el orden comunicativo, pues presenta el seguimiento de la norma como referencia personal del ciudadano susceptible de ser declarado responsable de su quebrantamiento normativo. Esta función contra-fáctica admite ser un veredicto de fidelidad al derecho o no¹⁸³⁷, por lo que el sujeto infractor de la norma (imputado) ha de llegar a ser considerado persona leal al derecho, para restaurar el orden comunicativo con el entorno social. El juicio de reproche determina un déficit de lealtad comunicativa a la norma, implica una falta de reconocimiento a la norma, presupone un quebrantamiento de vigencia de la norma, y fundamenta la imposición de una sanción penal, pues la pena contribuye al reforzamiento de la vigencia de la norma¹⁸³⁸.

La fidelidad al derecho es un elemento esencial en el juicio de reproche de la culpabilidad, pues determina una autodeterminación de lealtad normativa¹⁸³⁹, y al infringir la norma, que en este caso incrimina el secuestro, nos deposeemos de la lealtad normativa de un ciudadano promedio y prudente¹⁸⁴⁰, por lo que somos acreedores a un juicio de reproche, determinado por el déficit de lealtad normativa, ya que nuestra comunicación (injusto o delito) manifiesta una posesión incorrecta al sistema de comunicación normativo, y la la pena ha de restaurar esa tangente inversa en la triangulación del sistema de comunicación contrafáctica en el entorno social, reafirmando la vigencia de la norma quebrantada.

II. Realización dolosa del injusto del secuestro

El título de imputación subjetiva¹⁸⁴¹ del dolo normativa ha de examinarse en cuatro fases¹⁸⁴²: la primera analiza lo subjetivo como expresión del fuero

¹⁸³⁵ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 598; ID., “El lado subjetivo del hecho”, op. cit., págs. 45 y 46; KINDHÄUSER, Urs, “Retribución de culpabilidad y pena”, op. cit., págs. 166 y 167.

¹⁸³⁶ Vid. JAKOBS, Günther, “Culpabilidad y prevención”, op. cit., pág. 83; KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, op. cit., págs. 103 y 105.

¹⁸³⁷ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 605.

¹⁸³⁸ Véase, JAKOBS, Günther, “Culpabilidad y prevención”, op. cit., págs. 79 y 81; JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”, op. cit., pág. 383; MAÑALICH R., Juan Pablo, “Pena y ciudadanía”, op. cit., págs. 132, 205, 206 y 209.

¹⁸³⁹ Vid. JAKOBS, Günther, “El lado subjetivo del hecho”, op. cit., pág. 54.

¹⁸⁴⁰ Vid. JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”, op. cit., pág. 393. En un sentido equivalente, véase a JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 486.

¹⁸⁴¹ CARO JOHN, José Antonio, “Imputación subjetiva”, en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial Flores editores, México, D.F., 2009, pág. 260.

¹⁸⁴² Con referencia a una teoría unitaria del dolo, véase especialmente KAUFMANN, Armin, “El dolo eventual en la estructura del delito. Las respuestas de la teoría de la acción y de

interno de la persona¹⁸⁴³, la segunda hace una revisión crítica de la interpretación psicologicista del conocimiento¹⁸⁴⁴, la tercera explica en qué consiste la atribución de un sentido normativo al conocimiento, y por último, la cuarta establece una base común a los título de imputación del dolo y la imprudencia (culpa)¹⁸⁴⁵.

A) Lo subjetivo como expresión del fuero interno en relación al conocimiento mínimo de la ilicitud del secuestro

En este primer nivel, se examina el conocimiento del sujeto activo (portador), su forma de orientación en el entorno social, es decir, se examina naturalistamente la persona que puede distinguir entre el peligro o el riesgo y aquello que es inocuo (no peligro), y así poder evitar una autolesión o una heterolesión¹⁸⁴⁶; en el caso concreto del injusto del secuestro, el sujeto ha de saber que el privar de la libertad ambulatoria es una lesión que menoscaba una esfera jurídica de terceros (sujeto pasivo)¹⁸⁴⁷; en pocas palabras, lo interno tiene

la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo”, traducción del alemán por Rodrigo Fabio SUÁREZ MONTES, *ADPCP*, tomo 13, Fascículo II, Madrid, 1960, págs. 185 y sigs; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, op. cit., págs. 269 y sigs; CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (Coords.), *Dogmática y la ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 61; CARO JOHN, José Antonio, “Imputación subjetiva”, op. cit., págs. 260 y sigs. Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Revisiones del dolo y regreso de la responsabilidad objetiva”, en Carlos A. PINEDO SANDOVAL (Coord.), *Imputación subjetiva. Seis aportes fundamentales al debate jurídico-penal contemporáneo*, Editorial Ara, Lima, 2012, págs. 102 y sigs.

¹⁸⁴³ CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial Flores editores, México, D.F., 2009, págs. 170 y sigs.

¹⁸⁴⁴ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas”, en José JIMÉNEZ VILLAREJO (Director), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Editorial Consejo general del poder judicial, Madrid, 1994, pág. 175.

¹⁸⁴⁵ Vid. MAQUEDA ABREU, María Luisa, “La doctrina jurisprudencial sobre la imputación subjetiva en los delitos cualificados por el resultado”, en José JIMÉNEZ VILLAREJO (Director), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Editorial Consejo general del poder judicial, Madrid, 1994, págs. 189 y sigs; CARO JOHN, José Antonio, “Imputación subjetiva”, op. cit., págs. 260 y sigs. En la jurisprudencia, STS 6356/2013, ponente: Luciano VARELA CASTRO, (Fundamentos de Derecho II, págs. 8 y sigs.). Cfr. VOGEL, JOACHIM, “Dolo y error”, op. cit., pág. 9.

¹⁸⁴⁶ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 313; CARO JOHN, José Antonio, “Imputación subjetiva”, op. cit., pág. 260. Como también TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma”, op. cit., pág. 385.

¹⁸⁴⁷ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 178; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, op. cit., pág. 338. En un sentido equivalente, RODRÍGUEZ PADRÓN, Celsa, “La influencia de la culpabilidad en la determinación de la pena”, en José JIMÉNEZ VILLAREJO (Director), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Editorial Consejo general del poder judicial, Madrid, 1994, pág. 91; SANZ MORÁN, Ángel José, “Caso del homicidio preterintencional”, en Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (Coord.), *Casos*

un común denominador cognitivo que traza la línea rectora de lo que es adecuado para el entorno social, que no es otra cosa que el conocimiento mínimo de la interrelación social¹⁸⁴⁸.

Este saber mínimo cognitivo¹⁸⁴⁹ del portador se obtiene mediante las leyes de interacción e institucionales del entorno social, es decir, aquellas leyes que determinan los deberes negativos y positivos del entorno social, ya sea en los diversos ordenamientos y marcos legales¹⁸⁵⁰, como la Constitución española que en su artículo 17 prohíbe la privación de la libertad ambulatoria salvo por mandato judicial (orden de aprehensión, arraigo, etc.), Código penal (arts. 163, 164 y sigs.), o leyes secundarias que podrían delimitar en campo de libertad del ciudadano¹⁸⁵¹. Sin embargo, no se exige que el portador tenga una totalidad de saber cognitivo de los tópicos o marcos legales, sino un saber mínimo que se obtiene por el saber cotidiano de la interacción social con el entorno social¹⁸⁵².

B) Lo subjetivo como dato psicologista referido al menoscabo de la privación de la libertad

En este nivel se analiza si el conocimiento del sujeto activo es punible cuando se dirige a un menoscabo al bien jurídico ajeno, que en nuestro injusto de secuestro sólo se podrá catalogar bajo el título de dolo¹⁸⁵³. Tal nivel o filtro del

que hicieron doctrina en derecho penal, 2ª. edic., Editorial La ley, Madrid, 2011, págs. 292 y 293.

¹⁸⁴⁸ Vid. JAKOBS, Günther, “Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal”, traducción del alemán por Joaquín CUELLO CONTRERAS, *ADPCP*, tomo 52, fascículo II, Madrid, 1989, págs. 637 y sigs. BERRUEZO, Rafael “El tipo subjetivo. El dolo”, en Carlos A. PINEDO SANDOVAL (Coord.), *Imputación subjetiva. Seis aportes fundamentales al debate jurídico-penal contemporáneo*, Editorial Ara, Lima, 2012, pág. 127.

¹⁸⁴⁹ Sobre el conocimiento que tiene que tener el sujeto activo del injusto, se analizan varias teorías del conocimiento del autor del injusto, en FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, op. cit., págs. 276 y sigs; ID., *Teoría de la imputación objetiva. Estudio Crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución*, 2ª. reimpr., Editorial Ángel editor, México, D.F., 2003, pág. 83. En un sentido análogo, véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1992, pág. 338.

¹⁸⁵⁰ Vid. JAKOBS, Günther, “Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal”, op. cit., págs. 638 y 639; GARCÍA CAVERO, Percy, “La imputación subjetiva en el Derecho penal”, en Carlos A. PINEDO SANDOVAL (Coord.), *Imputación subjetiva. Seis aportes fundamentales al debate jurídico-penal contemporáneo*, Editorial Ara, Lima, 2012, pág. 16.

¹⁸⁵¹ Vid. supra Capítulo I, inciso I Conducta típica en el injusto del secuestro.

¹⁸⁵² Vid. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, op. cit., págs. 285 y sigs; JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 315.

¹⁸⁵³ Vid. MIR PUIG, Santiago, “Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto”, *ADPCP*, tomo 51, Fascículo III, Madrid, 1988, pág. 667; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 176 y sigs; CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl / CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Código penal anotado*, op. cit., pág. 829; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 105; DíEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., pág. 356; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / DíAZ MORATO Y VILLAREJO, Julio, *Manual de Derecho penal*, op. cit.,

dolo normativo se debe filtrar en el tipo de secuestro por otros postulados: a) conductas neutrales¹⁸⁵⁴ examinadas en el ámbito de la imputación objetiva¹⁸⁵⁵, y b) dolo eventual¹⁸⁵⁶ o imprudencia consiente¹⁸⁵⁷, si bien este último no es

pág. 19; BARREIRO, Agustín Jorge (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 467; CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., págs. 187 y 188; CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código Penal comentado*, op. cit., pág. 331; MIR PUIG, Santiago, “Límites del normativismo en Derecho penal”, op. cit., págs. 390, 391 y 393; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 82 y 83; QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal español*, op. cit., pág. 201. En la jurisprudencia española, STS 7205/2006, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, págs. 13 y sigs.); STS 3939/2008, ponente: Diego Antonio RAMOS GANCEDO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 5): “Según la más reciente doctrina científica, el art. 164 CP regula una figura que es en realidad un subtipo agravado de las conductas previstas en el art. 163 en sus tres primeros apartados. Por lo tanto, los tipos objetivo y subjetivo coinciden en sus aspectos básicos con los de la detención ilegal”; STS 5856/2013, ponente: Julián ARTEMIO SÁNCHEZ, (Fundamentos de Derecho II, pág. 4). En México, Jurisprudencia, registró 1005697, tesis 319, ponente: Francisco PAVÓN VASCONCELOS, “Violación tumultuaria y secuestro. Inconsistencia de los delitos, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, Apéndice 1917, materia penal, tomo 3, Séptima época, septiembre 2011, pág. 288.

¹⁸⁵⁴ Vid. CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., págs. 163 y sigs.

¹⁸⁵⁵ En palabras de MIR PUIG: “la teoría de la adecuación, primero, y la moderna teoría de la imputación objetiva, después, han puesto de manifiesto la necesidad de contemplar los conocimientos especiales del sujeto para decidir si concurre el propio objetivo”. MIR PUIG, Santiago, “Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto”, op. cit., pág. 661. Vid., especialmente, TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas”, op. cit., págs. 159 y 160; ID., “Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma”, *Estudios penales y criminológicos*, número 10, Santiago de Compostela, 1985-1986, pág. 384; SANZ MORÁN, Ángel José, *Los elementos subjetivos de justificación*, op. cit., pág. 7; ID., “Caso del homicidio preterintencional”, op. cit., págs. 297, 298, 303 y 304; RUEDA MARTÍN, María Ángeles, “La adecuación social y el delito de detenciones ilegales, op. cit., pág. 465. Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Revisiones del dolo y regreso de la responsabilidad objetiva”, op. cit., págs. 109 y sigs.; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 58.

¹⁸⁵⁶ Vid. DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo II-B, op. cit., pág. 237; ANZIT GUERRERO, Ramiro, *Derecho penal y paradigma criminológico en América Latina*, op. cit., pág. 150. Para estos autores, es inadmisibles la realización del dolo eventual en el injusto del secuestro. Cfr., en un supuesto análogo al injusto del secuestro, Edmund MEZGER, que califica el plagio político por comisión dolosa, pero estimando suficiente el *dolus eventualis*. MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 101; QUINTINO ZAPEDA, Rubén, *Propuesta de legislación tipo en materia de secuestro*, op. cit., pág. 26; BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión. Análisis de sus cinco especies delictuales*, op. cit., pág. 375, 376, 379 y 380, quien señala que el injusto del secuestro “admite el dolo eventual, pero en casos específicos en cuando al estado de embarazo, o a la edad de menor de dieciocho años o de mayor de setenta años de la víctima, por haberla sospechado y continuar adelante sin asegurarse”; STS 6356/2013, ponente: Luciano VARELA CASTRO, (Fundamentos de Derecho II, págs. 5 y sigs, especialmente la página 8); ya que esta sentencia imputa el injusto del secuestro con dolo eventual de asesinato.

¹⁸⁵⁷ Para mayor profundización véase KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, op. cit., págs. 40 y sigs.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuricidad”, *ADPCP*, tomo 40, Fascículo III, Madrid, 1987, págs. 650 y sigs.; ID., *La expansión del Derecho penal*, op. cit., pág. 15; ID., *La expansión del Derecho penal*.

apreciable para el tipo de secuestro¹⁸⁵⁸, que constituye un delito cualificado¹⁸⁵⁹ que sólo podrá integrarse por dolo¹⁸⁶⁰ directo¹⁸⁶¹ de primer grado¹⁸⁶², el cual no se debe de entender¹⁸⁶³ como una intencionalidad¹⁸⁶⁴ de la acción hacia un fin¹⁸⁶⁵

Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª. edic, Editorial Civitas, Madrid, 2001, pág. 28; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, op. cit., págs. 269 y sigs; CARO JOHN, José Antonio, “Imputación subjetiva”, op. cit., págs. 262 y sigs.

¹⁸⁵⁸ Vid. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., págs. 65 y sigs; ID., “Detenciones ilegales”, op. cit., págs. 8 y 9; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro. Análisis dogmático y criminológico*, op. cit., pág. 36 y 38; REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 105; SANZ MORÁN, Ángel José, “Caso del homicidio preterintencional”, op. cit., pág. 298.

¹⁸⁵⁹ MAQUEDA ABREU, María Luisa, “La doctrina jurisprudencial sobre la imputación subjetiva en los delitos cualificados por el resultado”, op. cit., págs. 181, 183 y 189. Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Revisiones del dolo y regreso de la responsabilidad objetiva”, op. cit., pág. 102.

¹⁸⁶⁰ Vid. VOGEL, JOACHIM, “Dolo y error”, op. cit., pág. 17; ESCRHUELA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, Editorial La ley, Madrid, 2011, pág. 587.

¹⁸⁶¹ Vid. FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, Mª Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., pág. 262; CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, tomo I, op. cit., pág. 459; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo II-B, op. cit., pág. 237; MARCHISIO, Adrián (Director), *El secuestro extorsivo en la República Argentina*, op. cit., pág. 49; QUINTINO ZAPEDA, Rubén, *Propuesta de legislación tipo en materia de secuestro*, op. cit., pág. 26; ANZIT GUERRERO, Ramiro, *Derecho penal y paradigma criminológico en América Latina*, op. cit., pág. 150; BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión. Análisis de sus cinco especies delictuales*, op. cit., pág. 375 y 379.

¹⁸⁶² Vid. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Detenciones ilegales”, op. cit., pág. 9. Cfr. ID., *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., pág. 66.

¹⁸⁶³ “Las tres formas de dolo tampoco caracterizan algo así como un diverso grado de ilícito subjetivo o de culpabilidad, es decir, ni siquiera tienen importancia para la medición de la pena. Por tanto, la tripartición conceptual del dolo debería ser abandonada”. PUPPE, Ingeborg, *La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al § 15 del Código penal alemán*, traducción del alemán por Marcelo A. SANCINETTI / María DE LAS MERCEDES GALLI, Editorial Hummurabi, Buenos Aires, 2010, pág. 147. En el mismo sentido véase a KÖHLER, Michael, “La imputación subjetiva. Estudio de la cuestión”, traducción del alemán por Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, pág. 87; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Revisiones del dolo y regreso de la responsabilidad objetiva”, op. cit., págs. 104 y sigs; GIL VARGAS, Lidiette, “La Doctrina moderna del dolo eventual”, en María Eloísa QUINTERO / Miguel POLAINO-ORTS (Coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2ª. edic, Editorial Flores editor, México, D.F., 2012, pág. 626; PORCIÚNCULA, José Carlos, *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal. Hacia la exteriorización de lo interno*, Editorial Atelier, Barcelona, 2014, págs. 305, 309 y 317, quien citando a Ingeborg PUPPE afirma: “PUPPE sostiene que el dolo consiste en el conocimiento de un riesgo cualificador. Y un riesgo debe clasificarse como tal cuando «una persona racional sólo pasaría por él bajo la máxima de que el resultado lesivo debe producirse o al menos puede producirse». PUPPE acaba abandonando la tradicional tripartición entre dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual; el dolo eventual se vuelve, en su teoría la forma general de dolo”. En un sentido parecido, CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., pág. 174. Cfr., ya que estos autores están a favor de la tripartición del dolo y sus clasificaciones, RODRÍGUEZ PADRÓN, Celsa, “La influencia de la culpabilidad en la determinación de la pena”, en José JIMÉNEZ VILLAREJO (Director), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Editorial Consejo general del poder judicial, Madrid, 1994, pág.

(en sentido ontológico)¹⁸⁶⁶, sino como un factor calificador de la relevancia social¹⁸⁶⁷, al requerir que el autor conocía el riesgo de la conducta que realiza¹⁸⁶⁸ y que pudo evitar¹⁸⁶⁹ no defraudando la expectativa normativa¹⁸⁷⁰, en tanto

81; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999, págs. 180, 184 y sigs.

¹⁸⁶⁴ Vid. CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., págs. 187 y 188; PRATS CANUT, Josep Miguel, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 183; GÓMEZ INIESTA, Diego, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 399. Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 74.

¹⁸⁶⁵ Vid. CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, *ADPCP*, tomo 18, fascículo I, Madrid, 1965, págs. 10, 11, 14, 20 y sigs; JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 139.

¹⁸⁶⁶ Vid. KAUFMANN, Armin, “El dolo eventual en la estructura del delito. Las respuestas de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo”, op. cit., págs. 186 y sigs; MIR PUIG, Santiago, “Conocimiento y voluntad en el dolo”, en José JIMÉNEZ VILLAREJO (Director), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Editorial Consejo general del poder judicial, Madrid, 1994, pág. 11; “el finalismo ha generalizado el concepto más restringido de dolo natural, únicamente referido a la situación descrita en el tipo de injusto”; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., “El dolo y el conocimiento de la antijuridicidad”, en José JIMÉNEZ VILLAREJO (Director), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Editorial Consejo general del poder judicial, Madrid, 1994, pág. 49; como también, HASSEMER, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”, traducción del alemán por María del Mar DÍAZ PITA, *ADPCP*, tomo 53, Fascículo III, Madrid, 1990, págs. 913 y 915; CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, op. cit., págs. 60 y 61; CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., págs. 174 y sigs.; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 57 y sigs; BERRUEZO, Rafael “El tipo subjetivo. El dolo”, op. cit., págs. 128 y sigs. Cfr. RODRÍGUEZ PADRÓN, Celsa, “La influencia de la culpabilidad en la determinación de la pena”, op. cit., págs. 81, 82 y 85.

¹⁸⁶⁷ Vid. MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de Derecho*, op. cit., págs. 76 y sigs.; ID., “Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto”, op. cit., pág. 665; ID., “Límites del normativismo en Derecho penal”, op. cit., pág. 391; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1992, pág. 402.

¹⁸⁶⁸ Santiago MIR PUIG señala que “el dolo directo de primer grado aporta ex-ante un factor de riesgo que influye en la propia peligrosidad objetiva del hecho. Quien trata de causar una lesión configura su actuación externa de modo que pueda causarla.” MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, op. cit., págs. 76 y 77; ID., “Conocimiento y voluntad en el dolo”, op. cit. págs. 19 y 34; ID., “Límites del normativismo en Derecho penal”, op. cit., pág. 392; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., pág. 14; ID., *La expansión del Derecho penal*, op. cit., pág. 28; KÖHLER, Michael, “La imputación subjetiva. Estudio de la cuestión”, op. cit., págs. 86 y 88; GIL VARGAS, Lidiette, “La Doctrina moderna del dolo eventual”, op. cit., pág. 630.

¹⁸⁶⁹ El dolo debe ser entendido como un vástago de la evitabilidad, que se forma con finalidad específicamente jurídica-penales a partir de la comparación de una situación motivadora real y otra hipotética. Véase JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 376. En un sentido parecido, KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, op. cit., pág. 41; MIR PUIG, Santiago, “Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto”, op. cit., págs. 662 y 672; CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, op. cit., págs. 58 y sigs; BINDING, Karl, *La culpabilidad en Derecho penal*, op. cit., pág. 45; GARCÍA CAVERO, Percy, “La imputación subjetiva en el Derecho penal”, op. cit., págs. 25 y sigs. Cfr. HASSEMER, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”, op. cit., págs. 913 y 914.

injusto de decisión¹⁸⁷¹ de privar de la libertad ambulatoria¹⁸⁷², con desprecio por la esfera de protección ajena¹⁸⁷³, al condicionar la puesta en libertad¹⁸⁷⁴.

Sin embargo, lo subjetivo¹⁸⁷⁵ sólo será penalmente relevante para fundamentar la imputación subjetiva en un sentido normativo de la conducta en el contexto social¹⁸⁷⁶, en el que la privación de la libertad ambulatoria a terceros se ha de analizar conforme a las instituciones del entorno social¹⁸⁷⁷. El ciudadano debe cumplir con su papel de respetar las normas de conducta, así como los deberes negativos y positivos establecidos para facilitar la convivencia social.

¹⁸⁷⁰ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 315; KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, op. cit., págs. 9 y 10; KÖHLER, Michael, “La imputación subjetiva. Estudio de la cuestión”, op. cit., págs. 89 y 90. En un forma análoga HASSEMER, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”, op. cit., pág. 917. Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Revisiones del dolo y regreso de la responsabilidad objetiva”, op. cit., págs. 115 y sigs.

¹⁸⁷¹ Me refiero a la forma que actúa el sujeto activo como un injusto completo de infringir la norma, tomando la decisión de realizar el riesgo jurídicamente desaprobado por la norma. Véase al respecto nota al pie número 1. Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, op. cit., pág. 270. En un postura análoga, pero refiriéndose al plan del sujeto, véase ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., pág. 416, 417 y sigs. Como también, HASSEMER, Winfried, “Los elementos característicos del dolo”, op. cit., págs. 916, 917, 918, y 920; MIR PUIG, Santiago, “Conocimiento y voluntad en el dolo”, op. cit., pág. 30; DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1994, págs. 92, 93, 304; MAQUEDA ABREU, María Luisa, “La doctrina jurisprudencial sobre la imputación subjetiva en los delitos cualificados por el resultado”, op. cit., págs. 186 y sigs; PORCIÚNCULA, José Carlos, *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal. Hacia la exteriorización de lo interno*, op. cit., págs. 302 y sigs.

¹⁸⁷² MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., pág. 61.

¹⁸⁷³ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal*, op. cit., págs. 16 y sigs; ID., *La expansión del Derecho penal*, op. cit., págs. 29 y sigs.

¹⁸⁷⁴ STS 6356/2013, ponente: Luciano VARELA CASTRO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 8): “un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico. En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado” (STS de 1 de diciembre de 2004, entre otras muchas). Se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, actúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca”. Vid. también MIR PUIG, Santiago, “Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto”, op. cit., pág. 669; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, op. cit., pág. 357.

¹⁸⁷⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, op. cit., págs. 291 y sigs.

¹⁸⁷⁶ CARO JOHN, José Antonio, “Imputación subjetiva”, op. cit., pág. 271.

¹⁸⁷⁷ CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., pág. 186.

C) Imputación en sentido normativo al conocimiento del menoscabo de la libertad ambulatoria

Este es el punto medular de las teorías normativas que determinan la relevancia jurídico-penal de lo subjetivo en un análisis del hecho que va de lo externo a lo interno de la conducta. El elemento externo de la conducta del secuestro tiene un sentido de perturbación social, porque de no punirse¹⁸⁷⁸ se estaría legitimando el quebrantamiento de la norma¹⁸⁷⁹ que garantiza un bien jurídico trascendente para la interacción del núcleo social, y de la deriva un deber negativo. La no protección de la libertad ambulatoria es un riesgo para el desarrollo del entorno social¹⁸⁸⁰, ya que al no existir libertad no existiría normas de conducta¹⁸⁸¹.

La imputación subjetiva que aquí se analiza exige el conocimiento penalmente relevante, que es el conocimiento concreto que el sujeto activo “debía saber” en el contexto social de su conducta que está prohibido¹⁸⁸². La imputación a título de dolo, le reprocha el “deber saber”¹⁸⁸³ o el “deber conocer”¹⁸⁸⁴, atribuido al tipo penal que infringe, ya que el ciudadano es titular de derechos y deberes como ente social, a los que corresponden deberes positivos y negativos¹⁸⁸⁵.

En el injusto del secuestro hay un deber negativo de no “privar de libertad ambulatoria a terceros”, y se reprocha al sujeto activo el no saber que es un bien

¹⁸⁷⁸ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas”, op. cit., pág. 159.

¹⁸⁷⁹ En un supuesto análogo a lo establecido por mi parte en el apartado principal, correspondiente a esta nota de cita (nota al pie). Michael KÖHLER estima “el delito es ruptura, por igual, objetiva y subjetiva, de la relación jurídica, o bien de las relaciones jurídicas de reconocimiento”. Vid. KÖHLER, Michael, “La imputación subjetiva. Estudio de la cuestión”, op. cit., pág. 75.

¹⁸⁸⁰ En un sentido parecido a nuestra opinión, véase CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl / CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Código penal anotado*, op. cit., pág. 829; Ya que estos autores establecen que la relevancia penal del tipo penal es el apoderamiento que el agente perpetra, de una persona, privada de su libertad y la mantiene como rehén.

¹⁸⁸¹ Vid. FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, traducción del alemán por Joaquín CUELLO CONTRERAS / José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 44. En un sentido equivalente MIR PUIG, Santiago, “Conocimiento y voluntad en el dolo”, op. cit., págs. 33 y 34; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas”, op. cit., pág. 172

¹⁸⁸² Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 316; CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., pág. 170.

¹⁸⁸³ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., pág. 463; KÖHLER, Michael, “La imputación subjetiva. Estudio de la cuestión”, op. cit., págs. 76, 77 y 78.

¹⁸⁸⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 104.

¹⁸⁸⁵ CARO JOHN, José Antonio, “Imputación subjetiva”, op. cit., págs. 274 y sigs. Cfr. VON WEBER, Hellmuth, “Sobre el “*error iuris*” en las más modernas tendencias jurídicas alemanas”, op. cit., págs. 13, 14 y 20; VOGEL, JOACHIM, “Dolo y error”, op. cit., pág. 11; BERRUEZO, Rafael “El tipo subjetivo. El dolo”, op. cit., pág. 126.

jurídico fundamental para el entorno social que permite el adecuado desarrollo de las demás esferas de operatividad social e individual del ciudadano. Realmente se le imputa el no haber evitado ese el menoscabo del bien jurídico¹⁸⁸⁶ de la libertad ambulatoria a través de una defraudación cognitiva de la norma¹⁸⁸⁷.

D) Imputación a título de dolo en el secuestro

La última fase del dolo normativo exige establecer el título por el que se imputa el injusto, doloso o imprudente (culpa)¹⁸⁸⁸. Sin duda, el injusto del secuestro es injusto doloso¹⁸⁸⁹, que abarca toda la comisión delictiva desde la ejecución hasta la consumación, y todos los elementos del tipo objetivo del injusto desde la privación de la libertad y la exigencia de la condición para poner en libertad al sujeto pasivo¹⁸⁹⁰.

El injusto del secuestro no requiere ningún singular elemento subjetivo¹⁸⁹¹, como el desprecio a la víctima¹⁸⁹², sino sólo el dolo¹⁸⁹³ como expresión del

¹⁸⁸⁶ Vid., de una forma análoga pero contra-crítica, MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, op. cit., págs. 71 y sigs.

¹⁸⁸⁷ Vid. supra capítulo I, I Conducta típica en el injusto del secuestro. Como también, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 60 y sigs.

¹⁸⁸⁸ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español*, op. cit., pág. 308.

¹⁸⁸⁹ Vid. CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., pág. 20; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal. Infracciones contra la personalidad*, op. cit., pág. 917; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 176 y sigs; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público, art. 184 CP.”, op. cit., pág. 359 y sigs; ID., *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 105; CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl / CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl, *Código penal anotado*, op. cit., pág. 829; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / DÍAZ MORATO Y VILLAREJO, Julio, *Manual de Derecho penal*, op. cit., págs. 19 y 20; CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 188; JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 467; REBOLLO VARGAS, Rafael, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 175; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 82 y 83; SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal*, op. cit., pág. 162; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 152. En México, JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GÓNZALEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, op. cit., pág. 78. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 152.

¹⁸⁹⁰ Vid. VON WEBER, Hellmuth, “Sobre el “*error iuris*” en las más modernas tendencias jurídicas alemanas”, op. cit., págs. 9 y 16; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 176 y sigs; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público, art. 184 CP”, op. cit., págs. 359 y sigs; ID., *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 105; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, op. cit., pág. 370; ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., pág. 477; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, op. cit., pág. 349; STS 6356/2013, ponente: Luciano VARELA CASTRO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 8).

¹⁸⁹¹ Vid. supra capítulo III, inciso A) El significado de condición. Con referencia a un supuesto análogo al injusto del secuestro, véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público, art. 184 CP.”, op. cit., pág. 360 y 361; ID., *Manual de Derecho penal*, op. cit., pág. 105; MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos*

“deber saber” del sujeto activo de que la privación de la libertad ambulatoria está prohibida por un deber negativo, que constituye el conocimiento jurídico-penal relevante, además del plus calificador por un aumento en el riesgo creado¹⁸⁹⁴, derivado del elemento objetivo condicional de la exigencia de rescate. La imputación a título de dolo en este injusto es referida a la creación del riesgo jurídicamente relevante¹⁸⁹⁵, pues el sujeto debió haber evitado la realización de la privación de la libertad ambulatoria, y el plus calificador de la condición hace socialmente reprochable conducta, incrementado un estado de peligrosidad latente¹⁸⁹⁶ entre la víctima-victimario, en base a la condición impuesta para eliminar el riesgo creado¹⁸⁹⁷.

En el supuesto de intervención delictiva, todos los miembros de la comisión delictiva deben saber que la privación de la libertad es con el propósito

contra la libertad y la seguridad de las personas, op. cit., pág. 61; JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 467; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Detenciones ilegales”, op. cit., págs. 8 y 9; REBOLLO VARGAS, Rafael, “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 175 y 176. Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., págs. 10 y 20; CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, tomo I, op. cit., págs. 457 y 458; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal. Parte especial*, tomo II-B, op. cit., págs. 237 y 238; BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro. Análisis dogmático y criminológico*, op. cit., págs. 37 y 38; REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, op. cit., pág. 106; BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión. Análisis de sus cinco especies delictuales*, op. cit., págs. 317, 319, 375, 376 y 379.

¹⁸⁹² Vid. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., pág. 66; CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público*, op. cit., pág. 119; RUEDA MARTÍN, María Ángeles, “La adecuación social y el delito de detenciones ilegales”, op. cit., pág. 444; AA.VV. “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 736. Cfr. TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis Jurídico del secuestro*, op. cit., pág. 79. Cfr. PRATS CANUT, Josep Miguel, “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 183 y 184.

¹⁸⁹³ MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 171.

¹⁸⁹⁴ En un supuesto análogo (delito de desaparición forzada) al injusto del secuestro y a lo que menciono en el párrafo. Véase RUEDA MARTÍN, María Ángeles, “Caso el Nani”, op. cit., págs. 394 y 395. Como también, PORCIÚNCULA, José Carlos, *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal. Hacia la exteriorización de lo interno*, op. cit., pág. 305.

¹⁸⁹⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., pág. 418; En un sentido parecido MAQUEDA ABREU, María Luisa, “La doctrina jurisprudencial sobre la imputación subjetiva en los delitos cualificados por el resultado”, op. cit., págs. 183 y sigs.

¹⁸⁹⁶ MAQUEDA ABREU, María Luisa, “La doctrina jurisprudencial sobre la imputación subjetiva en los delitos cualificados por el resultado”, op. cit., págs. 193 y 194.

¹⁸⁹⁷ En palabras de FEUERBACH: “La intención que debe subyacer en el hecho es el sometimiento del secuestro a un estado en que queda dependiendo de la arbitrariedad ajena, sea éste de esclavitud, de servidumbre, de prisión o cualquier estado de avasallamiento o de dependencia de alguien, para alcanzar un objeto por parte del propio secuestrado o de un tercero”. VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 187; HASSEMER, Winfried, “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”, op. cit., págs. 477 y 478; MIR PUIG, Santiago, “Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto”, op. cit., pág. 667. Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Revisiones del dolo y regreso de la responsabilidad objetiva”, op. cit., págs. 107, 111 y sigs.

de exigir alguna condición (dominio funcional del hecho)¹⁸⁹⁸, y si se ignora de la exigencia de la condición por algún miembro de la interacción del injusto, se deberá disgregar la responsabilidad penal, ya que responderá por la detención ilegal quien no tenía conocimiento de la condición para la puesta en libertad¹⁸⁹⁹.

III. La imputación al dolo en los supuestos de erróneas desviaciones del curso causal lesivo

A) Planteamiento de la problemática del error

1. Error de tipo

La percepción errónea puede recaer sobre alguno de los elementos objetivos de la conducta típica o sobre alguno de los elementos normativos del injusto¹⁹⁰⁰.

Al igual que el dolo, el error del tipo¹⁹⁰¹ se refiere a la totalidad de los elementos objetivos¹⁹⁰² del injusto del secuestro, incluso los conceptos jurídicos contenidos en él como elementos normativos, por ejemplo en nuestro caso concreto la privación de libertad, si bien elemento decisivo del error del tipo en el injusto del secuestro es la condición para puesta en libertad, ya que el error de ésta se imputaría al tipo básico de detenciones ilegales, cuando el sujeto activo

¹⁸⁹⁸ Vid. PUPPE, Ingeborg, “Sobre el uso de definiciones en el Derecho. Definiciones creativas, o por qué los juristas disputan sobre conceptos”, traducción del alemán por Pablo Sánchez-Ostiz, en Nuria PASTOR MUÑOZ (Coord.), *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*. Estudios y debates en Derecho penal, Núm. 9, Editorial B de F, Buenos Aires, 2014, pág. 14. En un sentido equivalente KÖHLER, Michael, “La imputación subjetiva. Estudio de la cuestión”, op. cit., pág. 89; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Teoría de la imputación objetiva*, op. cit., pág. 64.

¹⁸⁹⁹ Vid. QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “El delito de secuestro”, op. cit., pág. 766; FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, M^a Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., págs. 258, 259, 262 268; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., págs. 131 y sigs; CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, op. cit., pág. 174. En la jurisprudencia STS. 2087/2009, ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER, (Fundamentos de Derecho II, pág. 10); STS. 7542/2013, ponente: Diego Antonio RAMOS GANCEDO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 5). Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 313.

¹⁹⁰⁰ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 458 y 460; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 328 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 176. En la Parte especial, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 192; CARO JOHN, José Antonio, “Imputación subjetiva”, op. cit., pág. 272.

¹⁹⁰¹ Vid. el artículo 14 del Código penal español, ya que este artículo regula el error del tipo. Como también, VON WEBER, Hellmuth, “Sobre el “*error iuris*” en las más modernas tendencias jurídicas alemanas”, op. cit., págs. 9, 17 y 19; PÉREZ ALONSO, Esteban, *El error sobre las circunstancias del delito*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2013, págs. 27 y sigs.

¹⁹⁰² Vid. MIR PUIG, Santiago, “Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto”, op. cit., págs. 673, 674 y 676; ID., “Límites del normativismo en Derecho penal”, op. cit., pág. 393; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 176.

no ha comprendido correctamente el significado social de tales elementos en el marco de la valoración paralela de la esfera del profano o lego, pues no basta con que el sujeto activo haya conocido la base fáctica del concepto jurídico, en pocas palabras las circunstancias del hecho¹⁹⁰³.

La exclusión del dolo descansa en un principio básico, cual es que el error¹⁹⁰⁴ por el desconocimiento del elemento condicional, pues cuando no se exige la condición para poner en libertad al sujeto pasivo se da lugar a la imputación del tipo básico de la detención ilegal (art. 163), ya que el plus cualificado en el injusto del secuestro es el elemento objetivo de la condición¹⁹⁰⁵.

Para Karl BINDING¹⁹⁰⁶, el error del tipo se subdivide en dos, en error de elementos principales, y en error en elementos accidentales, y en el mismo contexto se pronuncia MIR PUIG¹⁹⁰⁷, pero con la diferencia semántica de que al error de elementos principales lo denomina error de elementos esenciales. A continuación, realizaré un esbozo de los supuestos del error del tipo que pueden suscitarse en el injusto del secuestro.

a) Sobre los elementos esenciales

El elemento esencial del injusto del secuestro, tanto en el Código Penal español como en la ley general para prevenir y sancionar el secuestro en México, puede recaer sobre la privación de la libertad ambulatoria y sobre la condición¹⁹⁰⁸ exigida para la puesta de libertad del sujeto pasivo; sin embargo, en mi opinión, la condición es el plus calificador del injusto del secuestro, por lo que sería un error sobre las condiciones objetivas de la punibilidad¹⁹⁰⁹, ya que la

¹⁹⁰³ Vid. VON WEBER, Hellmuth, “Sobre el “*error iuris*” en las más modernas tendencias jurídicas alemanas”, op. cit., pág. 20; ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 458, 460, 477 y sigs; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 328 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 176.

¹⁹⁰⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op. cit., pág. 402; MONER MUÑOZ, Eduardo, “El dolo y su control en el recurso de casación”, en José JIMÉNEZ VILLAREJO (Director), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Editorial Consejo general del poder judicial, Madrid, 1994, págs. 148 y sigs; VOGEL, JOACHIM, “Dolo y error”, op. cit., pág. 14.

¹⁹⁰⁵ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 458, 460, 477 y sigs.; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 328 y sigs. En un sentido parecido, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público, art. 184 CP.”, op. cit., pág. 356; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “La estructura típica del delito de coacción”, op. cit., págs. 38 y sigs; JAKOBS, Günther, “El lado subjetivo del hecho”, op. cit., pág. 49.

¹⁹⁰⁶ Vid. BINDING, Karl, *La culpabilidad en Derecho penal*, op. cit., págs. 89 y sigs.

¹⁹⁰⁷ Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 273 y sigs.

¹⁹⁰⁸ Vid. MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 148.

¹⁹⁰⁹ “La acción peligrosa se erige en fundamento plenario de lo injusto. El desvalor objetivo material de acción, generado por esa acción peligrosa, se sitúa en el centro de lo injusto. La función del resultado, no conectado necesariamente, sino probabilísticamente, a esa acción, pierde relieve y significación. En cierto modo se sitúa en un terreno que lo aproxima a

reprochabilidad del injusto del secuestro responde a razones político-criminales que excluyen condicionar la libertad ambulatoria, por lo que el error sobre una condición en este injusto carece¹⁹¹⁰ de significado jurídico-penal¹⁹¹¹, por la propia relevancia de la lesividad a un bien jurídico de esta índole de transcendencia en el entorno social¹⁹¹².

Por ello es poco probable que el sujeto activo de la conducta realice el injusto del secuestro en un estado de error, en base a un desconocimiento de la norma de prohibición del injusto del secuestro, porque en los delitos dolosos, como este caso, debe haber conocimiento cognitivo de la totalidad de los elementos objetivos del tipo que fundamentan el contenido del injusto¹⁹¹³ del secuestro, y sólo podrá configurarse el error en los elementos accidentales, dando lugar a la punición del tipo básico del injusto de las detenciones ilegales¹⁹¹⁴.

b) Sobre los elementos accidentales

Se señala como error accidental¹⁹¹⁵ es aquel que genera la posibilidad de un segundo error que, al carecer de una expresión más adecuada, lo llamé error accesorio ya que se encuentra junto al error principal. Tal error accesorio en el injusto del secuestro recae sobre los elementos agravantes o atenuaciones del mismo¹⁹¹⁶

las llamadas condiciones objetivas de punibilidad. No debe olvidarse que en la literatura contemporánea el finalismo radical afirmó que la acción dolosa, en cuanto tal, fundamentaba plenariamente lo injusto, de forma que el resultado sería sólo condición objetiva de punibilidad. En sentido sustancialmente diverso, pero formalmente paralelo o equivalente, parece decirse implícitamente ahora que la acción peligrosa que con probabilidad origine el resultado realiza plenamente el tipo, siempre que tal enlace probabilístico no quepa entenderlo producido por causas diferentes”: así, TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas”, op. cit., pág. 167.

¹⁹¹⁰ Para Karl BINDING, “el error sobre la punibilidad o acerca de su medida puede tener algún pequeño efecto en el caso individual en cuanto indicio de la intensidad del dolo, en forma de causa de atenuación de la pena, pero en principio carece de relevancia”. BINDING, Karl, *La culpabilidad en Derecho penal*, op. cit., pág. 89.

¹⁹¹¹ ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., pág. 485; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 338 y 602; FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas, un caso problemático*, Editorial Civitas, Navarra, 2009, págs. 306 y sigs.

¹⁹¹² MIR PUIG, Santiago, “Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto”, op. cit., pág. 672 y 673; ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., pág. 489. Cfr. BERRUEZO, Rafael, “El tipo subjetivo. El dolo”, op. cit., pág. 137.

¹⁹¹³ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 332.

¹⁹¹⁴ Vid. MAQUEDA ABREU, María Luisa, “El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al art. 6 bis a) del Código penal”, *CPC*, número 21, Madrid, 1983, pág. 713; EAD, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., pág. 61.

¹⁹¹⁵ Vid. BINDING, Karl, *La culpabilidad en Derecho penal*, op. cit., pág. 90.

¹⁹¹⁶ Vid. CASTRO MORENO, Abraham, *El error sobre las circunstancias atenuantes. El error sobre las circunstancias atenuantes genéricas modificativas de la responsabilidad y sobre los elementos accidentales de los tipos privilegiados*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2003, págs. 45 y sigs; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 149.

En mi opinión, pueden aparecer supuestos de error de esta índole en la praxis jurídica, de este tipo de error, en relación al tiempo de duración de la privación de libertad, más de quince días en el tipo cualificado y menos de 72 horas en el tipo privilegiado¹⁹¹⁷, en pocas palabras es un supuesto de error de cronología¹⁹¹⁸.

a’) Error en la privación por más de 15 días

De acuerdo con lo expuesto, el primer supuesto de duración de la privación de la libertad ambulatoria por más de quince días configura un tipo cualificado del injusto del secuestro¹⁹¹⁹, y el sujeto activo puede incurrir en error sobre el tiempo de la privación de libertad, por ejemplo, si cree que la víctima lleva 14 días privada de libertad, pero en realidad la libera al día 16, o a la inversa, es decir, que lo libera creyendo que han transcurrido 16 días pero en realidad son 14 días de privación de la libertad ambulatoria, afectando a un elemento atenuante¹⁹²⁰ o agravante¹⁹²¹ del tipo de secuestro¹⁹²², que en todo caso se realiza con la exigencia de la condición.

b’) Error en la privación por más de 3 días

Al igual que el anterior caso, pero con la diferencia de cronología en que el sujeto activo deja en libertad a quien tenía encerrado dentro de los primeros tres días (72 horas)¹⁹²³ de la detención, que constituye un tipo privilegiado, admite errónea apreciación del plazo transcurrido. Negar la imputación del tipo privilegiado del secuestro (164 CP, supuesto 2º, con referencia al art. 163.2 CP),

¹⁹¹⁷ En un sentido análogo pero con diferencia cronológica, en el tipo atenuante, ya que señala que son diez días de la privación, sin embargo, el tipo privilegiado tiene el mismo sentido cronológico de 3 días. véase a la Ley general para prevenir y sancionar los delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 12.

¹⁹¹⁸ *Vid.* supra capítulo III. Sujetos de la conducta y sigs.

¹⁹¹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 154.

¹⁹²⁰ ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 479 y sigs; MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., pág. 67 y 68.

¹⁹²¹ Según MIR PUIG, “el error al revés se cree equívocamente que concurren elementos que elevan la pena. Ej: el autor del hurto creía que la cosa hurtada se hallaba destinada a un servicio público. Ha de reputarse irrelevante y castigarse según el delito base, sin cualificar, porque no existe ningún precepto que permita castigar más en este supuesto”. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 8ª. edic., Editorial Reppertor, Barcelona, 2008, págs. 255 y 256; ARIAS EIBE, Manuel José, *El error en Derecho penal en el Código de 1995*, Cuadernos Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, Núm. 33, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, págs. 155 y sigs; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 149.

¹⁹²² MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 180.

¹⁹²³ Este mismo supuesto cronológico está contemplado en la Ley general para prevenir y sancionar los delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 12 párrafo número 1.

supondría elevar la punición por la suposición errónea del tipo básico del injusto del secuestro (art. 164 CP)¹⁹²⁴.

2. Error de prohibición

Se estima el error de prohibición¹⁹²⁵ como aquel que recae sobre la antijuricidad del hecho, esto es, sobre la prohibición de la acción típica¹⁹²⁶. El autor sabe lo que hace pero cree erróneamente que está permitido. Sin embargo, el error de prohibición no consiste sólo en la aceptación positiva de que el hecho está permitido, sino también, al igual que en el error de tipo, en la ausencia de representación de la valoración jurídica del hecho¹⁹²⁷. Por tanto, el principio rector del error de prohibición reza de la siguiente manera: “si en la comisión del hecho falta en el autor la comprensión de comportarse ilícitamente, entonces actúa sin culpabilidad”¹⁹²⁸.

Ahora bien, en nuestro caso en concreto, no cabría error de prohibición en el injusto del secuestro¹⁹²⁹, en primer lugar, por afectar éste a una norma de núcleo central de protección de un bien como la libertad ambulatoria o

¹⁹²⁴ Véase especialmente, MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 257. Como también, JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 332 y 333; MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., págs. 67 y 68. En la jurisprudencia, STS 8316/2007, ponente: José Ramón SORIANO SORIANO, (Fundamentos de Derecho II, págs. 2 y 3). Cfr. MAQUEDA ABREU, María Luisa, “El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al art. 6 bis a) del Código penal”, op. cit., pág. 714; MARTÍNÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., pág. 149.

¹⁹²⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 490 y 491. En un supuesto equivalente, KÖHLER, Michael, “La imputación subjetiva. Estudio de la cuestión”, op. cit., pág. 75. En la Parte especial, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 191 y 192. En la jurisprudencia STS 1001/2010, ponente: Francisco MONTERDE FERRER, (Fundamentos de Derecho II, pág. 9).

¹⁹²⁶ En este sentido, KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, op. cit., págs. 42 y 43.

¹⁹²⁷ Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., págs. 221 y sigs; STS 2173/2009, ponente: Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, (Fundamentos de Derecho II, págs. 3 y 4).

¹⁹²⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 659, quien define el error de prohibición, de la siguiente manera: “En caso de conocimiento actual de la antijuricidad o de ignorancia evitable, el sujeto evidencia un desprecio actual por la norma en cuestión; en caso de ignorancia inevitabilidad de «norma penales» evidencia, según la doctrina del Reichsgericht, un déficit de conocimiento de la norma tan elemental que -en el sentido la teoría del Reichsgericht- sólo él puede ser responsable de ello y por eso no se le exculpa”.

¹⁹²⁹ Como lo he señalado a lo largo del presente trabajo, el injusto del secuestro es un delito de dañosidad social, que pone el riesgo la estabilidad normativa de los miembros de la ciudadanía, así como del entorno social, ya que la libertad ambulatoria es un bien necesario y especialmente tutelado para el desarrollo del núcleo social, aunque esta cortada o limitada por el ordenamiento normativo, ya que de ella emane y de ella se delimita. Por ello, en palabras de Michael KÖHLER: “En un «Derecho penal» concebido como Derecho de lucha [contra la criminalidad], ya no encuentran cabida ni determinar qué relevancia tiene el error de prohibición para la culpabilidad, ni criticar severamente que la culpa simple se sancione.” KÖHLER, Michael, “La imputación subjetiva. Estudio de la cuestión”, op. cit., pág. 77. En la Parte especial, véase QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español*, op. cit., pág. 201.

locomotriz de los ciudadanos, aunque de estimarse en un supuesto hipotético un error de prohibición¹⁹³⁰ evitable¹⁹³¹ por cualquier sujeto activo imputable es por principio responsable¹⁹³², por no haber evitado¹⁹³³ el quebrantamiento de la expectativa normativa¹⁹³⁴ por un injusto que origina una singular perturbación social¹⁹³⁵; en segundo lugar, si existiera un caso anómalo de este error habría de ser catalogado como un error en los fundamentos¹⁹³⁶, ya que sólo existiría la

¹⁹³⁰ STS 496/1995, ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER, (Fundamentos de Derecho II, pág. 4): “El error de prohibición presupone que el autor, que obra con conocimiento de los elementos del tipo objetivo del delito (en este caso de la privación de la libertad de una persona) haya supuesto que el acto no está prohibido por una norma (error de prohibición directo), o bien que, estándolo, esté autorizado o se den las condiciones fácticas que lo autorizan (error indirecto de prohibición). Dicho de otra manera: la aplicación del art. 6 bis a) del Código Penal, requiere que el autor haya tenido una representación, sobre la licitud del acto, que no coincide con la significación normativa del mismo”. En este sentido CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público*, op. cit., págs.135 y sigs.

¹⁹³¹ JAKOBS enfoca el concepto de evitabilidad, desde dos perspectivas: “Por una parte, no es suficiente con que el autor evite el error. Con sólo evitar el error, ejecutaría el injusto en estado de conocimiento de la prohibición, en lugar de error de prohibición, y no se habría adelantado nada en favor de la validez de la norma. pero no se trata de la evitabilidad del error como fin en sí mismo, sino que se alude a la evitabilidad del comportamiento injusto a través de la evitabilidad del error, que conduce a la asociación a un ámbito de libertad entendido psicológicamente, como el concepto de capacidad. Pero tampoco se trata de eso, sino de la determinación de con cuántos imperativos sociales se pueden gravar al que se equivoca (en esa medida es evitable el error) y qué grado de ignorancia del autor se puede aceptar por parte del Estado y de la sociedad sin que se resiente la respectiva función de prevención general del Derecho penal. Por eso la evitabilidad es -como la propia culpabilidad- un concepto dependiente del fin de la pena.” JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 673.

¹⁹³² Vid. STS 3964/1991, ponente: Justo CARRERO RAMOS, (Fundamentos de Derecho II, págs. 3 y 4); ESCRIBUELA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, op. cit., págs. 606 y 607. Cfr. NIETO MARTÍN, Adán, *Conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Editorial Atelier penal, Barcelona, 1999, págs. 80 y sigs.

¹⁹³³ Vid. MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., pág. 63.

¹⁹³⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., págs. 659 y 660; POLAINO-ORTS, Miguel, “La capacidad de rendimiento de la dogmática para el proceso penal”, op. cit., pág. 130.

¹⁹³⁵ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 668; GARCÍA CAVERO, Percy, “La imputación subjetiva en el Derecho penal”, op. cit., pág. 18. En la jurisprudencia, STS 3964/1991, ponente: Justo CARRERO RAMOS, (Fundamentos de Derecho II, pág. 3). Cfr. OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, Editorial La ley, Madrid, 2007, págs. 132 y sigs.

¹⁹³⁶ JAKOBS define el error sobre los fundamentos como aquel en el que “al autor le falta la conciencia de la antijuricidad en una infracción situada en el núcleo de las normas centrales, es decir, de aquellas normas que sólo se pueden revocar mediante un acto de revolución estatal o social, la inevitabilidad de este error sólo cabe concebirla en personas pertenecientes a otras culturas. En todo caso, no es el error solo lo que fundamenta la inculpabilidad: Se añade un estado psíquico que presenta el parecer del autor (es decir, la socialización «exótica») de modo que éste no pueda servir de norma. De hecho, se trata de un caso extremo de inimputabilidad; el autor haya está motivado de modo diferente a cualquiera. Ejemplo: el que autor haya supuesto que por principio la alta traición, la coacción al Parlamento o el homicidio, las lesiones o incluso los daños están permitidos, es aceptable sólo si el autor muestra como estado psíquico una socialización extraña..., debe concurrir determinado estado psíquico. Otro tanto cabe afirmar de las ideas delirantes o descabelladas sobre la justificación”. JAKOBS, Günther,

oportunidad de renunciar al veredicto de la culpabilidad cuando el sujeto activo fuera inimputable y no pudiera observar la vigencia normativa en el entorno social¹⁹³⁷, es decir, en el error en los fundamentos sólo puede faltar la evitabilidad¹⁹³⁸ de la vigencia normativa¹⁹³⁹ cuando el sujeto activo muestra un cuadro de déficit de socialización. Sin embargo, el cuadro de déficit de socialización de disposición normativa no disminuye la culpabilidad cuando no es consecuencia de alguna anomalía o alterior sino de hostilidad o indiferencia al Derecho¹⁹⁴⁰; y en tercer lugar, estamos en un supuesto de una expectativa normativa fundamental que está abierta para todo el entorno social, sin necesidad de examinar previamente los conocimientos jurídicos del destinatario del derecho (ciudadanía)¹⁹⁴¹, ya que el juzgador no tiene que realizar ninguna averiguación previa más allá de verificar la reiteración normativa aprendida en la socialización del entorno social¹⁹⁴², con la excepción de que el Estado haya declarado un estado de excepción, urgencia o excepcionalidad normativa, o haya publicado reformas¹⁹⁴³ inequívocamente¹⁹⁴⁴. Por ello, estamos ante un supuesto que es un

Derecho penal, op. cit., págs. 659 y 660. En un sentido equivalente, CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, op. cit., pág. 71: “hechos sociales fundamentales, intuitivamente se tiende a percibirlos como pertenecientes a cualquier forma de sociedad humana, como “constante antropológico”. La existencia de un escalón de imputación subjetiva, el criterio de la llamada (en la terminología habitual) “evitabilidad” en cuanto estructura social decisiva es un hecho social de estas características, profundamente enraizada en la vida diaria de las formas sociales de la actualidad”.

¹⁹³⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., pág. 666.

¹⁹³⁸ Vid. NIETO MARTÍN, Adán, *Conocimiento del Derecho*, op. cit., págs. 107 y sigs.

¹⁹³⁹ Para Jürgen HABERMAS, la inevitabilidad, debe ser entendida en un sentido gramatical, que resulta de los nexos conceptuales internos de un sistema de comportamiento guiado por reglas en el que nos hemos socializado y que, en cualquier caso, para nosotros es irrebable. HABERMAS, Jürgen, *Acción comunicativa y razón sin transcendencia*, op. cit., pág. 19. Cfr. SHÜNEMANN, Bernd, “La culpabilidad: Estado de la cuestión”, traducción del alemán por David FELIP I SABORIT / Ramón RAGUÉS I VALLÉS, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, págs. 94 y 95.

¹⁹⁴⁰ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., págs. 661 y 675; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Informe sobre las discusiones”, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, pág. 197.

¹⁹⁴¹ STS 3964/1991, ponente: Justo CARRERO RAMOS, (Fundamentos de Derecho II, págs. 3 y 4): “Hay que descartar el error de prohibición del artículo 6 bis a) del Código porque el hecho por su gravedad y por ser del dominio público su reprochabilidad y perseguibilidad se presenta como antijurídico a cualquier persona adulta normal sin requerir una formación cultural calificada. Y así lo demuestran las precauciones tomadas por el acusado para excusar su comportamiento, apareciendo de la forma de ejecución un dolo directo que asumía plenamente aquella gravedad.” Cfr. KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, op. cit., pág. 249; NIETO MARTÍN, Adán, *Conocimiento del Derecho*, op. cit., págs. 89 y sigs; OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El error de prohibición*, op. cit., págs. 138 y sigs.

¹⁹⁴² En un sentido parecido, parafraseando a Wolfgang FRISCH, véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Informe sobre las discusiones”, op. cit., pág. 196.

¹⁹⁴³ En supuesto similar véase a BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público, art. 184 CP”, op. cit., pág. 356; KÖHLER, Michael, “La imputación subjetiva. Estudio de la cuestión”, op. cit., págs. 83 y 84.

claro ejemplo de que se puede confiar en que en el sistema social subsiste la libertad de desplazamiento y de ambulaci3n por el entorno social¹⁹⁴⁵, y el quebrantamiento normativo provocar3a un estado de perturbaci3n social que romper3a la comunicaci3n entre los miembros¹⁹⁴⁶ del entorno social, al no poder realizar sus funciones como entes sociales¹⁹⁴⁷.

B) An3lisis de los supuestos esenciales de irrelevancia del error en el delito de detenci3n ilegal o secuestro

1. *Aberratio ictus*

La *aberratio ictus* (desviaci3n del golpe)¹⁹⁴⁸ expres una doble desviaci3n del suceso que el autor se hab3a representado, porque por un lado su ataque fracasa en relaci3n con objeto buscado y, por otro, alcanza (por casualidad) a una persona u objeto que el autor no hab3a previsto¹⁹⁴⁹.

Por ejemplo, “A” planea secuestrar a “B”, cuando “B” se dirige a su trabajo en su autom3vil, pero el d3a en que “A” realiza los hechos para privar de la libertad a “B” no se da cuenta de que en lugar de “B” conduce el veh3culo la esposa del mismo “C” y “A” no percibe que van dos en el autom3vil, porque 3ste tiene los cristales polarizados y cuando detiene el auto la esposa “C” se interpone para que no se lleven a “B”, de modo que “C” es sustra3da y privada de libertad, siendo encerrada en una vagoneta y posteriormente es trasladada a una zona (pol3gono) industrial, donde es encerrada en un cuarto de una nave industrial, y se exige a “B” el pago de una cantidad para liberar a “C”.

¹⁹⁴⁴ Hellmuth VON WEBER establece un ejemplo, en el tiempo del nacional-socialismo: “As3 se ha decidido que la creencia en la licitud de las 3rdenes de una autoridad para proceder a una detenci3n es suficiente para destruir el dolo de secuestro. En este caso, sin embargo, exige la previa prueba de la realidad y fundamento de la err3nea creencia y que las 3rdenes autoritarias (tratadas en tiempos del nacional-socialismo) no estaban en flagrante contradicci3n con las normas de justicia o humanidad”. VON WEBER, Hellmuth, “Sobre el “*error iuris*” en las m3s modernas tendencias jur3dicas alemanas”, op. cit., p3gs. 17 y 18.

¹⁹⁴⁵ JAKOBS, G3nther, *Derecho penal*, op. cit., p3g. 667.

¹⁹⁴⁶ NIETO MART3N, Ad3n, *Conocimiento del Derecho*, op. cit., p3g. 91.

¹⁹⁴⁷ Vid. K3HLER, Michael, “La imputaci3n subjetiva. Estudio de la cuesti3n”, op. cit., p3g. 82.

¹⁹⁴⁸ Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p3gs. 278 y sigs.

¹⁹⁴⁹ Vid. SILVA S3NCHEZ, Jes3s-Mar3a, “*Aberratio ictus* e imputaci3n objetiva”, op. cit., p3gs. 347 y 353; WOLTER, J3rgen, “Imputaci3n objetiva y personal a t3tulo de injusto. A la vez, una contribuci3n al estudio de la *Aberratio ictus*”, traducci3n del alem3n por Jes3s-Mar3a SILVA S3NCHEZ, en Bernd SH3NEMANN (Compilador), *El sistema moderno del Derecho Penal, cuestiones fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p3gs. 124 y 125; JIM3NEZ VILLAREJO, Jos3 (Director), “Formas particulares del error de tipo”, op. cit., p3g. 66; K3HLER, Michael, “La imputaci3n subjetiva. Estudio de la cuesti3n”, op. cit., p3g. 88; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., p3gs. 335 y 336; CUELLO CONTRERAS, Joaqu3n, *El Derecho penal espa3ol*, op. cit., p3gs. 715 y sigs; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p3gs. 278 y sigs. En la jurisprudencia STS. 7808/2006, ponente: Carlos GRANADOS P3REZ, (Fundamentos de Derecho II, p3g. 4).

Este tipo de error de desvío del curso causal ha traído consigo una serie de debates en la dogmática penal¹⁹⁵⁰. El problema es si debe imputarse tentativa¹⁹⁵¹ de secuestro de “A” sobre “B”, y bajo que modalidad de imputación subjetiva, como dolo eventual¹⁹⁵², o dolo alternativo¹⁹⁵³. La solución que ofrece ROXIN¹⁹⁵⁴ es que por regla general la *aberratio ictus* no excluye la imputación al dolo¹⁹⁵⁵ cuando, según el plan del hecho, la identidad de la víctima carece de relevancia¹⁹⁵⁶; la respuesta a la pregunta de si el sujeto también habría actuado si hubiera contado con la desviación puede constituir un indicio al respeto¹⁹⁵⁷. Se puede decir que asiste razón a la teoría de la concreción en medida en que el plan del hecho presuponga un objeto concreto; si ello no es así, rige la teoría de la equivalencia¹⁹⁵⁸. Por consiguiente, la *aberratio ictus* no es una figura jurídica autónoma, sino sólo un caso especial de desviación del curso causal y hay que tratarla conforme a las reglas de ésta¹⁹⁵⁹; ciertamente con el distinto resultado de que una desviación ordinaria del curso causal que se halle dentro de lo adecuado

¹⁹⁵⁰ Véase el estudio “*Aberratio ictus*” e imputación objetiva, de SILVA SÁNCHEZ, ya que analiza minuciosamente el debate dogmático sobre la desviación del curso causal. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, op. cit., págs. 348 y sigs; KÖHLER, Michael, “La imputación subjetiva. Estudio de la cuestión”, op. cit., págs. 88 y sigs.

¹⁹⁵¹ Vid. BERRUEZO, Rafael “El tipo subjetivo. El dolo”, op. cit., pág. 127; SANZ MORÁN, Ángel José, “Aproximación al problema del denominado *dolus generalis*”, *InDret* 3/2016, págs. 1-20. (Accesible en: <http://www.indret.com/pdf/1238.pdf>).

¹⁹⁵² JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 335 y 336. Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 493 y 494. Para ROXIN, “el sujeto actuó al respeto con *dolus eventuales*. Ha de admitir un dolo alternativo”.

¹⁹⁵³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., págs. 335 y 365. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, op. cit., págs. 356, 376, 377, 384 y 385; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 716 y 717. En la jurisprudencia STS. 7808/2006, ponente: Carlos GRANADOS PÉREZ, (Fundamentos de Derecho II, pág. 4).

¹⁹⁵⁴ ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 494 y 495. Cfr. SANZ MORÁN, Ángel José, “Aproximación al problema del denominado *dolus generalis*”, op. cit., págs. 12-14, 16-20; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, op. cit., págs. 377, 378 y 379; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 718 y sigs.

¹⁹⁵⁵ JIMÉNEZ VILLAREJO, José (Director), “Formas particulares del error de tipo”, op. cit., págs. 66 y 67.

¹⁹⁵⁶ Para Jürgen WOLTER, “esta cuestión (al igual que su paralelo en el error in persona), no interesa en absoluto y, además, su afirmación constituye una ficción. Más bien, nos encontramos ante un problema especial, que debe situarse entre los frentes del error in persona, o error de tipo, y de la desviación causal clásica. Se trata, pues, únicamente, de la cuestión normativa de cómo es posible, al margen de la imputación subjetiva, por un lado y de la imputación objetiva del riesgo y del resultado en la desviación causal clásica, por otro, dominar el error en el golpe producido en el hecho”. WOLTER, Jürgen, “Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*”, op. cit., pág. 126. Como también véase la página 128 del mismo autor citado.

¹⁹⁵⁷ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, op. cit., págs. 360 y 362.

¹⁹⁵⁸ Vid. WOLTER, Jürgen, “Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*”, op. cit., pág. 130.

¹⁹⁵⁹ En el mismo sentido véase a WOLTER, Jürgen, “Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*”, op. cit., págs. 125, 126 y 130.

es irrelevante para el dolo en la mayoría de los casos, mientras que, a la inversa, la *aberratio ictus* excluye la mayoría de las veces la imputación del resultado al dolo, si bien en los supuestos de un bien jurídico personal y transcendental para el entorno social como la libertad ambulatoria en tanto bien jurídico fundamental para la sociedad¹⁹⁶⁰ se debe imputar, y debe responder por el ataque tentado (tentativa)¹⁹⁶¹ ahacia “B” y por el menoscabo del bien de “C”, (consumación), a título de dolo alternativo¹⁹⁶², por la lesividad del hecho y dañosidad social¹⁹⁶³.

2. *Error in persona*

También denominado error sobre el objeto, es aquel supuesto de error (*error in persona vel in objecto*) en el que se confunde a la víctima tomándola por otra persona, es decir, el error recae en la cualidades específicas de la víctima del injusto¹⁹⁶⁴.

En la praxis jurídica, el ejemplo común, de este supuesto del error, puede recaer en que el sujeto activo yerra sobre la víctima del injusto del secuestro, por desconocer la edad de la misma o su enajenación mental o su condición de persona con discapacidad necesitada de especial protección¹⁹⁶⁵, en un

¹⁹⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, op. cit., págs. 355, y sigs; WOLTER, Jürgen, “Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *Aberratio ictus*”, op. cit., pág. 110; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Teoría de la imputación objetiva*, op. cit., págs. 66 y sigs. En la jurisprudencia STS. 7808/2006, ponente: Carlos GRANADOS PÉREZ, (Fundamentos de Derecho II, pág. 4).

¹⁹⁶¹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, op. cit., págs. 383 y sigs; SANZ MORÁN, Ángel José, “Aproximación al problema del denominado *dolus generalis*”, op. cit., págs. 4, 6, 8, 10, 11, 18; MAQUEDA ABREU, María Luisa, “La doctrina jurisprudencial sobre la imputación subjetiva en los delitos cualificados por el resultado”, op. cit., pág. 189; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Editorial Servicio publicaciones facultad Derecho Universidad complutense Madrid, Madrid, pág. 58. Cfr. KÖHLER, Michael, “La imputación subjetiva. Estudio de la cuestión”, op. cit., pág. 89; JIMÉNEZ VILLAREJO, José (Director), “Formas particulares del error de tipo”, op. cit., pág. 68; STS. 7808/2006, ponente: Carlos GRANADOS PÉREZ, (Fundamentos de Derecho II, pág. 4).

¹⁹⁶² JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., págs. 365 y sigs. Cfr. MORÁN, Ángel José, “Aproximación al problema del denominado *dolus generalis*”, op. cit., págs. 4-20; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, op. cit., págs. 356, 376, 377, 384 y 385; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 716 y 717; SANZ En la jurisprudencia STS. 7808/2006, ponente: Carlos GRANADOS PÉREZ, (Fundamentos de Derecho II, pág. 4).

¹⁹⁶³ Vid. STS. 1937/2013, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 3). Cfr. WOLTER, Jürgen, “Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *Aberratio ictus*”, op. cit., pág. 131; VOGEL, JOACHIM, “Dolo y error”, op. cit., pág. 13.

¹⁹⁶⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, op. cit., págs. 353; ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., pág. 492; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 277.

¹⁹⁶⁵ Vid. DE VICENTE REMESAL, Francisco Javier, “Error sobre la edad y error sobre otros elementos típicos en los delitos contra la honestidad. Exposición y crítica de la posición jurisprudencia. Referencia especial al error sobre la edad de doce años”, *PJ*, 2ª época, Número 8, Madrid, junio de 1987, págs. 75 y sigs; ID., “Violencia-estupro. Error sobre la edad de doce

desconocimiento especial que afecta al sujeto pasivo del injusto¹⁹⁶⁶, en su caso especialmente protegido¹⁹⁶⁷ por el artículo 165 del Código penal español¹⁹⁶⁸.

Este tipo de error es irrelevante para el Derecho penal¹⁹⁶⁹, ya que el injusto del secuestro (art. 164 CP) no requiere una identidad de la víctima privada de la libertad ambulatoria, pues no es elemento del tipo penal de secuestro la idoneidad del sujeto pasivo de la conducta, si la víctima es mayor de edad (18 años) y no es persona con discapacidad necesitada de especial protección), habiendo dolo alternativo¹⁹⁷⁰, dado el caso de que el sujeto activo (“A”) yerra en alcanzar el objetivo de secuestrar (en el sentido del objeto de ataque) y alcanza en su lugar a otra persona “C” (esposa de “B”).

Este tipo de error así como el anterior son errores irrelevantes para el Derecho penal, pero en este ejemplo que acabamos de mencionar es un error de los llamados “casos límites”¹⁹⁷¹, que se produce en una situación en la que falta la percepción física del objeto por parte del sujeto activo, pues el origen de este caso es una errónea representación del sujeto activo, porque el sujeto activo ha creado un riesgo jurídico-penal relevante al privar de la libertad ambulatoria “C”, esposa de “B”, pero la imputación en este caso versa sobre la individualización del bien jurídico como realidad empírica, ante la imposibilidad de una percepción directa, y se produce refiriéndolo a un marco espacio-temporal, ocupado por “C”, en el automóvil de “B”, en el momento de la sustracción del vehículo. Aunque la representación subjetiva de “A” sea otra, el riesgo dolosamente creado y el bien jurídico, realmente empírico, afectado no pueden individualizarse, por lo que en

años”, *CPC*, número 28, Madrid, 1986, págs. 75 y sigs; QUINTINO ZAPEDA, Rubén, *Propuesta de legislación tipo en materia de secuestro*, op. cit., pág. 26; SANTOIANNI, Juan Pablo, “El error sobre la edad de la víctima en los delitos de abuso sexual”, *RDyPC*, número 9, Buenos Aires, Octubre 2012, págs. 21 y sigs. Sin embargo, este último autor estipula que no es un error de persona, sino un error accesorio.

¹⁹⁶⁶ Vid. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*, tomo I, Editorial Universitas, Madrid, 1996, págs. 456 y 457; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 271 y 272; SANTOIANNI, Juan Pablo, “El error sobre la edad de la víctima en los delitos de abuso sexual”, op. cit., págs. 24, 26 y 27.

¹⁹⁶⁷ Vid. supra III. Sujetos de la conducta y sigs; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 277.

¹⁹⁶⁸ En un sentido análogo, al Código penal español, pero con la diferencia que aumenta el campo de protección de la víctima del injusto del secuestro, ya que considera a las personas especialmente vulnerables, aparte de las mencionadas en el Código penal español, a las personas mayores de sesenta años y a las mujeres en estado de gravidez. Véase Ley general para prevenir y sancionar los delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 10 apartados e) y f).

¹⁹⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, op. cit., págs. 357 y 358.

¹⁹⁷⁰ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., págs. 335, 365 y 367. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, op. cit., pág. 376 y 377.

¹⁹⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, op. cit., págs. 351 y 352; JIMÉNEZ VILLAREJO, José (Director), “Formas particulares del error de tipo”, op. cit., págs. 67 y sigs.

este caso se produce la estructura del *error in objeto*, sustituyéndose la percepción visual directa por esta referencia espacio-temporal.

Por lo anterior, el tipo básico del secuestro (art. 164 CP) no requiere una cualidad específica en la víctima, ya que ésta no es exigida como elemento del tipo penal del injusto del secuestro, apreciándose dolo alternativo¹⁹⁷², ya que el sujeto activo “A” yerra en alcanzar el objeto en secuestrar (en el sentido del objeto de ataque), pero alcanza en su lugar a otra persona (esposa de “B”), habiendo evidenciado esta posibilidad en el transcurso causal como improbable.

3. Error sobre cualidades personales de la víctima

El desconocimiento especial del sujeto pasivo del injusto, sea menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, sería un error sobre la persona¹⁹⁷³ en el caso que la víctima sea menor de edad (18 años) o persona con discapacidad necesitada de especial protección, por ejemplo, si el sujeto activo yerra en la edad del sujeto pasivo, creyendo que el sujeto pasivo es mayor de edad, habrá también un error¹⁹⁷⁴ y se imputaría el tipo cualificado del secuestro (art. 165 CP)¹⁹⁷⁵, porque estamos ante un supuesto de equivalencia valorativa típica¹⁹⁷⁶ en que el autor acepta tal error¹⁹⁷⁷, que resulta irrelevante¹⁹⁷⁸,

¹⁹⁷² JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., págs. 335 y 365: “el dolo alternativo (dolusalternativus) no es ninguna clase de dolo con estructura independiente, sino una unión de dos dolos, la realización de los cuales se excluye mutuamente, dado que para que el dolo basta que una de las posibilidades realice un tipo y la otra no, del mismo modo, a la inversa, en el caso en que ambas posibilidades realizan algún tipo”. Cfr. BERRUEZO, Rafael “El tipo subjetivo. El dolo”, op. cit., pág. 145 y 146.

¹⁹⁷³ Cfr. SANTOIANI, Juan Pablo, “El error sobre la edad de la víctima en los delitos de abuso sexual”, op. cit., págs. 21 y sigs., entiende que no es un error de persona, sino un error accesorio. En un supuesto análogo, pero apreciando un error del tipo, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 192.

¹⁹⁷⁴ Vid. en un sentido análogo, DE VICENTE REMESAL, Francisco Javier, “Error sobre la edad y error sobre otros elementos típicos en los delitos contra la honestidad. Exposición y crítica de la posición jurisprudencia. Referencia especial al error sobre la edad de doce años”, op. cit., págs. 94 y 95; ID., “Violencia-estupro. Error sobre la edad de doce años”, op. cit., págs. 120 y 121.

¹⁹⁷⁵ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 690 y sigs. Ya que este autor lo determina como un hecho que cualifica la infracción. En un sentido parecido pero, señala que “al realizarse un tipo objetivo más grave por una distinción cualidad del objeto o la persona no conocida por el agente, sin embargo no se realiza también el tipo menos grave que se ha representado el autor”. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal*, op. cit., pág. 456; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 271 y 272; ESCRIHUELA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, op. cit., pág. 598.

¹⁹⁷⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, op. cit., págs. 349 y 383.

¹⁹⁷⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, op. cit., pág. 302.

¹⁹⁷⁸ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”, op. cit., págs. 357, 358, 371 y 372; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 180; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., pág. 720; CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho penal. Parte general*,

al tratarse de un error en los motivos, que adquiere el significado de un error de tipo¹⁹⁷⁹, aunque para JAKOBS¹⁹⁸⁰ cabría imputar a título de dolo alternativo.

Editorial Tecnos, Madrid, 2011, pág. 82; ID., *Curso de Derecho penal. Parte general*, 2ª. edic, Editorial Tecnos, Madrid, 2014, págs. 88 y 89; SANTOIANNI, Juan Pablo, “El error sobre la edad de la víctima en los delitos de abuso sexual”, op. cit., págs. 23 y sigs

¹⁹⁷⁹ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 492 y sigs. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 333 y 334; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 277; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., pág. 720; SANTOIANNI, Juan Pablo, “El error sobre la edad de la víctima en los delitos de abuso sexual”, op. cit., págs. 24 y 25.

¹⁹⁸⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal*, op. cit., págs. 335, 365 y 367.

CAPÍTULO VII

EXCLUSIÓN DE ANTIJURICIDAD Y LA CULPABILIDAD: CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y DE INCULPABILIDAD

I. Causas de justificación en el delito de secuestro

Las causas de justificación son fundamentos legales de exclusión de la antijuricidad de acciones típicas¹⁹⁸¹, y que se derivan del hecho de que el ordenamiento no sólo está constituido por prohibiciones sino que también conoce autorizaciones que bajo determinados presupuestos levantan las prohibiciones y proveen autorizaciones en normas permisivas que conforman un elemento negativo del delito excluyente de la antijuricidad¹⁹⁸². Las causas de justificación desarrollan los mismos efectos¹⁹⁸³ tanto si permiten la acción típica, verbigracia, la legítima defensa privada como si la exigen por ejemplo, el auxilio necesario por parte de la policía. En la medida en que un comportamiento típico no alcanza el carácter de antijurídico, puede distinguirse entre acciones “permitidas” y las que “simplemente no están prohibidas”¹⁹⁸⁴.

Las causas de justificación permiten intromisiones sobre las interacciones sociales que son perturbadas por alguna lesión o puesta en peligro de un bien

¹⁹⁸¹ STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, traducción del alemán por Juan Luis FUENTES OSORIO, *CPC*, número 92, Madrid, 2007, pág. 128.

¹⁹⁸² JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 346 y 347; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 145; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, pág. 169; SANZ MORÁN, Ángel José, *Los elementos subjetivos de justificación*, op. cit., págs. 4, 6, 43, 44 y 45; ID., “Teoría general de la justificación”, op. cit., págs. 74 y sigs; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Prólogo”, en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuricidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2013, pág. XV.

¹⁹⁸³ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 357.

¹⁹⁸⁴ Vid. WILENMANN, Javier, “Injusto, justificación e imputación”. La teoría de la antijuricidad en la dogmática penal, en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuricidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2013, págs. 131, 132, 161 y 163; MAÑALICH R., Juan Pablo (Coord.), “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuricidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2013, págs. 179 y sigs.

jurídico tutelado¹⁹⁸⁵, y en la moderna teoría del delito sobre la intromisión de los deberes positivos y negativos a cuyos titulares se refiere la proposición permisiva, como los bienes del agresor¹⁹⁸⁶, o mejor dicho la esfera jurídica de la interacción social del agresor, por la que se debe dejar intacta la esfera jurídica del otro¹⁹⁸⁷. El concepto de libertad en el que se basa esa concepción es de naturaleza exclusivamente negativa: el potencial de acción que se deriva para cada uno de la titularidad sobre sus bienes jurídicos, pues los bienes jurídicos son el equivalente al plan de vida de las interacciones sociales que no puede ser menoscabado por los demás de una manera objetivamente imputable a ellos mismos¹⁹⁸⁸.

Como cabe colegir de lo anterior, en las interacciones sociales muchas veces existen controversias entre las normas y las expectativas sociales que están en interacción, por ejemplo, el efecto excluyente de una norma permisiva (causas de justificación) con respecto de alguna norma prohibitiva (injusto) es dependiente de que exista una superposición de sus correspondientes contenidos semánticos. Esto es indispensable para poder caracterizar la relación entre una prohibición (delito) y una permisión (causa de justificación) como una antinomia, es decir, como una colisión de normas¹⁹⁸⁹. Pues si la interacción social permisiva es definida como equivalente a no prohibida, sólo será posible reconocer una colisión entre una norma prohibitiva y una norma permitida en la medida en que al menos una acción particular satisfaga el contenido semántico de una y otra conducta. Por ejemplo, respecto del injusto del secuestro, en que la acción que simultáneamente satisface la descripción “privar de la libertad ambulatoria” y la descripción “defenderse frente a una agresión antijurídica de modo racionalmente necesario”, una exclusión de la prohibición del secuestro condicionada por la permisión de la legítima defensa determinará que la aplicación de la primera norma se vea situacionalmente suspendida, quedando así neutralizada como fundamento de un eventual deber de omitir esa acción¹⁹⁹⁰.

¹⁹⁸⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 357.

¹⁹⁸⁶ Vid. PAWLIK, Michael, “La legítima defensa según Kant y Hegel”, en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2013, págs. 9, 10, 24, 25, 26, 28, 54 y 55.

¹⁹⁸⁷ PAWLIK, Michael, “Las competencias del ciudadano”, op. cit., pág. 104.

¹⁹⁸⁸ PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad”, traducción del alemán por Hernán Darío OROZCO LÓPEZ, *RDPCICPC*, vol. 34, número 96, Bogotá, 2013, págs. 15, 16 y 17.

¹⁹⁸⁹ Cfr. SANZ MORÁN, Ángel José, “Teoría general de la justificación”, op. cit., pág. 77.

¹⁹⁹⁰ MAÑALICH R., Juan Pablo (Coord.), “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, op. cit., págs. 190 y 191.

A) Legítima defensa en el secuestro

Las causas de justificación son normas permisivas y la legítima defensa¹⁹⁹¹ un supuesto de justificación¹⁹⁹² que permite la defensa contra agresiones antijurídicas de esferas de interacciones sociales en que la norma permite la defensa una esfera de organización. En la moderna dogmática jurídico-penal la legítima defensa es un derecho guiado por el objetivo de dejar intacta la esfera jurídica agredida. Por ello, no es requerido, en primer lugar, el elemento espacio temporal de una agresión actual, que tradicionalmente la doctrina dominante¹⁹⁹³ exige para la legítima defensa, bastando la necesidad de la defensa ante el futuro menoscabo de una esfera jurídica. En segundo lugar, la facultad de defensa no estaría restringida necesariamente a creaciones de peligro antijurídicas, sino que también podría fundarse en peligros creados conforme a derecho siempre que fuesen imputables objetivamente al titular del mismo, de conformidad con la semántica de la división de competencias existentes en la respectiva sociedad. Y en tercer lugar, dicho derecho de defensa sólo estará limitado en cuanto a su alcance por el criterio de necesidad¹⁹⁹⁴, pues siendo la necesidad el fundamento de la defensa no habría lugar a juicios de proporcionalidad¹⁹⁹⁵.

¹⁹⁹¹ Vid. MAÑALICH R., Juan Pablo (Coord.), “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, op. cit., págs. 254 y 255. Como también, SANZ MORÁN, Ángel José, “Teoría general de la justificación”, op. cit., págs. 77 y 83.

¹⁹⁹² Vid. STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, op. cit., pág. 130.

¹⁹⁹³ Vid. PAWLIK, Michael, “La legítima defensa según Kant y Hegel”, op. cit., págs. 3 y sigs. Cfr. SANZ MORÁN, Ángel José, *Los elementos subjetivos de justificación*, op. cit., págs. 33, 36, 37 y 71; ID., “Los elementos subjetivos de justificación”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES / Fermín MORALES PRATS (Coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 731 y 734; STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, op. cit., págs. 130 y sigs; JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, Editorial Comares, Granada, 2007, págs. 5-64; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 362 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 147; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, pág. 171.

¹⁹⁹⁴ Cfr. STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, op. cit., págs. 132, 133 y 139.

¹⁹⁹⁵ PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, op. cit., págs. 16, 22 y 26. En un sentido equivalente sobre que no se necesita la proporcionalidad, JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 362; KINDHÄUSER, Urs, “Acerca de la génesis de la fórmula el Derecho no necesita ceder ante el injusto”, traducción del alemán por Juan Pablo MAÑALICH R., en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2013, págs. 65 y 66. Cfr. STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, op. cit., págs. 130, 131, 132 y 135; IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético sociales*, Editorial Comares, Granada, 1999, págs. 310-328 y 495; AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Editorial Edersa, Madrid, 1999, págs. 115 y 116; EAD., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2012,

El agredido no defiende un conjunto de bienes contra una disminución de estos, más bien frente a la desconsideración de los mismos defiende su espacio jurídico, como persona en derecho, encontrándose agresor y agredido ciertamente bajo el dominio de una generalidad que es integrada por la ley y las expectativas normativas. El agredido defiende su ámbito jurídico, es decir, defiende su derecho sobre el derecho¹⁹⁹⁶ de la posesión jurídica de las interacciones sociales y sus esferas de interacción social, y con ello afirma y reconstruye el sentido de comunicación de las expectativas normativas donde existe una norma que fue quebrantada por un ciudadano desleal a la normativa, donde existe un derecho reconocible por la norma de conducta¹⁹⁹⁷, como un deber negativo de no dañar a otro, de no lesionar una esfera ajena¹⁹⁹⁸, anulando el injusto por medio de la legítima defensa en aquellos casos que el Estado no puede retornar el flujo de comunicación contra-fáctica de la norma y en la defensa de una posesión jurídica fundamenta el derecho de autoprotección¹⁹⁹⁹. La legítima defensa es un medio para retornar el flujo de comunicación contra-fáctico de las expectativas normativas en aquellos casos que la agresión es eminente y cabe la contraagresión en defensa de posesiones jurídicas y esferas jurídicas que ayudan al sujeto a interactuar en el mundo social²⁰⁰⁰. Ello quiere decir que la legítima defensa tiene un fundamento enraizado en la relación jurídica tendente a la protección de la libertad “negativa” existente entre el agresor y su víctima. Este punto de partida no es en el sentido actual, como se ha dicho, ni “individualista” ni “supraindividual”, sino más bien intrapersonal²⁰⁰¹.

págs. 94, 95 y 96; EAD., *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal. Manifestaciones del principio de inexigibilidad de las categorías del delito*, Editorial Comares, Granada, 2004, págs. 77 y 79. Como también confróntese la STS 1561/2009, ponente: Luis Román PUERTA LUIS, (Fundamentos de Derecho II, pág. 6).

¹⁹⁹⁶ ROXIN, Claus, “Observaciones sobre la prohibición de regreso”, op. cit., pág. 90, para quien la legítima defensa siempre es inherente una noción de preservación del Derecho.

¹⁹⁹⁷ Vid. JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, op. cit., págs. 8, 12 y 16; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 147; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, pág. 171.

¹⁹⁹⁸ PAWLIK, Michael, “La legítima defensa según Kant y Hegel”, op. cit., pág. 45: “La norma fundante del Derecho abstracto dice: “Sé una persona y respeta a los otros como personas”. En la segunda parte, la fórmula en cuestión afirma, en lo que aquí interesa, fundamentalmente el mismo concepto de Derecho de *Kant*. También *Hegel* tematiza en ella la idea de libertad “negativa”, es decir, el Derecho a ser dejado en paz. De esta forma, los Derechos correspondientes a esta parte del sistema a “lo negativo, no lesionar a la personalidad y lo que de ella se sigue”; la lesión de bienes jurídicos en tanto tal “afecta simplemente a lo externo”. Como también ID., “Las competencias del ciudadano”, op. cit., pág. 104.

¹⁹⁹⁹ Vid.; KINDHÄUSER, Urs, “Acerca de la génesis de la fórmula el Derecho no necesita ceder ante el injusto”, op. cit., págs. 83 y 84. En un postura equivalente, sin embargo, cree en la defensa de los bienes jurídicos JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 361 y 362. Cfr. STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, op. cit., págs. 139 y 140.

²⁰⁰⁰ PAWLIK, Michael, “La legítima defensa según Kant y Hegel”, op. cit., págs. 14, 18, 19, 26, 44 y 47; ID., “Las competencias del ciudadano”, op. cit., pág. 104.

²⁰⁰¹ PAWLIK, Michael, “La legítima defensa según Kant y Hegel”, op. cit., pág. 47; ID., “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, op. cit., pág. 19.

En la medida que la dogmática de la legítima defensa anula la facultad de defensa únicamente frente a un comportamiento antijurídico y culpable, tiene en cuenta el hecho de que un comportamiento antijurídico identifica a su autor como sujeto de una acción caracterizada por el irrespeto de los intereses ajenos, que va mucho más allá de un mero menoscabo objetivo antijurídico de un potencial de acción ajeno: aquel que actúa de manera culpable²⁰⁰² niega a su víctima el derecho de poder ser sujeto de su propio plan de vida. En aquellos eventos en los que el comportamiento antijurídico y culpable se ha agudizado hasta llegar de una agresión actual, el autor emite en el presente la respectiva declaración de irrespeto de la posición jurídica ajena; el creador de un peligro actual, por el contrario, la anuencia únicamente para el futuro. Una agresión antijurídica y culpable es la situación básica de la legítima defensa, y se caracteriza por el hecho de que al autor se le puede imputar de forma absoluta la perturbación de la esfera jurídica ajena como persona y también como sujeto, esto quiere decir que también es viable la posibilidad de realizar la legítima defensa con sujetos²⁰⁰³ semi-imputables e inimputables²⁰⁰⁴.

De la fórmula básica de la legítima defensa de que el derecho no debe ceder ante el injusto²⁰⁰⁵, de ninguna manera resulta meramente un derecho a la legítima defensa a favor de sí mismo, sino también a favor de cualquier otro cuyo derecho sea agredido. Es decir, ante el derecho que se ve amenazado cualquiera tiene derecho a defender la posesión jurídica de las esferas de las interacciones sociales frente a la actuación de quienes tratan de limitar dicha libertad de interacción social. Todo aquel que agrede un derecho puede ser repelido por el derecho. En estos supuestos no se habla de un derecho general, y mucho menos, de una defensa del ordenamiento jurídico en su conjunto, sino sólo de la protección de la concreta posición jurídica a la cual es referida la agresión²⁰⁰⁶. La situación genera la legítima defensa ha de ser entendida como una perturbación de la relación jurídica entre agresor y agredido, y el ejercicio de legítima defensa sirve a la restitución externa de la situación ajustada a derecho. Esto quiere decir que con la defensa del derecho agredido también se ve asegurada su validez como derecho, por ello, nuevamente se llega a la consecuencia de que todo derecho es susceptible de legítima defensa²⁰⁰⁷. Ahora bien, la ausencia de alguno

²⁰⁰² Vid. PAWLIK, Michael, “La legítima defensa según Kant y Hegel”, op. cit., pág. 26.

²⁰⁰³ PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, op. cit., pág. 18.

²⁰⁰⁴ PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, op. cit., pág. 18; ID., “La legítima defensa según Kant y Hegel”, op. cit., pág. 11; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 363. Cfr. STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, op. cit., págs. 134 y 140.

²⁰⁰⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 360.

²⁰⁰⁶ KINDHÄUSER, Urs, “Acerca de la génesis de la fórmula el Derecho no necesita ceder ante el injusto”, op. cit., págs. 70 y 71. Cfr. STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, op. cit., págs. 133 y 140.

²⁰⁰⁷ KINDHÄUSER, Urs, “Acerca de la génesis de la fórmula el Derecho no necesita ceder ante el injusto”, op. cit., pág. 81.

de los elementos o requisitos de la legítima defensa determinará la exclusión de la justificación de la acción de defensa²⁰⁰⁸.

A continuación, se analizará la aplicabilidad de la legítima defensa en el injusto del secuestro, siendo la libertad ambulatoria una esfera de interacción social, en la que su titular facilita las demás interacciones sociales, lo que comporta que su defensa tenga una especial relevancia en las demás posiciones jurídicas, al constituir una esfera de relevancia jurídica indispensable en la funcionalidad social porque sin ella no hay un flujo de movilidad para desempeñar la organización de las demás esferas jurídicas.

1. Aplicabilidad de la legítima defensa

Al ser el delito de secuestro un delito permanente, la agresión sobre la posesión jurídica y la esfera de la libertad ambulatoria sigue siendo actual o inminente en todo el tiempo que dure la situación antijurídica de la privación de la libertad ambulatoria²⁰⁰⁹. Esto conlleva que la legítima defensa es aplicable con toda su amplitud de medio idóneo para defender la posesión jurídica de la esfera de libertad ambulatoria²⁰¹⁰, que a la misma confiere la regulación de nuestro ordenamiento punitivo, sin restricción alguna en relación a los varios momentos de la comisión criminal del injusto del secuestro correspondiente a la estructura típica de la aludida figura delictiva²⁰¹¹.

Esto quiere decir que la aplicabilidad de la legítima defensa es viable en la realización en el momento del encierro o de la detención, así como en la fase de privación de la libertad ambulatoria personal, abarcada por la descripción típica del injusto del secuestro²⁰¹². Por ejemplo, es aplicable la defensa de la posesión jurídica en el momento que los secuestradores tratan de retener a la persona ya sea deteniéndola o encerrarla para subirla en un vehículo y la víctima puede defenderse forcejeando con los infractores de la norma, hasta el punto de poder

²⁰⁰⁸ STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, op. cit., pág. 133. En la jurisprudencia STS 1561/2009, ponente: Luis Román PUERTA LUIS, (Fundamentos de Derecho II, págs. 5, 6 y 7).

²⁰⁰⁹ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 367. En la jurisprudencia STS 1561/2009, ponente: Luis Román PUERTA LUIS, (Fundamentos de Derecho II, pág. 6).

²⁰¹⁰ Vid. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Aspecto esenciales de la legítima defensa*, Editorial Bosch, Barcelona, 1978, pág. 353.

²⁰¹¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 155; ID. (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., págs. 147 y 148; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., págs. 236 y 238.

²⁰¹² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 155 y 156; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., pág. 237.

utilizar un arma de la que sean portadores o provocarles lesiones en su esfera corporal²⁰¹³.

La legítima defensa requiere una serie de elementos esenciales, que el artículo 20.4 del Código Penal español prevé: en primer lugar, una agresión ilegítima (delito): sin agresión no hay defensa, y dicha agresión debe ser actual o inminente²⁰¹⁴; en segundo lugar, la agresión debe provenir de una conducta humana (postura dominante), respecto de la que la dogmática moderna exige la evitabilidad de la conducta (postura minoritaria)²⁰¹⁵, y en el particular del injusto del secuestro, la conducta del encierro o la detención de la víctima del delito y la incidencia en interés jurídico (doctrina dominante)²⁰¹⁶, que constituye para la doctrina moderna un deber negativo de no privar de la libertad ambulatoria a otro ciudadano²⁰¹⁷; en tercer lugar, la agresión antijurídica, representada por la acción de la privación de la libertad; en cuarto lugar, la necesidad de la defensa de la posesión jurídica, pues el único fundamento de la facultad de defensa será la conservación del potencial de acción que corresponde al agredido, para la postura minoritaria y moderna²⁰¹⁸, mientras que se requiere para la postura tradicional y dominante²⁰¹⁹ que la necesidad de defensa sobre el bien jurídico se cifre en el menor menoscabo posible para lesionar los bienes jurídicos del agresor; y, por último, como quinto requisito, la falta de provocación de la legítima defensa, o sea, que el agredido no sea el provocador inicial de la defensa²⁰²⁰.

²⁰¹³ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 358; STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, op. cit., pág. 138.

²⁰¹⁴ Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, “Teoría general de la justificación”, op. cit., págs. 83 y 87. Cfr. PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, op. cit., pág. 16.

²⁰¹⁵ Vid. KINDHÄUSER, Urs, “Acerca de la génesis de la fórmula el Derecho no necesita ceder ante el injusto”, op. cit., págs. 96 y 97.

²⁰¹⁶ Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, *Los elementos subjetivos de justificación*, op. cit., pág. 22; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 364.

²⁰¹⁷ Vid. PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, op. cit., pág. 16.

²⁰¹⁸ Con respecto a la postura moderna de la legítima defensa, véase PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, op. cit., págs. 16 y sigs; ID., “La legítima defensa según Kant y Hegel”, op. cit., págs. 3 y sigs; KINDHÄUSER, Urs, “Acerca de la génesis de la fórmula el Derecho no necesita ceder ante el injusto”, op. cit., págs. 65 y sigs.

²⁰¹⁹ Sobre la postura tradicional y dominante, JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 362 y sigs; STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, op. cit., págs. 132, 134 y 141; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 155 y 156; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 147 y sigs; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, págs. 171 y sigs., donde efectúa una matización a la postura moderna y minoritaria de la legítima defensa, relativa a la negación de la negación del Derecho de Hegel.

²⁰²⁰ SANZ MORÁN, Ángel José, “Teoría general de la justificación”, op. cit., pág. 88; STS 1561/2009, ponente: Luis Román PUERTA LUIS, (Fundamentos de Derecho II, pág. 6).

Dentro de las variables de la acción de defensa en el secuestro, se puede privar de la libertad ambulatoria al sujeto activo, por ejemplo si el secuestrador se distrae y el sujeto pasivo (víctima) aprovecha la oportunidad para encerrarlo en un lugar, o la víctima toma el arma²⁰²¹ del secuestrador y le ordena que le dé las llaves del lugar donde lo encierra. Tales hipótesis entran en el ámbito de la legítima defensa como una forma necesaria para poder liberarse el secuestrado de la agresión ilegítima contra su posesión jurídica²⁰²².

Ahora bien, la legítima defensa tiene un requisito de los que anteriormente mencionamos cual es el de que sea proveniente de un comportamiento evitable de una persona en derecho o sujeto, lo que quiere decir que sólo se configura la legítima defensa como causa de justificación por acciones de personas y no frente a hechos de animales, por ejemplo, si en el secuestro de una persona, el secuestrador tiene unos perros guardianes que custodian al secuestrado para que no se libere, en tal caso hay posibilidad de legítima defensa cuando el secuestrador está agrediendo a la víctima y ordena a los perros guardianes adiestrados en el arte de la vigilancia y caza que si se mueve la víctima del secuestro la lastimen, pero el punto fundamental para que exista legítima defensa en este caso es que el secuestrador está todo el tiempo vigilando al secuestrado (víctima) con los perros, que son una arma para la retención. Sin embargo, ante la agresión de los perros hay estado de necesidad²⁰²³, no legítima defensa, por ejemplo, si el secuestrador se va del lugar de la retención y la víctima aprovecha el momento para liberarse y lastimar a los perros, existe estado de necesidad, mientras que habrá legítima defensa si el secuestrado repele el ataque del secuestrador tomando su arma, encerrándolo o incluso matándolo²⁰²⁴. Sería viable la muerte²⁰²⁵ del secuestrador, en primer lugar, por razones de la necesidad de la defensa de repeler el ataque a la posesión jurídica, y en segundo lugar, por

²⁰²¹ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 366 y 367; STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, op. cit., pág. 138. En la jurisprudencia, véase la STS 7205/2006, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 12).

²⁰²² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 156, nota al pie de página número 195; ID. (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 148; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., pág. 237 y 238. Cfr. PALERMO, Omar, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Editorial Atelier, Barcelona, 2006, pág. 372, nota al pie de página número 1536.

²⁰²³ Vid. PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, op. cit., págs. 23 y 24.

²⁰²⁴ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 367 y 371; STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, op. cit., págs. 132 y 138; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., pág. 237.

²⁰²⁵ Cfr. STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, op. cit., pág. 133. En la jurisprudencia, STS 1561/2009, ponente: Luis Román PUERTA LUIS, (Fundamentos de Derecho II, págs. 5, 6 y 7). En dicha sentencia se sanciona el exceso intensivo de legítima defensa de un secuestrado que mata a uno de los secuestradores con 6 apuñaladas y al otro secuestrador le arroja aceite hirviendo, estimando el juzgador un exceso intensivo de legítima defensa y calificando de homicidio la conducta del secuestrado.

el derecho de la autoprotección de las esferas y posiciones jurídicas²⁰²⁶. El injusto del secuestro es un delito grave, que reclama una especial protección de la esfera de la libertad ambulatoria al ser ésta un bien²⁰²⁷ susceptible de posesión jurídica de transcendencia social para poder desenvolvemos en el mundo social, pudiendo ser necesario para defenderlo incluso quitar la vida a otro sujeto que ataque de manera antijurídica la posesión de la libertad ambulatoria, pero sólo en las situaciones de peligro eminente²⁰²⁸ de la pérdida total de la libertad ambulatoria, es decir, ante una manifestación latente de lesividad de la conducta de agresión, ante la que estamos autorizados a defender con las últimas de las consecuencias posibles la libertad ambulatoria, por ser la misma una esfera de translación social que nos permite la interacción y organización con el mundo social²⁰²⁹.

La aplicabilidad de la legítima defensa en el injusto del secuestro es admisible en cuanto a la defensa de esferas y posiciones jurídicas propias o ajenas²⁰³⁰, por ejemplo, si un padre de familia repele el ataque de un secuestrador que pretende sustraer a su hijo²⁰³¹, puede utilizar incluso una arma de fuego lícita o ilícita (como las consideradas para el uso del ejército) en función de la necesidad de repeler la agresión antijurídica a la esfera de libertad ambulatoria, aunque sea una esfera jurídica ajena, porque el ordenamiento penal determina con el concepto en “defensa” del artículo 20.4 la viabilidad de la defensa propia o

²⁰²⁶ Vid. PAWLIK, Michael, “La legítima defensa según Kant y Hegel”, op. cit., pág. 58, nota al pie de página número 171. En un sentido equivalente de la autoprotección, JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 361 y 362 368, 369 y 373. Cfr. STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, op. cit., pág. 139.

²⁰²⁷ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 151 y 152; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, págs. 172 y 173.

²⁰²⁸ KINDHÄUSER, Urs, “Acerca de la génesis de la fórmula el Derecho no necesita ceder ante el injusto”, op. cit., págs. 88 y 89. “Citando a Levita”: “El agredido obtiene la autorización de la legítima defensa por el lapso y para el fin de la defensa frente al peligro proveniente del agresor, la legítima defensa encuentra una restricción únicamente en “que la violencia tiene que ser ejercida en pos de la defensa, tiene que guardar relación no con la vida del bien amenazado, sino con la magnitud del peligro, a saber, la posibilidad de perder el disfrute tranquilo de un Derecho. Puesto que la personalidad no está forzada a renunciar al más ínfimo bien frente a una agresión antijurídica, el peligro de la pérdida del más ínfimo bien jurídico la más alta medida de violencia ejercida, si el bien amenazado no pudiera ser preservado con menor violencia; en cambio, el peligro para el bien mayor no excusa la más mínima violencia que supere la medida requerida por el salvamento del mismo”. Como también, PAWLIK, Michael, “La legítima defensa según Kant y Hegel”, op. cit., pág. 47; ID., “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, op. cit., pág. 23.

²⁰²⁹ En una postura equivalente, JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 358 y 368, 369, 374 y 375; STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, op. cit., pág. 131, nota al pie de página número 4; IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, op. cit., pág. 333; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., pág. 239.

²⁰³⁰ Vid. STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, op. cit., pág. 130.

²⁰³¹ MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., pág. 239.

ajena de las esferas y posesiones jurídicas²⁰³², sin perjuicio de que haya que distinguir entre la situación de legítima defensa y la de un estado de necesidad exculpante en el auxilio necesario para repeler la agresión antijurídica²⁰³³.

2. Legítima defensa putativa

La legítima defensa putativa²⁰³⁴ es aquella en que el agredido (defensor) cree erróneamente ser atacado por alguna persona, pero tal ataque no existe en la realidad sino que procede de su imaginación, siendo excluida la culpabilidad si el autor (agredido o defensor) ha actuado en base a un error, miedo o pánico ante la agresión imaginaria. Incluso este tipo de problema de legítima defensa es tratado como un “error *sui generis*”, es decir, un error²⁰³⁵ en el tipo permisivo acerca de los elementos de la legítima defensa²⁰³⁶.

Por ejemplo, una joven (A) que se dirige a su casa por la noche, y en una calle donde hay poca luz observa que un sujeto (B) viene hacia ella con un objeto en la mano que no distingue, pero tiene conocimiento por los medios de información de que hay un secuestrador que actúa por las noches, de suerte que lleva en su bolso un gas (spray/aerosol) de pimienta de defensa personal, y cuando se acerca el sujeto (B) y extiende la mano, A acciona el interruptor del gas para rosearlo en la cara del B y salir corriendo, sin embargo, tras ejecutar la acción defensiva, se da cuenta que (B) es su novio que le traía unas rosas y chocolates de sorpresa.

Para poder delimitar y aclarar estos tipos de casos donde puede existir la legítima defensa putativa, se ha analizar el sentido objetivo de la situación concreta, pues ha de valorarse la situación concreta conforme a los datos que en el momento se tenían²⁰³⁷, así como a todas las representaciones que el sujeto

²⁰³² Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 152; ID., *Lecciones de Derecho penal*. op. cit., 2016, pág. 176.

²⁰³³ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 374.

²⁰³⁴ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Editorial Civitas, Madrid, 1976, págs. 1 y sigs; SANZ MORÁN, Ángel José, “Teoría general de la justificación”, op. cit., pág. 82; JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, op. cit., págs. 129-138.

²⁰³⁵ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, op. cit., págs. 90, 91 y 92.

²⁰³⁶ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, op. cit., pág. 92; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 374 y 528; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 152; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, pág. 176. En la jurisprudencia, STS 1001/2010, ponente: Francisco MONTERDE FERRER, (Fundamentos de Derecho II, pág. 9).

²⁰³⁷ En un sentido equivalente, pero desde la perspectiva objetiva de la legítima defensa, PALERMO, Omar, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, op. cit., pág. 373.

razonablemente hubiera tenido en tal situación en que piensa que es víctima de un ataque ilegítimo de un tercero²⁰³⁸.

B) Estado de necesidad

1. Fundamentación

El estado de necesidad²⁰³⁹ presupone una situación de peligro para un legítimo interés que sólo puede evitarse mediante la lesión del de otra persona. Es una causa de justificación consistente en lesionar una posesión jurídica (bien jurídico/interés) o infringir un deber para evitar un mal propio o ajeno de mayor entidad que el mal causado²⁰⁴⁰.

El estado de necesidad está contemplado en el artículo 20.5, del Código Penal español, que alude al que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesiona un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber. Para su configuración como causa de justificación, exige una serie de requisitos: que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar; que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto, y por último, que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse para salvaguardar el bien jurídico.

Desde el punto de vista doctrinal, se ha exigido una serie de elementos dogmáticos: que el sujeto actúe guiado por un estado real de necesidad, y este requisito exige la constatación objetiva de una situación de necesidad²⁰⁴¹; que el sujeto actúe con el propósito de evitar un mal propio o ajeno, de forma que, junto al primer requisito elemento objetivo, este segundo requisito requiere la constatación del elemento subjetivo de justificación²⁰⁴²; que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto, careciendo de relevancia que la situación de necesidad haya sido causada por una conducta imprudente del sujeto²⁰⁴³; que el necesitado no tenga un rol social especial, ya sea por su cargo, oficio, profesión, que comporte la obligación de sacrificarse por la posesión jurídica a salvar, por ejemplo, soldados, policías, bomberos, médicos,

²⁰³⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 152; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, pág. 176.

²⁰³⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 379.

²⁰⁴⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 152 y 153; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, págs. 176 y 177.

²⁰⁴¹ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 382. Como también MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., págs. 244 y sigs.

²⁰⁴² Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, *Los elementos subjetivos de justificación*, op. cit., págs. 50, 51, 60, 61, 67, 83, 85, 91; ID., “Teoría general de la justificación”, op. cit., págs. 84 y 85; ID., “Los elementos subjetivos de justificación”, op. cit., págs. 723-745.

²⁰⁴³ Vid. MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., págs. 247 y 248.

abogados, etcétera, si bien tal requisito de la obligación especial de sacrificarse no significa que el obligado tenga que actuar ciegamente ni que tenga el deber de sacrificar su vida por la posesión jurídica que se pretende salvaguardar²⁰⁴⁴; y por último, que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Con ello, la doctrina mayoritaria²⁰⁴⁵ introduce el criterio de la ponderación de intereses o bienes jurídicos, conforme al cual el estado de necesidad justificante abarca aquellas situaciones en las que se trata de evitar un mal mayor que el causado y aquellos supuestos de conflicto de bienes jurídicos iguales²⁰⁴⁶, y la dogmática minoritaria moderna, encabezada por Michael PAWLIK²⁰⁴⁷, criticando este último elemento del estado de necesidad, entiende que en la discusión sobre el estado de necesidad justificante existen criterios contra la invocación del principio de la preponderación del mal menor en la evaluación de los intereses preeminentes. Este principio está limitado al caso en que una sola persona toma la decisión. Cuando existe un conflicto entre varios intereses de una misma persona, se elige racionalmente aquella alternativa que representa para ella el mal menor. El cómputo de beneficios y pérdidas no es aquí problemático, pues éstas se producen en una misma persona. En cambio, en el caso del estado de necesidad, concurren intereses de personas distintas. Sólo bajo la premisa de que esta circunstancia distinta no excluye una compensación entre desvalor de acción y desvalor de resultado²⁰⁴⁸, es posible aplicar el principio de preponderancia del mal menor. Ahora bien, la legitimidad de esa premisa será negada precisamente por un destinatario de la intervención que se mantenga firme en una concepción puramente negativa de la libertad jurídica. No puede desempeñar ningún papel el principio de la preponderancia del mal menor, dado que, hasta ahora, quienes recurren a ese principio no han llevado a cabo esa tarea, por lo que la invocación de este resultado apresurada; la verdadera tarea de fundamentación no se ha realizado, sino que se ha omitido.

Ahora bien, si no se cumplen los anteriores requisitos establecidos en el artículo 20.5, del Código Penal español, estamos ante una una causa de

²⁰⁴⁴ Vid. MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., pág. 248.

²⁰⁴⁵ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 382. Cfr. SANZ MORÁN, Ángel José, “Naturaleza del sistema de justificación”, op. cit., págs. 46 y 47.

²⁰⁴⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 153; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, pág. 177.

²⁰⁴⁷ PAWLIK, Michael, “Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosóficas-jurídicas y configuración dogmática”, traducción del alemán por Leandro DIAS / Marcelo D. LERMAN / Patricio SABADINI, con la revisión de Laura WITTMANN, *Indret* 4/2015, págs. 10 y 11. (Accesible en <http://www.indret.com/pdf/1175.pdf>); PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, op. cit., págs. 22 y 26.

²⁰⁴⁸ Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, *Los elementos subjetivos de justificación*, op. cit., págs. 5-10, 18-19, 23-24, 32-34, 46 notas al pie de página número 137 y 140, 56, 61, 62, 68-71, 75, 77, 78, 82, 84, 92; ID., “Teoría general de la justificación”, op. cit., págs. 81 y 82; ID., “Los elementos subjetivos de justificación”, op. cit., págs. 726, 728, 733 nota al pie de página 27, 735, 736, 737, 739 y 740; ID., “Naturaleza del sistema de justificación”, op. cit., pág. 41.

inculpabilidad o bien ante una eximente incompleta de estado de necesidad. La distinción entre el estado de necesidad justificante y el exculpante tiene consecuencias de gran aplicación²⁰⁴⁹. En el estado de necesidad justificante el hecho antijurídico está justificado, por ello frente a quien así actúa no cabe realizar la legítima defensa y, otra virtud, que tiene que no cabe la sanción por la participación en el caso de estado de necesidad justificante. En cambio, en el estado de necesidad exculpante, el hecho antijurídico es considerado disculpado. El afectado por la acción necesaria puede ejercer la legítima defensa y la participación en aquellos casos será punible²⁰⁵⁰ en tanto que el partícipe no se encuentre en la propia situación de un estado de necesidad propio, de un pariente o de una persona allegada. La aplicación del estado de necesidad ya sea justificado o exculpante varía ante el error sobre la existencia de una situación de necesidad, pues son invocables las disposiciones penales dependiendo de la clase de error que provoca el estado de necesidad, pero este último supuesto pertenece al ámbito del estado de necesidad putativo²⁰⁵¹.

La distinción entre estado de necesidad y legítima defensa estriba en que el estado de necesidad tradicionalmente ha sido considerado como una colisión de derechos, en que un derecho se ve enfrentado a otro derecho, de forma que un derecho superior (por ejemplo, la vida, libertad ambulatoria, honor, etcétera) ha de preservarse a costa de un derecho inferior (por ejemplo, el patrimonio)²⁰⁵². En cambio, la legítima defensa se ve enfrentada a la negación del derecho, es decir, que el derecho agredido se reafirma repeliendo la acción agresiva²⁰⁵³ y, con ello, negando un derecho de agresión²⁰⁵⁴, en suma, contribuye a la restauración de la comunicación contra-fáctica.

El estado de necesidad justificante puede manifestarse en las formas de estado de necesidad agresivo²⁰⁵⁵ y estado de necesidad defensivo²⁰⁵⁶. El estado de

²⁰⁴⁹ Vid. MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., pág. 242.

²⁰⁵⁰ Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, “Teoría general de la justificación”, op. cit., pág. 88.

²⁰⁵¹ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 381, 524 y 525. Como también, MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., pág. 245.

²⁰⁵² Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 387.

²⁰⁵³ Vid. MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., pág. 241.

²⁰⁵⁴ KINDHÄUSER, Urs, “Acerca de la génesis de la fórmula el Derecho no necesita ceder ante el injusto”, op. cit., págs. 71, 89 y 91.

²⁰⁵⁵ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 498 y sigs.

²⁰⁵⁶ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 520 y 521; SANZ MORÁN, Ángel José, “Teoría general de la justificación”, op. cit., págs. 87 y 88; ROBLES PLANAS, Ricardo, “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos”, en Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (Director), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Editorial La ley, Madrid, 2010, págs. 447 y 448; PAWLIK, Michael, “El

necesidad agresivo es justificante en la protección frente a un peligro no evitable de otro modo, para aquellas posiciones jurídicas de rango superior, de modo que han de tolerarse las intervenciones sobre derechos²⁰⁵⁷, cuando sean necesarias para evitar un daño mayor²⁰⁵⁸, por ejemplo, la víctima del secuestro rompe una ventana del lugar donde está retenida para poder escaparse y huir del lugar de la retención, o cuando escapa del lugar de la detención observa que hay un vehículo con la llaves puestas y lo toma para escapar de los secuestradores y no ser alcanzada por ellos. En cambio, el estado de necesidad defensivo²⁰⁵⁹ es aquel donde las intervenciones en los propios derechos comportan peligros fácticos que no proceden de personas capaces de imputación y autorizan a adoptarse medidas defensivas en las que no pueden lesionarse posiciones jurídicas de rango considerablemente superior²⁰⁶⁰, por ejemplo, practicar una interrupción en el embarazo de una mujer para salvar la vida o evitar un daño grave a la salud de la misma, o disparar con una arma de fuego a unos secuestradores que huyen del lugar en el que no han podido perpetrar la comisión delictiva²⁰⁶¹. El estado de necesidad defensivo ha de explicarse con cargo a la mayor laxitud que exhibe la condición de aplicación de la norma correspondiente, la generación del peligro concreto para las posiciones jurídicas cuya salvaguarda se trata de proveer al titular de la posesión jurídica a través de la maniobra defensiva²⁰⁶², sin que de ello dependa que la persona sea capaz de evitar intencionalmente la generación o intensificación del peligro en cuestión²⁰⁶³.

estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, op. cit., págs. 14 y 15.

²⁰⁵⁷ Vid. MAÑALICH R., Juan Pablo (Coord.), “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, op. cit., págs. 278 y 279.

²⁰⁵⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 383.

²⁰⁵⁹ “La norma permisiva del estado de necesidad defensivo tiene que entenderse sometida a la misma cualificación a la cual se encuentra sometida a la misma cualificación a la cual se encuentra sometida la condición de aplicación de la norma permisiva de la legítima defensa. esto es: la generación o intensificación “agresiva” (lato sensu) del peligro –que hace “necesaria” la ejecución de una acción defensiva- ha de ser antijurídica en el mismo sentido en que ha de ser antijurídica en el mismo sentido en que ha de serlo una agresión actual en tanto presupuestos de una permisión sub specie legítima defensa. de esta manera, la norma permisiva del estado de necesidad no resulta aplicable si la respectiva generación o intensificación “agresiva” del peligro queda cubierta por algunas normas permisivas”: MAÑALICH R., Juan Pablo (Coord.), “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, op. cit., pág. 263.

²⁰⁶⁰ KINDHÄUSER, Urs, “Acerca de la génesis de la fórmula el Derecho no necesita ceder ante el injusto”, op. cit., págs. 91 y 92.

²⁰⁶¹ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 391 y 392; PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, op. cit., págs. 15, 19 y 22.

²⁰⁶² Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 521; PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, op. cit., pág. 25.

²⁰⁶³ MAÑALICH R., Juan Pablo (Coord.), “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, op. cit., pág. 261.

Sin embargo, existe una vinculación directa entre el estado de necesidad agresivo y el defensivo desde un punto de vista valorativo, ya que en el estado de necesidad defensivo la persona del obligado solidario es intercambiada, en tanto que en el estado de necesidad agresivo se exige al destinatario de la intromisión el sacrificio solidario de algunas de sus posiciones jurídicas (bienes jurídicos), y en el estado de necesidad defensivo la normativa requiere por consideraciones de solidaridad al propio necesitado a omitir una medida de defensa que ocasionara de manera desproporcionada más daños que beneficios²⁰⁶⁴. Por ello, se puede decir que tanto el estado de necesidad defensivo y agresivo tienen en común un deber de solidaridad mínimo²⁰⁶⁵ por las interacciones sociales.

2. Casos de estado de necesidad en el secuestro

En el injusto del secuestro y en las detenciones ilegales es aplicable el estado de necesidad justificante, con arreglo a las normas generales de validez del mismo. Dentro de los requisitos que establece el artículo 20.5 del Código Penal español, se menciona como primer elemento una situación de necesidad, consistente en un riesgo actual para una posición jurídica (bien jurídico) de trascendencia social para las interacciones sociales²⁰⁶⁶ (por ejemplo, la vida o la libertad, y en este caso específico es la libertad ambulatoria), y por ello, como medio necesario para la evitación de mal de mayor gravedad, se prevé la eximente del estado de necesidad justificante, correlativamente a la existencia de conflictos de bienes jurídicos de desigual valor, en cuya virtud la posesión jurídica de mayor relevancia jurídico-penal prevalece sobre la posesión jurídica (bien jurídico) de menor significado jurídico, de tal forma que la conducta salvadora está dentro del umbral del riesgo permitido por el ordenamiento punitivo²⁰⁶⁷. A continuación se plantean una serie de casos que son ámbito del estado de necesidad justificante para mayor comprensión y esclarecimiento de la situación y aplicabilidad del estado de necesidad justificante en el injusto del secuestro.

²⁰⁶⁴ PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, op. cit., págs. 15, 19 y 22.

²⁰⁶⁵ Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo: “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos, op. cit., pág. 448. Ya que para este autor la distinción entre estado de necesidad defensivo y agresivo, es que para el estado de necesidad defensivo rige el principio de autonomía y su correlato responsabilidad por la organización, es decir, el binomio o sigloma de autonomía/responsabilidad. En el estado de necesidad agresivo rige la máxima *casum senti dominus*, sólo moderado por el principio de solidaridad”.

²⁰⁶⁶ Desde una preceptiva equivalente pero desde la óptica valor constitucional de la dignidad personal, véase MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., pág. 247.

²⁰⁶⁷ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 160 y 161; SANZ MORÁN, Ángel José, *Los elementos subjetivos de justificación*, op. cit., págs. 45, 46, 55 nota al pie de página número 166; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 387.

a) Dañar propiedad ajena para liberarse de la privación de la libertad

Sin ninguna duda estamos ante un supuesto de defensa frente cosas, que si bien es muy próximo a la legítima defensa muestra sus propias características especiales. Este tipo de defensa permite el daño o destrucción de una cosa ajena, en evitación de un peligro originado por el necesitado, siempre que el daño o la destrucción sean necesarias para eludir perjuicios no desproporcionados en relación al mal que se pretende evitar. Existe peligro cuando es probable la causación de un daño. Este tipo de defensa necesaria encuentra cabida sobre todo en relación con ataques de animales, si bien es excluido frente a los ataques de animales que son incitados por los amos o propietarios de los animales en contra de las personas²⁰⁶⁸.

Debe existir en primer lugar la necesidad de salvaguardar una posesión jurídica; en segundo lugar, la utilización del medio menos perjudicial para la realización de la defensa²⁰⁶⁹ (por ejemplo, se debe ahuyentar a los perros que cuidan la casa de seguridad donde se encuentra la víctima del secuestro con golpes, palos y gritos, antes que con una arma de fuego; en tercer lugar, que los daños ocasionados con la acción defensiva no sean desproporcionados²⁰⁷⁰ al peligro²⁰⁷¹ eludido. Este elemento no significa que la admisión de la defensa frente a cosas dependa básicamente de la proporción entre los bienes jurídicos implicados, pues los riesgos materiales también deben ser evitados por cualquiera si el daño causado por la acción defensiva es considerable. La idea fundamental de la justificación no es tanto la salvación de bienes jurídicos de mayor valor jurídico cuanto el derecho de la posesión jurídica que se ve amenazada²⁰⁷². La adecuación al derecho de la defensa frente a cosas no se fundamenta sobre el punto de vista de la conservación del interés de mayor valor, sino más bien sobre la aprobación jurídica de la acción defensiva, que es regida por el principio de autoprotección en caso de un grave perjuicio, y lo está de un modo en el que el

²⁰⁶⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 381.

²⁰⁶⁹ Cfr. PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, op. cit., pág. 19: “está permitido, de ser necesario, destruir mucho más de lo que salva, a quien actúa en estado de necesidad defensivo le está prohibido ocasionar un daño que sea desproporcionado frente al peligro. La preocupación por el futuro del creador del peligro -que se manifiesta en dicha cláusula- representa, no obstante, un interés de la generalidad; quien es puesto en peligro no tendría que interesarse por ese aspecto en su rol básico como persona. Aquel, a quien se le limita su facultad de defensa a favor de la realización de ese interés de conformidad con la cláusula de proporcionalidad...realizada por lo tanto un sacrificio por la generalidad y podría exigir de ella que se le garantice su Derecho a una indemnización.”

²⁰⁷⁰ Cfr. PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, op. cit., págs. 22 y 26.

²⁰⁷¹ *Vid.* PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, op. cit., pág. 25.

²⁰⁷² Cfr. SANZ MORÁN, Ángel José, *Los elementos subjetivos de justificación*, op. cit., págs. 72 y 84; ID., “Teoría general de la justificación”, op. cit., pág. 83.

defensor tiene el solo límite de que el daño inferior de la acción de defensa no ha de ser desproporcionada al riesgo inminente procedente de la cosa dañada o destruida, pues el daño grave y desproporcionado no es compensado en la defensa por la voluntad de defensa jurídicamente aprobada, pues la acción de una persona desencadena el interés general de la colectividad en la afirmación contrafáctica de las expectativas normativas, es decir, de la afirmación del retorno de la comunicación y vigencia de la norma, mientras el menoscabo de la cosa (objeto) dañada no es más que un suceso natural que no significa un menoscabo a la esfera jurídica del afectado, lo que quiere decir que el riesgo derivado de la cosa debe ser evitado si existe la posibilidad de hacerlo²⁰⁷³, pues no es parte de las interacciones sociales.

Mencioné el ejemplo en que el secuestrado puede romper la ventana²⁰⁷⁴ de la habitación donde se encuentra retenido para poder escapar, incluso puede tomar un vehículo que se encuentre cerca del lugar de la privación de la libertad para poder huir de los secuestradores y no ser alcanzado por ellos. En este caso, es medio de defensa necesario tanto el romper una ventana para salir huyendo, como el tomar un vehículo para escapar, pues en tales casos se cumple el primer requisito de necesidad. También se cumple el segundo requisito de que el mal causado sea menor que el que se trata de evitar (daño de propiedad ajena *versus* libertad), aunque éste no es el factor medular, sino la idea de la permisibilidad del derecho para salvaguardar la libertad ambulatoria lesionado otras posiciones jurídicas de fácil recuperación en el mundo social.

También mencioné el supuesto en que los secuestradores tienen unos perros guardianes en la casa o en el lugar de la privación de la libertad²⁰⁷⁵, con el objetivo de evitar que la víctima del secuestro logre escapar de la retención y de custodiar el lugar de la retención, es decir, los perros sirven para resguardar el lugar de la privación y para impedir que la víctima del secuestro pueda escapar. Ante la defensa, o mejor dicho, ante la exclusión de la agresión de los perros, cabe apreciar un estado de necesidad²⁰⁷⁶ en el caso de que el secuestrador se va del lugar de la retención y posteriormente la víctima aprovecha el momento para liberarse lastimando a los perros²⁰⁷⁷, pues frente a un bien semoviente (los perros) se trata de salvaguarda un bien personal cual la libertad ambulatoria, produciéndose un mal inferior a la posición jurídica que se salvaguarda con el

²⁰⁷³ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 382.

²⁰⁷⁴ *Vid. supra* B) Estado de necesidad, inciso 1. Fundamentación, de este mismo capítulo.

²⁰⁷⁵ *Vid. supra* A) Legítima defensa en el secuestro, inciso 1. Aplicabilidad de la legítima defensa, de este mismo capítulo.

²⁰⁷⁶ *Vid.* PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, op. cit., págs. 23 y 24.

²⁰⁷⁷ *Vid.* MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., pág. 237; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 367, 371, 381 y 382; STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, op. cit., págs. 132 y 138.

salvamento de la víctima del secuestro, ya sea repeliendo la agresión o excluyendo el ataque de los perros, ahuyentándolos o matándolos como última forma de salvaguarda de la posesión jurídica de la libertad ambulatoria.

En el sentido de las esferas jurídicas y de las posesiones jurídicas de la prohibición de la perturbación social sobre estas posesiones jurídicas, aunque en el presente caso los perros pueden ser identificados de conformidad con dichos criterios como una causa de peligro, ello no significa la inmediata admisión del estado de necesidad defensivo, ya que las relaciones jurídicas no son relaciones entre personas y cosas, sino establecidas en el plano interpersonal en el que interesan las relaciones sociales determinantes de las expectativas normativas entre dos personas. Por tanto, para la aplicación de las reglas del estado de necesidad es de vital importancia formular las condiciones jurídico-penales bajo las cuales se puede imputar a la persona destinataria de la intromisión del peligro a su bien jurídico. Por ello, la cuestión es si es posible una imputación de esa naturaleza, a pesar de que el destinatario de la intromisión no ha organizado su esfera jurídica de manera contraria a deber²⁰⁷⁸, es decir, cuando la víctima del secuestro no es quien actúa de forma contrario a derecho, sino que se halla en el ámbito de la norma permisiva del estado de necesidad justificante.

b) Cumplimiento de la condición (pago del rescate)

En España²⁰⁷⁹ y en Alemania²⁰⁸⁰ ha habido un sinfín de criterios y dogmas en contra y a favor del cumplimiento de la condición, ya sea pagando un rescate

²⁰⁷⁸ PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, op. cit., págs. 23 y 24.

²⁰⁷⁹ En España hay tres casos muy conocidos. El primero de ellos es el caso de la Hoz Uranga, del 19 de mayo de 1987, en que la finalidad del secuestro perpetrado por ETA era obtener dinero de la familia del empresario a cambio de su liberación, para lo cual un emisario de la banca terrorista nombró como interlocutor a un amigo y empleado del empresario. Otro caso fue el de Elosúa y Arrátibel, en que se enjuiciaron a dos personas, el abogado y miembro del Parlamento Vasco por Herri Batasuna, José María Elosúa, y el empresario Francisco Arrátibel, que intermediaron en el secuestro del empresario Emiliano Revilla, que tuvo lugar el 24 de Febrero de 1988. Ambos mediadores intervinieron a petición expresa de la familia del empresario, negociando la cantidad y el modo de entregarla, aunque en distintos momentos. Arrátibel sólo lo hizo después de que un primer intento de pago fuera frustrado por la policía francesa, ante lo que se solicitó su intervención por la familia y también se dirigió a el grupo terrorista. El Tribunal Superior de Justicia del País Vaco, de la sala de lo civil y penal, de la sección 1ª., dictó la Sentencia del 28 de marzo de 1994, en la que eximió a Elosúa de responsabilidad penal al estimar que en su caso concurría la eximente completa de estado de necesidad, en cambio, en el caso de Arrátibel apreció una eximente incompleta de la misma circunstancia por no estar presente de manera completa el elemento subjetivo de justificación, debido a que junto al móvil de salvar la vida del detenido se apreció el de obtener un aprovechamiento económico, al haber negociado previamente que se le entregaran 75 millones de pesetas en concepto de fianza por los perjuicios que pudieron ocasionársele. La condena fue de dos años de prisión menor y multa de 125. 000 pesetas. El Tribunal Supremo confirmó la condena en su sentencia de 5 de diciembre de 1994. El tercer caso es el de Reizábal: aunque no es un secuestro, sin embargo, versa sobre el impuesto revolucionario exigido por ETA a varios empresarios Vascos. En este caso, en particular, quien interviene como mediador es el abogado

o realizando una acción como liberar presos políticos. Dentro de las posturas dogmáticas formuladas hay autores que dicen que quien paga el rescate realiza una conducta atípica²⁰⁸¹, pero hay otro sector que entiende que actúa en estado de necesidad justificante²⁰⁸², mientras que otros estiman que incurre en una causa de

Álvaro Reizábal, y a favor del extorsionador Miguel Jauregiberri. La Audiencia Nacional, en Sentencia de la sección 1ª. de 14 de mayo de 1993, consideró en este caso que el hecho era típico de colaboración con banda armada, y que no concurría la eximente incompleta de estado de necesidad, pero sí una disminución de la culpabilidad en forma de atenuante analógica al estado de necesidad exculpante, debido a la parcial inexigibilidad de un comportamiento conforme a la norma. la atenuante se aplicó como muy cualificada, y la pena impuesta fue de tres años a prisión menor y multa de 300.000 pesetas. El Tribunal Supremo, en la Sentencia 1314/1994, de fecha del 27 de junio del mismo año, estimó el recurso del condenado Álvaro Reizábal, absolviéndole del delito por el cual se le enjuició, al estimar que faltaba en el hecho del imputado el elemento subjetivo necesario para poder considerarlo típico de colaboración con banda armada, por lo que no llegó a analizar la concurrencia de un estado de necesidad justificante o exculpante. *Vid.* en la doctrina LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La mediación en detención ilegal. ¿Una conducta atípica o justificante?”, *Jueces para la democracia*, número 20, Madrid, 1993, págs. 51 y sigs; MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “Caso de los intermediarios en secuestro”, en Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª. edic, Editorial La ley, Madrid, 2011, págs. 486, 487 y 488. En la jurisprudencia, STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 17 de noviembre de 1994, Rec. 246/1994, ponente: Luis Ramón PUERTA LUIS, *La ley juris* 14230/1994; STS, sala 2ª de lo penal, 5 de Diciembre de 1994, ponente: José Antonio MARTIN PALLIN, Vlex-202721839 (Accesible en <http://vlex.com/vid/-202721839>); Audiencia Nacional, sala de lo penal, Sección 2ª Sentencia de 12 de diciembre del 2011, Rec. 50/2011, ponente: Ángel Luis HURTADO ADRIÁN, *La ley juris* 231611/2011; Audiencia Nacional, sala de lo penal, Sección 2ª Sentencia 16/2014 de 24 de junio del 2014, Rec. 19/2008, ponente: Ángel Luis HURTADO ADRIÁN, *La ley juris* 95984/2014.

²⁰⁸⁰ En Alemania han suscitado los casos *Larenz, Schleyer y Pahle*. Véase ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 703 Y 704; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 518; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 389, nota al pie de página número 44, 520, nota al pie de página número 13 y 521; CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “El rasterfahndung en el Derecho procesal penal alemán y su aplicación en la lucha antiterrorismo”, *RECPC* 06/2003, págs. 8 y sigs. (Accesible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06.html>); MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “Caso de los intermediarios en secuestro”, op. cit., pág. 496, nota al pie de página número 8.

²⁰⁸¹ *Vid.* LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La mediación en detención ilegal. ¿Una conducta atípica o justificante?”, op. cit., págs. 64 y 65; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., pág. 146.

²⁰⁸² *Vid.* LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La mediación en detención ilegal. ¿Una conducta atípica o justificante?”, op. cit., págs. 62 y sigs; VALLE MUÑIZ, José Manuel, “El elemento subjetivo de la eximente de estado de necesidad y el delito de colaboración con bandas armas. Comentarios a la STS de 5 de diciembre de 1994”, *AP*, tomo 1, Madrid, 1995, págs. 241 y sigs; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad. Legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes”, en Albin ESER / Enrique GIMBERNAT ORDEIG / Walter PERRON (Edit.), *Justificación y exculpación en Derecho penal. Coloquio Hispano-Alemán de Derecho penal*, Editorial Gráficas arias montano, S. A., Madrid, 1995, págs. 70 y 71; ID., “Piratas sin pata de palo”, *Diario el mundo*, 24 de noviembre del 2009. (Accesible en: <http://www.elmundo.es/opinión/tribuna-libre/2009/11/21232370.html>); ID., “De nuevo sobre el caso Haidar”, *Diario El mundo*, 15 de diciembre del 2009. (Accesible en: <http://www.elmundo.es/opinión/tribuna-libre/2009/12/21531902.html>); ID., “Prólogo a la segunda edición, julio de 1996”, *Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, Edición preparada por

exculpación por estado de necesidad exculpante, o incluso, como en el el caso de un mediador o abogado, en el ejercicio de un derecho o en cumplimiento de un deber²⁰⁸³, incluso, en mi opinión, si es un mediador, es decir, una persona externa al secuestro contratada por los familiares de la víctima del secuestro con la intención de liberar al rehén del secuestro lo más rápido posible y dar agilidad al trámite de los requisitos y peticiones de los secuestradores, estaríamos ante una conducta neutral que se encuentra dentro del umbral de las conductas sociales estereotipadas, y respecto de la cual rigen la prohibición de regreso²⁰⁸⁴ y el riesgo permitido. por ser una conducta que se encuentra en el coto de las interacciones sociales adecuadas del desenvolvimiento social.

El cumplimiento de la condición de rescate o la condición impuesta por los secuestradores a los familiares de la víctima del secuestro determina un estado de necesidad justificante, siempre y cuando sean ellos mismos quienes realicen el pago²⁰⁸⁵ y gestionen todo lo prudente para la liberación de la víctima, aunque es admisible que un tercero realice una conducta neutral (por ejemplo, un mediador calificado, o un abogado, pues la actividad del litigio profesional es una labor tan amplia que en muchas ocasiones los abogados son mediadores en conflictos del orden civil, mercantil, laboral, etcétera, e incluso en el ámbito penal, por ejemplo, en el caso de una negativa de la concesión del perdón de la víctima o del pago de daños de un siniestro de tránsito para concluir una causa penal). Hay estado de necesidad justificante si el padre del hijo secuestrado es quien paga el rescate a los secuestradores, para liberar a su hijo que se encuentra cautivo por los secuestradores, por la concurrencia de los elementos exigidos en el ordenamiento penal.

El Código Penal español, en el art. 20.5 (estado de necesidad), justifica la acción y declara exento de pena al autor de la acción salvadora, cuando la lleva a cabo para evitar la lesión de un bien jurídico-penalmente protegido de igual o mayor valor²⁰⁸⁶. Esta es la postura sostenida por la teoría unitaria o unidad del

Enrique GIMBERNAT ORDEIG, con la colaboración de Esteban MESTRE DELGADO, 22ª edic, Editorial Tecnos, 2015, pág. 71; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., pág. 146 y 147; MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “Caso de los intermediarios en secuestro”, op. cit., págs. 485 y sigs.

²⁰⁸³ Vid. LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La mediación en detención ilegal. ¿Una conducta atípica o justificante?”, op. cit., pág. 62; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., pág. 147. Cfr. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2011, pág. 152; ID., “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2015, págs. 139 y 140.

²⁰⁸⁴ Vid. *supra* capítulo IV Imputación normativa en la tipicidad del secuestro, inciso D) Prohibición de regreso, número 2. Casos de prohibición de regreso en el secuestro, letra c) Caso del mediador del secuestro.

²⁰⁸⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “Caso de los intermediarios en secuestro”, op. cit., págs. 494, 498, 499, 502 y 504. Este autor alude a la justificación personalmente condicionada, apoyándose en la inexigibilidad de otra conducta, al estimar que es el punto de unión entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante.

²⁰⁸⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “De nuevo sobre el caso Haidar”, *Diario El Mundo*, 15 de diciembre del 2009; ID., “Piratas sin pata de palo”, *Diario El Mundo*, 24 de noviembre del 2009.

estado de necesidad (aunque por nuestra parte nos inclinemos a favor de la teoría diferenciadora)²⁰⁸⁷. La liberación ambulatoria del hijo secuestrado representa una posesión jurídica superior que el pago del rescate, pues la libertad ambulatoria es de mayor valor que el patrimonio, con lo que se cumple el primer requisito del estado de necesidad²⁰⁸⁸; al ejecutar el padre una acción salvadora para evitar un mal mayor que es la privación de la libertad y la posible muerte de su hijo, por ello, lesiona otro bien jurídico que bien podría materializarse en la infracción del delito de colaboración con banda armada²⁰⁸⁹, con lo que también se cumple el segundo elemento del estado de necesidad ya que el mal que causa es inferior al mal que evita.

Sobre un secuestro realizado por ETA, Enrique GIMBERNAT ORDEIG²⁰⁹⁰ señala que, si la familia de un empresario secuestrado paga varios millares de euros a la organización terrorista para lograr la puesta en libertad del rehén, también ese delito de colaboración con banda armada estaría justificado –con lo que los autores de la colaboración quedarán exentos de responsabilidad criminal– porque la pena por la colaboración con banda armada es inferior y el bien jurídico que protege ese delito es de menor valor que los bienes jurídicos salvaguardados –gracias al abono del rescate– de la libertad del secuestrado y de la potencial amenaza contra su vida²⁰⁹¹.

El elemento objetivo del estado de necesidad consiste en que el autor tiene que conocer la situación de justificación, esto es, que concurre una colisión de posiciones jurídicas (bienes jurídicos) en que es necesario sacrificar uno para

²⁰⁸⁷ Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, “Teoría general de la justificación”, op. cit., págs. 76 y 80; ID., “Naturaleza del sistema de justificación”, op. cit., págs. 39-42.

²⁰⁸⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “Caso de los intermediarios en secuestro”, op. cit., págs. 493 y 494.

²⁰⁸⁹ En un ejemplo equivalente al nuestro planteado es el apoderamiento de un barco en alta mar por piratas somalís. En palabras de Enrique GIMBERNAT ORDEIG: “Los miembros del gobierno español, así como todos los funcionarios del Estado -cualquiera que sea su rango- que hayan intervenido en la negociación y en el pago del rescate para que fuesen liberados los tripulantes del Alakrana, han realizado el tipo penal del art. 518 del Código Penal, que castiga a los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase...favorezcan...la actividad de las asociaciones comprendidas en los números 1º y 3º al 6º del art. 515, ya que ese art. 515 1º- al que expresamente se remite el art. 518- establece que son asociaciones ilícitas...las que tengan por objeto cometer algún delito, circunstancia que obviamente concurre en la organización pirata somalí recipiendaria de dicho rescate, organización que tiene por objeto la comisión de los delitos de detención ilegal y de robo con intimidación”. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Piratas sin pata de palo”, *Diario El Mundo*, 24 de noviembre del 2009.

²⁰⁹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad. Legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes”, op. cit., pág. 70; ID., “Piratas sin pata de palo”, *Diario El Mundo*, 24 de noviembre del 2009; ID., “De nuevo sobre el caso Haidar”, *Diario El Mundo*, 15 de diciembre del 2009; ID., “Prólogo a la segunda edición, julio de 1996”, op. cit., pág. 71.

²⁰⁹¹ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 387 y 388. Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “Caso de los intermediarios en secuestro”, op. cit., págs. 495 y 496.

salvar la otra posesión jurídica (bien jurídico), pero no es preciso que actúe específicamente y exclusiva con la voluntad de salvamento, lo que en nuestro caso se materializa en que el padre actúe por la situación real y necesaria de pagar el rescate para salvar la vida y libertad de su hijo. En cuanto al elemento subjetivo del estado de necesidad, no se requiere un elemento intencional (móviles, ánimos) para salvaguardar la posición jurídica²⁰⁹².

Todas las causas de justificación sin excepción alguna están reguladas por el baremo del riesgo permitido, que la doctrina tradicional denomina cláusula de adecuación²⁰⁹³, en el sentido de que los menoscabos a las esferas de interacción social jurídicamente protegidas, para que puedan quedar exenta de pena, ha de manifestarse como el medio adecuado/correcto para alcanzar la finalidad de salvamento de la posesión jurídica en peligro, ya que el legislador penal ha reconocido como legítimo o correcto²⁰⁹⁴ el acto de salvamento porque se encuentra dentro del umbral de lo socialmente tolerable²⁰⁹⁵ por la injerencia del salvador.

El criterio de la conducta adecuada de salvamento, que complementa y, a su vez, corrige el de proporcionalidad, y por ello también el de la colisión de los deberes, puede deducirse tanto de los principios generales del derecho, como de las regulaciones especiales contenidas en leyes penales y extra-penales²⁰⁹⁶, por lo que la acción de salvamento que realiza el salvador o necesitado debe estar dentro del umbral del riesgo permitido y de lo socialmente tolerable por la

²⁰⁹² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad. Legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes”, op. cit., pág. 70; ID., “Piratas sin pata de palo”, *Diario El Mundo*, 24 de noviembre del 2009; MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “Caso de los intermediarios en secuestro”, op. cit., págs. 495 y 507; ID., “Prólogo a la segunda edición, julio de 1996”, *Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, Edición preparada por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, con la colaboración de Esteban MESTRE DELGADO, 22ª. edic, Editorial Tecnos, 2015, pág. 71. ID., “Prólogo a la segunda edición, julio de 1996”, *Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, op. cit., pág. 71. Cfr. SANZ MORÁN, Ángel José, *Los elementos subjetivos de justificación*, op. cit., págs. 38, 39 y 40; LAMARCA PÉREZ, Carmen, “La mediación en detención ilegal. ¿Una conducta atípica o justificante?”, *Jueces para la democracia*, número 20, Madrid, 1993, págs. 63, 64 y 65, que estima necesario que se den los dos elementos del estado de necesidad justificante tanto el elemento objetivo y subjetivo para considerar el estado de necesidad como una eximente completa. En el mismo sentido, VALLE MUÑIZ, José Manuel, “El elemento subjetivo de la eximente de estado de necesidad y el delito de colaboración con bandas armadas. Comentarios a la STS de 5 de diciembre de 1994”, *AP*, tomo 1, Madrid, 1995, págs. 241 y sigs.

²⁰⁹³ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 387.

²⁰⁹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “De nuevo sobre el caso Haidar”, *Diario El Mundo*, 15 de diciembre del 2009.

²⁰⁹⁵ Vid. ROBLES PLANAS, Ricardo, “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos”, op. cit., págs. 460 y sigs.

²⁰⁹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “De nuevo sobre el caso Haidar”, *Diario El Mundo*, 15 de diciembre del 2009.

injerencia de la salvación. En nuestro caso, el pago del rescate ciertamente no es una conducta que se encuentra dentro del umbral del riesgo permitido, y por ello de lo socialmente adecuado, pero la sociedad en este tipo de casos en particular permite la infracción del riesgo permitido por la necesidad de salvaguardar un bien superior a costa de uno inferior, y por ello es socialmente tolerable la conducta en la medida en que sirve para salvaguardar²⁰⁹⁷ una posición jurídica superior²⁰⁹⁸ (en este caso, la vida y libertad del hijo secuestrado), a cambio del pago de un rescate (elemento económico de una posesión jurídica inferior).

Sin embargo, la cláusula de adecuación tiene una limitante conforme a la cual sólo se puede recurrir a la intervención del estado de necesidad para una posesión jurídica (bien jurídico) en peligro, con la excepción de la vida humana que no es susceptible de compensación entre sí. Por ello, en ta caso estaremos en un supuesto de estado de necesidad exculpante²⁰⁹⁹. Así, en el apoderamiento de una aeronave por unos terroristas que imponen condiciones para la liberación de rehenes el Estado ante las peticiones de los terroristas estaría actuando en un estado de necesidad exculpante si no cede a las amenazas y coacciones²¹⁰⁰ de los terroristas, y si en un caso grave hipotético el Estado tomara la decisión de derribe de la aeronave²¹⁰¹ sigue actuando en estado de necesidad exculpante²¹⁰²,

²⁰⁹⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo, “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos”, op. cit., pág. 461: “...una situación de necesidad concurre con un deber de tolerancia del sujeto que resulta afectado. Este deber puede tener dos fundamentos: la responsabilidad por la situación de necesidad y la solidaridad. En ambos casos, el deber de tolerancia cumple una doble función: es la razón legitimante de la injerencia en la esfera del afectado, por un lado, y determina la medida de la intromisión legítima en la misma. En relación con esto último: mientras la responsabilidad por la situación de necesidad permitiría justificar una amplia intervención sobre la esfera del afectado, la existencia de un deber de solidaridad permitiría justificar intromisiones muy limitadas”.

²⁰⁹⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo, “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos”, op. cit., pág. 468: “El principio general de solución deberá ser la máxima conservación posible de todos los bienes, admitiendo pérdidas y riesgos por ambos lados, pero conservando su núcleo esencial. Ciertamente, existen casos de colisión en los que no es posible una solución de estas características, esto es, no podrán seguir conviviendo con ciertas pérdidas los dos intereses en conflicto, sino que uno de ellos deberá ser sacrificado. En tales supuestos, el Derecho sólo decidirse por el bien de mayor valor”.

²⁰⁹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 387.

²¹⁰⁰ *Vid.* JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 387 y 520.

²¹⁰¹ La doctrina jurídico-penal en este ámbito del estado de necesidad justificante o exculpante no es uniforme en el supuesto del derribo de aeronaves que son apoderadas (secuestradas) por grupos terroristas. Por ello, véase RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Una cuestión de principios. La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de febrero de 2006, sobre la ley de seguridad aérea, que autorizaba a derribar el avión secuestrado para cometer un atentado terrorista”, op. cit., 257 y sigs; MARTÍNEZ CANTÓN, Silvia, “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad”, en Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (Director), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Editorial La ley, Madrid, 2010,

siendo exculpado el mandatario o jefe del Estado al no poder salvar las vidas de las personas a bordo de la aeronave porque había un interés superior relativo a la vida de la colectividad de la población en riesgo.

En el caso del padre que paga el rescate (cumplimiento de la condición) para liberar a su hijo secuestrado, no es garante ciertamente de la vida de su hijo secuestrado por la conexión arbitrariamente establecida por otro (secuestrador), pero sí por el vínculo que en cualquier caso existe entre padres e hijos y otros familiares²¹⁰³, además de que sería también garante²¹⁰⁴ y tendría que hacer lo que correspondiera para evitar e impedir la muerte de su hijo secuestrado, que está retenido y privado de su libertad ambulatoria y puede ser que el no pago del rescate traiga como consecuencia la muerte de su hijo. Por tanto, quien rechaza la existencia de los secuestradores para el pago del rescate bajo la amenaza de que se dará muerte al niño secuestrado, el padre tiene que pagar lo exigido si no quiere incurrir en la pena de la omisión de socorro, del mismo modo que cualquiera que esté en condiciones de hacerlo²¹⁰⁵ se ha de esforzar en evitar una catástrofe semejante²¹⁰⁶.

págs. 405 y sigs; ROBLES PLANAS, Ricardo, “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos”, op. cit., págs. 445 y sigs; MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “Caso de los intermediarios en secuestro”, op. cit., págs. 494 y 500; CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Caso de la Luftsicherheitsgesetz”, en Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª. edic, Editorial La ley, Madrid, 2011, págs. 911 y sigs.

²¹⁰² JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 387. Por ejemplo, estos autores, mencionan un ejemplo equivalente: “...el cierre de la escotilla en un submarino amenazado de inundación es en realidad necesario para el rescate de la embarcación, pero la muerte de los marineros que de este modo quedan encerrados no queda justificada, sino únicamente exculpada...por el rescate de los otros...”.

²¹⁰³ SEELMAN, Kurt, “¿Existen deberes de solidaridad en el Derecho penal?”, traducción del alemán por Juan Pablo MONTIEL (Dir.), *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013, pág. 74: “Frente a una comprensión restrictiva de los deberes de garantía se encuentra el llamamiento a la «solidaridad», que se realiza de tal manera que el círculo de deberes se amplía mucho más: en definitiva, tampoco se pueden negar desde un principio las relaciones de solidaridad entre padres e hijos mayores, entre quienes comparten una vivienda, entre compañeros de clase, reclusos, soldados, compañeros de fiesta, etc...”.

²¹⁰⁴ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo II, *Especiales formas de aparición del delito*, traducción de la 1ª. edic, alemana y notas por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (Dir.) / José Manuel PAREDES CASTAÑÓN / Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO / Javier DE VICENTE REMESAL / Marta GARCÍA MOSQUERA / María A. TRAPERO BARREALES / Inés OLAIZOLA NOGALES / Raquel ROSO CAÑADILLAS / Soledad BARBER BURUSCO / Leticia JERICÓ OJER / Isabel DURÁN SECO / Virxilio RODRÍGUEZ VÁZQUEZ / Silvia MARTÍNEZ CANTÓN / José-Zamyr VEGA GUTIÉRREZ / Susana ESCOBAR VÉLEZ, Editorial Civitas, Madrid, 2014, págs. 868 y 869.

²¹⁰⁵ SEELMAN, Kurt, “¿Existen deberes de solidaridad en el Derecho penal?”, op. cit., pág. 80. “El argumento tradicional presentado por la teoría del Derecho se encuentra finalmente con que la comentada reducción de los deberes de solidaridad a casos de accidentes y de específicas relaciones estrechas lleva a que se reduzca significativamente el margen de actuación de aquellas personas individualmente obligadas y a que las lagunas de concreción todavía existentes sean colmadas de un modo flexible con la ayuda de estándares sociales, como

C) Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

El artículo 20.7 del Código Penal español regula las causas de justificación del cumplimiento del deber, y del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo²¹⁰⁷.

1. Cumplimiento de un deber

La causas de justificación del cumplimiento de un deber se fundamenta en el principio de la prevalencia del interés preponderante, que tiene cabida cuando frente al interés lesionado por la realización típica aparece en el caso concreto un interés de mayor valor que desplaza al primero. El deber necesariamente ha de ser un deber que tenga relevancia jurídica, pudiendo tratarse de deberes jurídicos y deberes profesionales.

El deber jurídico es directamente derivado de la norma legal, por ejemplo, el deber de denunciar la infracción de una norma de conducta (delito), deberes en el ámbito familiar de alimentación, educación, instrucción y representación de los hijos menores, el deber de impedir la comisión de delitos, etcétera²¹⁰⁸.

El deber profesional, de carácter público y privado, jurídicamente reconocido alude al conjunto de obligaciones profesionales derivadas de la ley, estatutos, reglamentos o contratos jurídicamente válidos, esto es, de la *lex artis*.

Son características esenciales del cumplimiento del deber la legitimidad jurídica, la necesidad de realización práctica de dicho cumplimiento en el caso concreto y el carácter vinculante²¹⁰⁹. Sin embargo, doctrinalmente no hay una unanimidad en que el cumplimiento de un deber sea causa de justificación, ya que para un sector minoritario integra una causa de atipicidad²¹¹⁰, pero en nuestro

por ejemplo, la exigibilidad, la competencia por el peligro y la confianza. Ellos, no obstante, son conceptos que justamente rellenan los deberes generales o los deberes de garante”.

²¹⁰⁶ JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., págs. 216 y 217. Este autor pone de ejemplo, el secuestro de un niño que es realizado por un mendigo que exige el pago de un rescate de cinco marcos.

²¹⁰⁷ Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, “Teoría general de la justificación”, op. cit., pág. 79; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 154; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, pág. 178.

²¹⁰⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 155; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, pág. 179.

²¹⁰⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 155; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, pág. 179.

²¹¹⁰ Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 496 y sigs.

caso concreto, iguiendo a la doctrina mayoritaria, consideramos que el cumplimiento del deber es una causa de justificación²¹¹¹.

Ahora bien, el cumplimiento de un deber constituye una causa de justificación con relevancia en el marco de la tipicidad de los delitos contra la privación de libertad (detención ilegal, secuestro, etc.), porque la observación de determinadas obligaciones jurídicas comparte el empleo de unos medios de tal intensidad que implican una restricción de la libertad ambulatoria individual del sujeto a quien hace referencia el ejercicio del deber jurídico por parte del titular del mismo²¹¹², y este deber puede ser matizado por el rol social especial que existen en el entorno social.

Para poder matizar lo anterior, aludiremos a unos supuestos de deberes jurídicos y deberes profesionales, referido al injusto del secuestro.

En el injusto del secuestro no hay una relevancia penal de un singular deber jurídico como tal, sin embargo es aplicable a la postura genérica de las detenciones ilegales, por la privación de la libertad ambulatoria. Todo ciudadano en derecho (rol social general o común) tiene la obligación de la auto-tutela en aquellos casos y circunstancias donde el Estado no puede actuar inmediatamente, por ejemplo, en el caso de un sujeto que es descubierto *in franganti*²¹¹³ en la realización de un delito, el ciudadano tiene la autorización y el deber de solidaridad con los demás ciudadanos en derecho de en auxiliar a la autoridad que no se encuentra en el momento de la comisión del delito, y por ello todo ciudadano (no sólo el ofendido) tiene además derecho a detener preventivamente o a perseguir al autor de un hecho delictivo ante la sospecha de que va a emprender la huida. La finalidad del derecho de la detención es posibilitar su persecución penal del delincuente²¹¹⁴ y su presentación ante las autoridades competentes, sino, incurrirá el ciudadano en un delito de detenciones ilegales. El

²¹¹¹ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 418 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 159 y 160; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 155; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, pág. 179; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., págs. 249 y sigs.

²¹¹² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 159.

²¹¹³ Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “En 2017, no detengan tanto, por favor”, *Diario El Confidencial*, 05 de enero del 2017; Díez RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., págs. 344 y 345; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2011, pág. 151; ID., “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2015, págs. 138 y 139.

²¹¹⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 426 y 427.

fundamento legal de la detención realizada por el ciudadano está amparado²¹¹⁵ por el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española²¹¹⁶.

Para que sea legítima la detención realizada por un particular deben darse tres requisitos²¹¹⁷: primero, la concurrencia de motivos racionalmente bastantes para creer que el detenido se encuentra en alguno de los casos contemplados en el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española: los motivos racionales deben existir de forma objetiva, es decir, desde la óptica de un observador medio, y no sólo desde el punto de vista del que actúa; en segundo lugar, se debe realizar la detención en la creencia subjetiva de que el detenido se encuentra en uno de los supuestos del citado artículo, y en tercer lugar, el particular ha de tener el propósito de colaborar con la justicia, presentando al detenido inmediatamente a la autoridad competente. La detención realizada con estos requisitos deberá ser en todos los casos respetuosa con el principio de proporcionalidad, de forma que deberá realizarse del modo menos lesivo para el sujeto pasivo. El requisito de la proporcionalidad debe operar no sólo al resolver si es precedente adoptar la medida cautelar, sino también al decidir cómo se efectuará la concreta forma de intervención, siendo respetuosa con la persona y sus derechos fundamentales. De no concurrir estos requisitos, el particular cometerá el delito del artículo 163 (detenciones ilegales) y/o siguientes y no estará amparado por una causa de justificación²¹¹⁸.

También es viable para un sector de la doctrina²¹¹⁹ el internamiento de enfermos mentales en un centro terapéutico especializado, pues el cuidador o tutor del enfermo mental tiene el deber de cuidar y procurar su salud mental, pudiendo por ello internarlo en un centro psiquiátrico en que sea privado de su

²¹¹⁵ Ampliamente MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., págs. 272- 284. Como también, RODA CÓRDOBA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., págs. 12 y sigs.

²¹¹⁶ El artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española establece 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.

²¹¹⁷ MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., págs. 272, 283 y 284.

²¹¹⁸ Vid. RODA CÓRDOBA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., págs. 13- 15.

²¹¹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 159 y 160; RODA CÓRDOBA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., págs. 9 y sigs; Díez Ripollés, José Luis / Gracia Martín, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., págs. 342 y 343; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., págs. 295 y sigs; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2011, pág. 151; ID., “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2015, pág. 139; QUINTERO OLIVARES Gonzalo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2016, pág. 98.

libertad ambulatoria hasta el momento de su alta médica prescrita por los especialistas en la materia.

2. Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

Entre las características esenciales del ejercicio legítimo de un derecho se encuentran la legitimación del derecho, así como su adecuación a sus propios límites legales, sin que se admita exceso ni empleo de medios antijurídicos²¹²⁰.

Dentro de la amplia gama de los ejercicios de derechos que existen en el entorno social, pueden estimarse el ejercicio del derecho de corrección, ejercicio del derecho de alguna actividad profesional (policía, abogado, mediador²¹²¹, médico, piloto de un avión²¹²² etc.) y el ejercicio del derecho a la práctica de los deportes de contacto, etc., que podría considerarse ejercicio legítimo de una actividad, oficio o cargo, en el mundo social²¹²³.

Sin embargo, estas actividades tienen el fundamento y los límites²¹²⁴ de la interacción social, consideradas las circunstancias determinantes de la actividad en cuestión (cargo, oficio, profesión), relativas a los derechos y deberes de la actividad del portador de la posesión, ya sea de manera flexible por las expectativas sociales o reguladas por las expectativas normativas²¹²⁵ de la sociedad en que interactúa la actividad en cuestión; en segundo lugar, se debe tomar en consideración que son numerosos los derechos asumidos a la configuración jurídica del rol social especial, que está compuesto por el “haz de derechos y deberes” e implica una peculiar esfera de exigencia y de interacción social por parte del portador de la posesión jurídica titular de la actividad, toda vez, que tales atribuciones jurídicas representan supuestos de derechos

²¹²⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 155; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, pág. 179

²¹²¹ *Vid. supra* capítulo IV Imputación normativa en la tipicidad del secuestro, inciso D) Prohibición de regreso, número 2. Casos de prohibición de regreso en el secuestro, letra c) Caso del mediador del secuestro.

²¹²² *Vid. supra* capítulo IV Imputación normativa en la tipicidad del secuestro, inciso A) Riesgo permitido, letra b) Aviones comerciales de transporte

²¹²³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 155 y 156; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, págs. 179 y 180.

²¹²⁴ STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 17 de noviembre de 1994, Rec. 246/1994, ponente: Luis Ramón PUERTA LUIS, *La Ley juris* 14230/1994, (Fundamento de Derecho décimo tercero, págs. 13 y 14). “Exige la jurisprudencia, para poder apreciar la concurrencia de esta eximente, que el sujeto actúe en ejercicio de facultades propias de su cargo u oficio, y que ajuste su conducta a las disposiciones que lo reglamentan (v. SS 8 Nov. 1957 y 4 Jul. 1981). En todo caso, como se recuerda en la STS de 14 de junio de 1956, el alcance que debe reconocerse a esta eximente no constituye una patente para que bajo su amparo puedan quedar purificados todos los actos que bajo los supuestos el precepto se realicen, cualquiera que sea su trascendencia sobre los demás, sino que es preciso que aquellos deberes, Derechos, oficios o cargos que presiden la actuación perseguida del inculpado estén dentro de la órbita de su debida expresión, uso o alcance, porque de lo contrario constituyen un abuso capaz y bastante para desvalorar la excusa y para llegar a una definición de responsabilidad”.

²¹²⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 162.

cualificados por la exigencia de la correlativa observación de una obligación legal, que parece configurar una modalidad de rol social especial vinculante u obligatorio para el titular del portador de la posesión jurídica²¹²⁶.

Como lo hemos establecido, el ejercicio de un derecho constituye una causa de justificación en la tipificación de los delitos, como también, lo es de los delitos contra la libertad (secuestro, detención ilegal, etc.), pues, implica la afirmación de lo justo sobre la negación del derecho, y, con ello, comporta la consagración del axioma jurídico fundamental de la justificación penal de la afirmación del Derecho frente a la ilegítima contradicción del mismo derecho²¹²⁷.

Por ello, a continuación aludiré a una serie de casos en que es apreciable el ejercicio legítimo de un derecho, cargo u oficio en el secuestro, dentro del ámbito de los delitos contra la libertad ambulatoria, cuyo tipo fundamental es constituido por la detención ilegal.

a) Ejercicio del derecho de corrección

El ejercicio del derecho de corrección es aquel desarrollado por los padres respecto a sus hijos menores o no emancipados o de los tutores respecto de los menores o incapacitados²¹²⁸, con fines de pedagogía y de instrucción, y ha de concebirse y realizarse siempre en beneficio del corregido. Además, exige un ejercicio moderado y correcto, y el fundamento de la causa de justificación es el cumplimiento del derecho y deber de asistencia familiar²¹²⁹. Esta actividad, o mejor dicho, este ejercicio del derecho es cubierto por el rol social especial de padre o tutor del menor o no emancipado o incapacitado.

Ahora bien, el ejercicio del derecho de corrección, dentro del objeto de estudio, estará justificado en virtud de una exigencia terapéutica y pedagógica, moderada y correcta para educar al menor²¹³⁰, por ejemplo, el castigo paterno al hijo a no salir del cuarto por haber realizado una travesura de niños, en que con la privación de libertad se pretende que el educando piense en lo que hizo y asimile que está mal, incluso exigiendo la petición de perdón para levantar el castigo, de

²¹²⁶ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 162.

²¹²⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 161.

²¹²⁸ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 426. Ampliamente MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., págs. 284-295. Como también Díez Ripollés, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., págs. 343 y 344; QUINTERO OLIVARES Gonzalo, “Delitos contra la libertad”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal, Ajustado al programa de ingreso en las carreras judicial y fiscal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 98.

²¹²⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 156; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, pág. 179.

²¹³⁰ Vid. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2011, pág. 151; ID., “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2015, pág. 139.

forma que tal privación de libertad se mantiene dentro del ámbito de lo permitido y de los parámetros de la educación del menor, y también se deben tomar en consideración las expectativas sociales y normativas del entorno social en relación al derecho de una actividad de corrección moderada y sobre todo en interés del menor y de los derechos de educación del mismo²¹³¹.

En este mismo sentido, un sector de la doctrina está a favor del ejercicio del derecho de corrección por parte de los maestros y educadores²¹³², en cambio otro sector, no y al respecto señala que socialmente ya no es adecuado y es parte de la sociedad del pasado y no de nuestra sociedad²¹³³. En este tipo de casos también pudiera plantearse el supuesto del menor que se portó mal en clases o que no hizo las tareas y deberes y es corregido por ello. Se ha entendido²¹³⁴ que los maestros tienen derecho a corregir a los alumnos derivado del ejercicio de un oficio, que les impone el deber de enseñarles y educarles, pero siempre respetando la integridad física y la dignidad personal del menor, ya que la ley impide de forma tajante los castigos físicos o morales, pero el castigo de un día sin recreo a un niño un día puede fundarse en la adecuación social de la conducta y su escasa relevancia podría excluir el tipo, o bien determinar la presencia de un estado de necesidad, puesto que siendo necesaria la corrección su carácter de mínima gravedad y aceptación social impedirá entender, sin lugar a dudas, que constituye un mal mayor que el que se trate de evitar.

En conclusión, las medidas correctivas en virtud del derecho de corrección estarán dentro de la justificación siempre y cuando sean ejercidas en beneficio del menor, de acuerdo a su edad y personalidad y de forma proporcional y moderada. En ningún caso los malos tratos físicos o psíquicos (tratos degradantes contra la dignidad humana) estarán cubiertos por la eximente del ejercicio del derecho de corrección, y además el Derecho penal agrava las conductas lesivas de los derechos de los menores, por la especial vulnerabilidad de los mismos²¹³⁵.

b) Ejercicio legítimo de un oficio, cargo o profesión: especial relevancia a la actividad policíaca en el secuestro

Esta causa de justificación²¹³⁶ comprende los supuestos de cumplimiento de cualquier deber jurídico o el ejercicio legítimo de cualquier derecho recogidos

²¹³¹ MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., págs. 290, 291 y 292.

²¹³² MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., págs. 292-295.

²¹³³ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 424 y 425.

²¹³⁴ MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., págs. 294 y 295.

²¹³⁵ MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., pág. 295.

²¹³⁶ MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., pág. 252.

en el ordenamiento vigente. Uno de los supuestos que ha sido objeto de mayor estudio en la doctrina es el cumplimiento del deber por parte de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad en el ejercicio de sus funciones²¹³⁷. Estos profesionales en el desempeño de sus funciones realizan a veces acciones que están descritas en un tipo legal y que serían antijurídicas de no estar amparadas por esta causa de justificación, que será de aplicación siempre que la actuación se ajuste a los principios establecidos en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de 13 de mayo de 1986, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, y que además sea oportuna y proporcionada a las exigencias del mantenimiento de la autoridad y el orden público, teniendo en cuenta las circunstancias de la situación concreta.

En muchos casos de secuestro perpetrados en el ámbito terrorista o de la delincuencia organizada, los cuerpos de policía tienen no sólo el deber perseguir a los autores del delito (secuestro), sino también la tarea de mediación con los secuestradores para salvar a la vida de la víctima del secuestro, disponiendo los cuerpos policiales de un grupo anti-secuestros que actúa en este tipo de casos. Todos los policías de servicio pueden recurrir de forma inmediata a la violencia contra las personas o las cosas, ya sea violencia corporal, colocación de esposas, utilización de porras o utilicen gas lacrimógeno, armas de fuego) siempre que el fin policial perseguido no pueda ser alcanzado de otro modo²¹³⁸. El empleo de armas de fuego ha de ser conforme a la Ley Orgánica de Fuerza y Cuerpos de Seguridad²¹³⁹ y está limitado a los casos en que tiene que neutralizarse la acción del delincuente o evitarse la huida del mismo, actuando siempre con el cuidado debido en la utilización de este instrumento en caso de peligro para la vida o salud de las personas²¹⁴⁰ y supeditado siempre al principio de la dignidad humana²¹⁴¹. En situaciones extremas, como el secuestro o la toma de rehenes en supuesto de terrorismo²¹⁴², los cuerpos policiales tienen facultades para actuar incluso matar al agresor (secuestrador), siempre que con dicha acción se evite un riesgo inmediato para la vida o cuerpo de la víctima o se consiga liberar de su

²¹³⁷ JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, op. cit., pág. 16.

²¹³⁸ Vid. JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Medidas relativas a reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos. Obstáculos en vías públicas”, op. cit., págs. 88 notas al pie de página número 11 y 13, 96; EAD., *Seguridad ciudadana y derecho penal*, op. cit., págs. 17 y 18; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., pág. 253.

²¹³⁹ El artículo 5. 2, d), de la Ley Orgánica de Fuerza y Cuerpos de Seguridad, de 13 de mayo de 1986, establece los casos que los grupos policíacos pueden utilizar las armas de fuego. d) Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior.

²¹⁴⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 419 y 421.

²¹⁴¹ MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, op. cit., pág. 253.

²¹⁴² Vid. RODA CÓRDOBA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., págs. 16 y sigs.

secuestro o detención, bajo la condición de que no exista un medio menos lesivo²¹⁴³.

Este servicio público debe ejecutarse de manera continuada y en muchas ocasiones conduce a situaciones difíciles y a menudo peligrosas, por lo que en el caso de error sobre la existencia de los presupuestos objetivos de la intervención no debe concederse al afectado la posibilidad de actuar en legítima defensa o error de prohibición, en la medida en que los titulares de la función hayan cumplido escrupulosamente las exigencias su actividad profesional de policías, o sea, de su deber público²¹⁴⁴.

II. Causas de exculpación

A) Exceso en la legítima defensa

La legítima defensa es justificable en las conductas que son necesarias para repeler un ataque actual y sean lo menos lesivas posible. Sin embargo, si la defensa sobrepasa los límites legales, la acción no será justificada por incurrir en un “exceso intensivo”²¹⁴⁵ la defensa empleada, ni cuando la defensa se ejerce frente a un ataque que ha dejado de ser actual o inminente, por “exceso extensivo” en la defensa. En el primer supuesto, el sujeto pasivo (víctima) sobrepasa la medida de la legítima defensa, y en el segundo caso, los límites temporales de la defensa²¹⁴⁶.

Si el defensor (víctima) sobrepasa conscientemente la medida de la defensa necesaria o sus límites temporales, será responsable de un hecho doloso. Sin embargo, existe una excepción de exculpación cuando el agredido actúa con medio insuperable²¹⁴⁷, turbación, miedo o pánico, y no se sancionará penalmente la conducta de la defensa por la concurrencia de alguno de estos motivos que han dificultado esencialmente la formación de una voluntad adecuada a la norma²¹⁴⁸.

²¹⁴³ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 419 y 420 nota al pie de página número 1.

²¹⁴⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 421.

²¹⁴⁵ JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, op. cit., págs. 2, 3, 75-211.

²¹⁴⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 527 y 528; ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 934 y sigs; AGUADO CORREA, Teresa, *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, op. cit., págs. 81 y 86.

²¹⁴⁷ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 190 y 191; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 175; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, pág. 199; AGUADO CORREA, Teresa, *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, op. cit., págs. 82, 83, 84 y 86.

²¹⁴⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 528 y 529.

1. Exceso intensivo de la legítima defensa

Se aprecia exceso intensivo de la legítima defensa en aquellos casos en que se incurre en extralimitación consciente o inconsciente en la conducta de defensa. En el supuesto de exceso consciente o intencionado sobre los límites de la defensa necesaria, puede aducir el autor que repele un ataque antijurídico actual que precisamente ese ataque desencadenó la pérdida de autocontrol²¹⁴⁹.

Un ejemplo de exceso intensivo de legítima defensa en el injusto del secuestro contempla la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 1561/2009²¹⁵⁰, que valora la acción de la víctima del secuestro como una defensa de exceso intensivo por considerar que era suficiente la primera acción que realizó la víctima para liberarse consistente en verter el aceite hirviendo al rostro de los secuestradores, lo que permitiría huir a las dos víctimas del secuestro, pero no fue así, ya que David (víctima y esposo de la segunda víctima) acuchilla 6 veces a uno de los dos secuestradores, por lo que el Tribunal considera la defensa de David como excesiva y lo sancionó penalmente por delito de homicidio, con la atenuante de eximente incompleta de legítima defensa.

2. Exceso extensivo de la legítima defensa

El exceso extensivo de la legítima defensa se produce cuando el agredido se defiende frente a un ataque que todavía no es inminente o que ya dejó de ser actual. En tal caso de extralimitación consciente de legítima defensa el defensor responderá por el tipo de injusto realizado para repeler supuestamente el ataque que ya no es inminente²¹⁵¹.

Un ejemplo será el caso en que la víctima del secuestro encierra a su captor (sujeto activo del secuestro) y posteriormente, en vez de escapar y huir del lugar donde había sido privada de libertad, toma el arma del secuestrador y le dispara a la cabeza. En este caso en particular, la víctima del injusto del secuestro ya deja de estar privada de su libertad ambulatoria en cuanto podía huir del lugar, por lo que ya no era actual la agresión contra la que se defiende.

²¹⁴⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 529; JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, op. cit., págs. 2, 3, 75-211; AGUADO CORREA, Teresa, *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, op. cit., págs. 81 y 82.

²¹⁵⁰ STS 1561/2009, ponente: Luis Román PUERTA LUIS, (Fundamentos de Derecho II, págs. 5, 6, 7 y 12).

²¹⁵¹ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 527, 528 y 530. Como también, ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., pág. 936; JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, op. cit., págs. 2, 3, 75-211; AGUADO CORREA, Teresa, *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, op. cit., pág. 87.

B) El estado de necesidad exculpante

1. Fundamentación

El estado de necesidad exculpante está regulado en el artículo 20.5 del Código Penal español²¹⁵². Perteneció al ámbito del derecho de necesidad, en que se delega el ejercicio del derecho en el particular en los casos de circunstancias excepcionales que impiden la ordinaria aplicación institucional del sistema jurídico²¹⁵³. No es objeto de consideración de una teoría jurídico-penal unificada, pues existen teorías que no lo contemplan como una causa de exculpación sino sólo como una causa de justificación, como la teoría unitaria (o de la unidad)²¹⁵⁴, a diferencia de la teoría de la diferenciación que lo diferencia de la misma y lo aprecia como una causa de inculpabilidad o exculpación del injusto²¹⁵⁵. El estado de necesidad exculpante descansa sobre la base de una disminución del injusto y una doble reducción del contenido de culpabilidad, que limita el alcance de la disposición a través de una cláusula de exigibilidad²¹⁵⁶. Está rigurosamente delimitado y no puede ser ampliado por los juzgadores debido a que el legislador penal sólo renuncia al reproche de culpabilidad bajo las condiciones fijadas en el ordenamiento punitivo²¹⁵⁷.

El estado de necesidad exculpante, en comparación con el estado de necesidad justificante²¹⁵⁸, sólo es susceptible de amparar posiciones jurídicas

²¹⁵² Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, actualizado y revisado, con la colaboración de Víctor GÓMEZ MARTÍN / Vicente VALIENTE IVÁÑEZ, 10ª. edic., Editorial Reppertor, Barcelona, 2015, pág. 469. Ya que este autor menciona que el estado de necesidad exculpante debe entenderse por la eximente de miedo insuperable del artículo 20.6 del Código Penal español.

²¹⁵³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 174; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, pág. 198.

²¹⁵⁴ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, op. cit., págs. 218 y sigs.; ID., “Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad. Legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes”, op. cit., págs. 67 y sigs.; ID., “Piratas sin pata de palo”, *Diario El Mundo*, 24 de noviembre del 2009; ID., “De nuevo sobre el caso Haidar”, *Diario El Mundo*, 15 de diciembre del 2009.

²¹⁵⁵ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 380 y 516; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2015, págs. 467 y sigs.; AGUADO CORREA, Teresa, *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, op. cit., págs. 93 y sigs.

²¹⁵⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 516 y 517. Cfr. AGUADO CORREA, Teresa, *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, op. cit., págs. 96 y 97.

²¹⁵⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 517.

²¹⁵⁸ PAWLIK, Michael, “Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosóficas-jurídicas y configuración dogmática”, op. cit., pág. 13: “...En el estado de necesidad exculpante no rige, en este tema, algo distinto de que lo que rige en el caso del estado de necesidad justificante. En las dos clases de estado de necesidad la consecuencia jurídica común

como la vida, la integridad y la libertad²¹⁵⁹. Esta restricción se explica por la idea básica que rige el estado de necesidad exculpante, según la cual sólo cuando se trate de un peligro para las posiciones jurídicas esenciales en el mundo de las interacciones sociales puede estimarse la autodeterminación conforme a la norma penal. La posesión jurídica de la libertad debe ser entendida como la libertad de movimiento, deambulatoria, y no la libertad genérica de acción y decisión²¹⁶⁰.

Sin embargo, una postura moderna estima que el sistema jurídico penal marca la libertad en el respeto de la libertad negativa de los individuos, por la que se entiende la libertad de la persona a no ser molestada en la administración de su esfera de derechos, en la medida en que a su vez no perjudique la esfera de derechos de los otros. Es negativa de la libertad una injerencia de necesidad en la esfera de derechos de una persona que exenta de responsabilidad penal porque el peligro determinante de esa injerencia representa una infracción del deber de respeto a la dignidad de la persona²¹⁶¹.

Son requisitos del estado de necesidad exculpante²¹⁶², en primer lugar, que se trate de una posesión jurídica esencial para las interacciones sociales, por ejemplo, la vida, cuerpo y la libertad ambulatoria²¹⁶³; en segundo lugar, que el peligro actual no pueda ser evitado de otro modo: el peligro actual ha de entenderse como acaecimiento de un daño seguro o altamente probable si no se busca un remedio inmediato a la situación concreta del peligro; en tercer lugar,

es la impunidad de quien interviene. Por ello, también ambas generan el reproche de que se le ha negado al destinatario de la intervención su reconocimiento, al haber dejado sin sanción la utilización de sus bienes por otra persona. Por lo tanto, el legislador penal sólo puede combatir eficazmente esta objeción, formulada en nombre de la libertad del destinatario de la intervención, como se ha visto, recurriendo también por su parte al lenguaje de la libertad”.

²¹⁵⁹ Cfr. AGUADO CORREA, Teresa, *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, op. cit., pág. 95.

²¹⁶⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 517.

²¹⁶¹ PAWLIK, Michael, “Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosóficas-jurídicas y configuración dogmática”, op. cit., págs. 4 y 10.

²¹⁶² Cfr. PAWLIK, Michael, “Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosóficas-jurídicas y configuración dogmática”, op. cit., págs. 18 y sigs.

²¹⁶³ PAWLIK, Michael, “Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosóficas-jurídicas y configuración dogmática”, op. cit., págs. 21 y 22. Para este autor, quien interviene en estado de necesidad exculpante “debe poder explicar plausiblemente que el interés amenazado representa una condición posibilidad fundamental de su proyecto de vida, esto es, que en caso de pérdida del bien, este proyecto de vida quedaría destruido o se deformaría de modo duradero. Desde esta preceptiva, la idoneidad en el marco del estado de necesidad del bien jurídico “vida” es poco problemática, pues la vida es la “totalidad de los propósitos” de un hombre, y, por ese motivo, su pérdida simboliza una “infinita herida de la existencia” del afectado. Por el contrario, en lo que al “cuerpo” se refiere, su función posibilitadora de la subjetividad solamente entra en consideración cuando se amenazan lesiones graves, o bien irreparables o, en todo caso, de imposible reparación dentro de un período de tiempo apreciable. Según esto, respecto de las disminuciones de la libertad física de acción puede decirse lo siguiente: sólo el peligro de perder libertad de modo continuo y duradero, con exclusión de las pérdidas derivadas de relaciones jurídicas institucionales, fundamenta la posibilidad de un estado de necesidad exculpante”.

que se trate de un peligro propio o ajeno, pero referido a parientes, esto es, un peligro que amenaza al autor o a sus parientes o a personas estrechamente vinculada a él²¹⁶⁴.

El grado de exigencia de la situación de necesidad está en función de la gravedad del delito y de la cercanía del peligro, de forma que quien no realiza con diligencia el examen de estas circunstancias debe ser objeto de reproche por el error cometido²¹⁶⁵, en un supuesto de necesidad putativa, dependiendo del tipo de error vencible o invencible²¹⁶⁶. El estado de necesidad exculpante tiene una cláusula general de restricción, denominada cláusula de exigibilidad, según la cual en ciertos casos es exigible al autor soportar el peligro. Si el valor de la posesión jurídica amenazada es sustancialmente menor que aquel otro en el hecho necesario de la intromisión llevada a cabo, repercutirá en la disminución del injusto, por la notable desproporcionalidad de los bienes en conflicto. La disminución del contenido de culpabilidad, que es correlativa a la reducción del injusto, permitirá bajar el resultado de la compensación hasta tal punto que la situación de necesidad aparezca como algo exigible para el autor²¹⁶⁷.

La anterior postura de delimitación de la disminución del injusto y de la culpabilidad desde la perspectiva del valor de la posesión jurídica es la postura tradicional de la dogmática jurídico penal, pero desde una perspectiva más moderna se invoca el principio de igualdad de personas, conforme al cual "...la propia pretensión de libertad del destinatario de la intervención sólo puede ser expresada correctamente en la medida en que dicho destinatario sea considerado no sólo en cuanto persona sino además en cuanto sujeto. Por este motivo, el ordenamiento penal también le puede exigir que reconozca a la contraparte como sujeto. Porque si él rehúsa rotundamente ese reconocimiento en cuanto sujeto, se estaría atribuyendo a sí mismo un estado normativo privilegiado que, desde el punto de vista de la igualdad, el ordenamiento jurídico-penal no puede tolerar. A través de la percepción de sí mismo y de su contraparte en cuanto sujetos, el destinatario de la intervención no abandona su pretensión inicial de libertad, sino que únicamente hace suyo un entendimiento razonable de esa pretensión. El derecho de la persona mantiene un rango elevado. Resultaría incompatible con esta concepción la exigencia de que quien realiza la intervención debiera, para manifestar su estatus de sujeto, explicar su proyecto de vida y la necesidad de disponer de ciertos bienes para su realización en su totalidad"²¹⁶⁸.

²¹⁶⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 517, 518 y 519.

²¹⁶⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 519.

²¹⁶⁶ *Vid.* JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 525 y 526.

²¹⁶⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 521.

²¹⁶⁸ PAWLIK, Michael, "Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosóficas-jurídicas y configuración dogmática", op. cit., pág. 21.

No obstante lo anteriormente señalado, si al autor le es exigible tener que soportar el riesgo inherente al estado de necesidad y, sin embargo, el mismo actúa infringiendo ese deber, ciertamente, no sale exculpado por el contenido del injusto y de la culpabilidad del hecho realizado, pues por regla general en estos casos se atenúa la pena del delito cometido para salvaguardar la posesión jurídica que pretendía salvar. Este hecho deriva de motivos de prevención general y de intereses de la comunidad²¹⁶⁹, pues no cabe legitimar acciones de salvamento que van a en contra de las expectativas sociales, por ello, el autor necesitado debe soportar el riesgo a su esfera y posiciones jurídicas.

A continuación se analizará un caso práctico que tiene que ver con el estado de necesidad exculpante y fundamentaré por qué considero que es un caso de exculpación y no de justificación.

2. Secuestro de un médico

Este supuesto alude al secuestro efectuado de un médico para curar a un enfermo grave que ha sufrido un accidente, o mejor aun, el caso del padre que secuestra al médico especialista en una determinada área de la medicina, por ejemplo, un cardiólogo, ya que es urgente que realice a su hijo una operación a corazón abierto para destapar una arteria. Tal secuestro responde a una cuestión de urgencia médica, pues el paciente tiene los días contados y hay una lista de espera muy grande en la seguridad social, o dramatizándolo más nuestro ejemplo, el padre no cuenta con la seguridad social y mucho menos con los medios y recursos necesarios para pagar los gastos de la operación. Podríamos pensar que no estamos ante la concreción del tipo de secuestro, pero no es así, pues el secuestrador (padre) condiciona la libertad y la vida del médico al hecho de que efectúe la intervención quirúrgica urgente del hijo moribundo, y el injusto del secuestro exige una condición de hacer o no hacer, en este caso es una condición de hacer, que jurídicamente es relevante en orden a la realización del tipo de secuestro del art. 164 del Código Penal español.

A primera vista podríamos decir que estamos en un supuesto de estado de necesidad justificante, puesto que se cumplen los requisitos del mismo: a) que el sujeto actúe por un estado real y objetivo de necesidad que en este caso es el peligro a la vida del hijo; b) el elemento subjetivo de justificación²¹⁷⁰ de evitar un mal propio o ajeno; c) que la situación de necesidad no ha sido provocada intencionalmente por el sujeto actuante; d) que el mismo no tiene una obligación de sacrificarse; y por último, e) que el mal que pretende evitar es mayor que el que realiza²¹⁷¹. No obstante, el estado de necesidad justificante tiene un filtro del

²¹⁶⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 524 y 525.

²¹⁷⁰ Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, *Los elementos subjetivos de justificación*, op. cit., págs. 50, 51, 60, 61, 67, 83, 85, 91.

²¹⁷¹ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 174; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, pág. 198.

riesgo permitido, y en este caso particular es un riesgo no permitido el secuestrar a un médico para realizar una operación quirúrgica, pues privar de la libertad ambulatoria sobrepasa el coto de lo normalmente permisible en función de las expectativas de cada sociedad²¹⁷², y en nuestro caso sobrepasa este umbral de lo socialmente no permitido²¹⁷³. Así, en nuestro mundo social la intromisión en las esferas ajenas significaría una defraudación a las expectativas normativas que abre una tangente inversa al triangulo de comunicación contra-fáctico de nuestro entorno social. Nadie puede pretender evitar una situación de necesidad para la cual están a disposición medios públicos de un alcance limitado (la espera de la operación por el servicio médico de la seguridad social o por el seguro popular²¹⁷⁴), mediante intromisión no permitida de esferas jurídicas ajenas²¹⁷⁵.

Sin embargo, el estado de necesidad exculpante es delimitado por la libertad negativa, mediante los deberes negativos de no dañar a otro²¹⁷⁶, de ser un ciudadano en derecho (rol social común)²¹⁷⁷ y, por ello, el padre ha infringido un deber de abstención que le imponía la prohibición de secuestrar y privar de la libertad ambulatoria a otro. Y esta infracción del deber en el caso particular depende de si el ordenamiento jurídico de referencia reconoce para tal caso una relativización de la expectativa de fidelidad al derecho por el destinatario de la

²¹⁷² Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 384, 389, 390, 431 y 432. Sin embargo, este autor menciona que el filtro o baremo del estado de necesidad es que la conducta de salvamento sea adecuadamente a los valores de la comunidad.

²¹⁷³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 90; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, pág. 106.

²¹⁷⁴ Hago la distinción entre seguro social o seguridad social porque en el caso particular de México el seguro social es una dependencia gubernamental que atiende al personal que está asegurado por las empresas privadas o públicas, es decir, que es una institución gubernamental que atiende las necesidades de salud de los trabajadores y sus familiares asegurados a este régimen. En cambio, el seguro popular es una institución gubernamental para el público en general, siempre, y cuando no estés en el régimen de asegurado del seguro social.

²¹⁷⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 384.

²¹⁷⁶ PAWLIK, Michael, “Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática”, op. cit., pág. 16: “la persona tiene que reconocer el estatus de igualdad, en materia de Derechos, que poseen sus co-sujetos y, por lo tanto, tiene que ajustar su comportamiento sometándose a un patrón de generalización. Negar la referencia intrínseca del sujeto a los otros sería, en lugar de profundizar en la idea de libertad jurídica, una expresión a favor del regreso a un “estado de naturaleza” pre-normativo. si desde este trasfondo se plantea la pregunta relativa a si puede estar permitida la salvación del propio proyecto de vida como *conditio sine qua non* del sacrificio de otro “inocente”, se impone una clara respuesta negativa; una autorización de esta clase implicaría otorgarle un bajo valor a la biografía ajena y sería, por esa razón, incompatible con el principio de la igualdad de todo ciudadano. Por consiguiente, el acceso a la vida ajena “inocente” con el propósito de la conservación de la propia también resulta ilegítima desde el punto de vista del sujeto”.

²¹⁷⁷ PAWLIK, Michael, “Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática”, op. cit., pág. 18.

norma. Aquí entramos en el ámbito de la exculpación, fundamentada en la inexigibilidad situacional de una motivación con arreglo a la norma²¹⁷⁸.

El padre de familia que secuestra al médico quebranta el rol social de persona en derecho, ese deber de ciudadano fiel al ordenamiento²¹⁷⁹ de no dañar las esferas jurídicas de los demás interactuantes en el mundo social, pero queda por ver su rol social especial de padre de familia de cuidar y velar por su hijo enfermo, pero este rol especial no le faculta la realización de actividades especiales que sobrepasen el umbral del riesgo permitido por las normas penales, y por ello no está amparado por el rol social especial de padre de familia, en tanto su deber se restringe a hacer todo lo posible dentro del riesgo permitido para curar y mejorar la calidad de vida de su hijo, mas no le permite infringir las expectativas normativas que ha de respetar²¹⁸⁰ y las expectativas sociales de la actividad médica, pues no se puede abrir una ventana a la ilegitimidad de las interacciones sociales.

La acción del padre al secuestrar al cardiólogo sobrepasa el umbral del riesgo permitido, y al no poderse legitimar acciones de esta naturaleza en nuestro mundo social ha de objeto de la imputación penal, si bien se atenuará la pena de conformidad con la cláusula de exigibilidad del riesgo de que pueda morir su hijo (estado de necesidad) que por el interés de la comunidad el padre ha de soportar²¹⁸¹, pues no se pueden legitimar acciones contrarias al derecho que pongan en peligro la estabilidad normativa del ordenamiento penal y social de la sociedad.

C) Miedo insuperable

El artículo 20.6 del Código Penal español prevé la eximente del miedo insuperable²¹⁸², estableciendo que está exento de responsabilidad penal el que

²¹⁷⁸ MAÑALICH R., Juan Pablo (Coord.), “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, op. cit., pág. 283.

²¹⁷⁹ Cfr. AGUADO CORREA, Teresa, *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, op. cit., págs. 97 y 98.

²¹⁸⁰ Vid. PAWLIK, Michael, “Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosóficas-jurídicas y configuración dogmática”, op. cit., págs. 18 y 19.

²¹⁸¹ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 524 y 525; PAWLIK, Michael, “Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosóficas-jurídicas y configuración dogmática”, op. cit., págs. 20, 22 y 23, quien las denomina “modelos de valoración de la sociedad”.

²¹⁸² En la jurisprudencia se define el miedo insuperable de la siguiente manera: “En cuanto a la invocada eximente del miedo insuperable, el miedo, de larga tradición jurídica (metus) considerado por la moderna psicología como una emoción asténica de fondo endotímico, en su vertiente jurídica, como circunstancia eximente ha sido analizado por la doctrina jurisprudencial; por todas STS 783/2006 de 29-6; 180/2006 de 16-2; 340/2005, de 8-3) que parte de la consideración de que la naturaleza de la exención por miedo insuperable no ha sido pacífica en la doctrina. Se la ha encuadrado entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo. Es en la inexigibilidad de otra

obre impulsado por medio insuperable, al quedar excluida la imputación subjetiva por ausencia de la libertad de actuación del sujeto²¹⁸³. El miedo insuperable es una causa de inculpabilidad, porque afecta psicológicamente el estado emocional del sujeto, que condiciona la libertad de acción del mismo de guiarse conforme las prerrogativas penales.

Las características de la insuperabilidad del mal han de ser analizadas desde la perspectiva subjetivo del individuo que lo padeció en el contexto social y conforme a las expectativas sociales y normativas del entorno social, pues la base de la eximente completa de miedo insuperable es el carácter objetivo²¹⁸⁴, y

conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado. El sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable. De esta exigencia resultan las características que debe reunir la situación, esto es, ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente, y que su valoración ha de realizarse desde la perspectiva del hombre medio, el común de los hombres, que se utiliza de baremo para comprobar la superabilidad del miedo. El art. 20.6 del nuevo Código Penal introduce una novedad sustancial en la regulación del miedo insuperable al suprimir la referencia al mal igual o mayor que exigía el antiguo art. 8.10º del Código Penal derogado. La supresión de la ponderación de males, busca eliminar el papel excesivamente objetivista que tenía el miedo insuperable en el Código anterior y se decanta por una concepción más subjetiva y pormenorizada de la eximente, partiendo del hecho incontrovertible de la personal e intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de una manera personalísima. Esta influencia psicológica, que nace de un mal que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de la persona afectada, debe tener una cierta intensidad y tratarse de un mal efectivo, real y acreditado. Para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la afectación del miedo hay que referirla a parámetros valorativos, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio (S 16-07-2001, núm. 1095/2001). La aplicación de la eximente exige examinar, en cada caso concreto, si el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. Si el miedo resultó insuperable, se aplicaría la eximente, y si, por el contrario, existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aún reconociendo la presión de las circunstancias, será cuando pueda apreciarse la eximente incompleta (S 16-07-2001, núm. 1095/2001). La doctrina jurisprudencial (STS 1495/99, de 19 de octubre), exige para la aplicación de la eximente incompleta de miedo insuperable, la concurrencia de los requisitos de existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva (Sentencia de 29 de junio de 1990) En parecidos términos la STS 1382/2000, de 24 de octubre, en la que se afirma que la naturaleza jurídica ha sido discutida en la doctrina si se trata de una causa de inimputabilidad, o de inculpabilidad, o de inexigibilidad de otra conducta distinta, e incluso de negación de la acción, tiene su razón de ser en la grave perturbación producida en el sujeto, por el impacto del temor, que nubla su inteligencia y domina su voluntad, determinándole a realizar un acto que sin esa perturbación psíquica sería delictivo, y que no tenga otro móvil que el miedo, sin que, ello no obstante, pueda servir de amparo a las personas timoratas, pusilánimes o asustadizas (v. SS. de 29 de junio de 1990 y de 29 de enero de 1998, entre otras)”. STS 8065/2011, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 31).

²¹⁸³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 175; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, pág. 199.

²¹⁸⁴ Cfr. STS 8065/2011, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 31), en la que se determina que el carácter subjetivo es lo

este carácter objetivo está representado por el contexto social de la situación de inseparabilidad.²¹⁸⁵ Ahora bien, “la naturaleza insuperable del miedo deriva de la incapacidad de dominar subjetivamente la situación de temor ante un mal, que es determinado del estatus de la no exigibilidad de otra conducta”²¹⁸⁶. Para apreciar miedo insuperable, es necesaria la insuperabilidad del miedo de parte del sujeto, de carácter no vencible, valorándose las condiciones del sujeto ante el hecho del temor y junto a las características subjetivas y, sobre todo, la relevancia social de la interacción social que causó el estado de temor insuperable.

Por ejemplo, podría apreciarse miedo insuperable en el delito de secuestro en el siguiente caso: la señora (A) se encuentra sola en su casa, dejando la puerta de la casa abierta sin darse cuenta, pero ella había llamado a la compañía de gas un día anterior para pedir un servicio de gas que no llegó. Trascurridas 6 horas, llegó el gasero y al encontrar la puerta abierta pasa al interior de la casa y entra en el cuarto donde se encuentra el tanque de gas, la señora (A) oye un sonido raro proveniente del cuarto de gas, pero como es muy miedosa y en varias ocasiones han entrado a su casa a robar, va a cerciorarse de qué ocurre en dicho cuarto y al ver a un sujeto extraño lo encierra en el mismo y le exige que enseñe su carnet o credencial de identificación de gasero, para dejarlo salir de él. Este es un ejemplo hipotético, para poder determinar que el medio insuperable es viable en la *praxis* jurídica, pero no será aplicable al injusto del secuestro, pues la condición impuesta es jurídicamente irrelevante para la realización del tipo de secuestro, aunque podría haber detención amparada por la eximente del miedo insuperable.

No es viable la aplicabilidad de esta eximente en el ámbito de deberes especiales (rol social especial), en los que se exige superar la concreta situación de miedo para ejercer determinadas funciones, por ejemplo, acciones policiales para detener a los delincuentes o intervenciones médicas, o de bomberos para extinguir un incendio, así como en casos en que exista una desproporcionalidad entre la gravedad del mal causado y la entidad del temor padecido, por ejemplo, el matar a un sujeto que quería robar un vehículo²¹⁸⁷.

Por lo anterior, un sector de la doctrina fundamenta el miedo insuperable como una causa de exceso de legítima defensa²¹⁸⁸ o de estado de necesidad exculpante²¹⁸⁹, porque el exceso de legítima defensa y de estado de necesidad

relevante para que se dé la eximente del miedo insuperable. *Vid. supra* la nota al pie de página número 2154 de este epígrafe de C) Miedo insuperable.

²¹⁸⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 190.

²¹⁸⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de teoría del delito*, 3ª edic, Editorial Mergablum, Sevilla, 2012, pág. 227; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 175; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, pág. 199.

²¹⁸⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 175; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, pág. 199.

²¹⁸⁸ *Vid.* AGUADO CORREA, Teresa, *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, op. cit., págs. 81 y sigs.

²¹⁸⁹ *Vid.* MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2015, pág. 469 y sigs., quien entiende que el estado de necesidad exculpante debe entenderse por la eximente de

exculpante encuenstran fundamento en el artículo 20.6 del Código Penal español, por la insuperabilidad del miedo que provoca el exceso de la legítima defensa y del estado de necesidad exculpante.

Es indistinto que el miedo surja de manera súbita en el sujeto o provenga de una circunstancia que de manera paulatina a lo largo del tiempo determine el estado de temor en el momento de la interacción social en conflicto llegando a producir una situación de insuperable sufrimiento. La insuperabilidad deriva de la interacción en el momento del acto que origina el temor insuperable²¹⁹⁰.

A este propósito se ha afirmado: “Los problemas que surjan respecto a la inexacta apreciación de la gravedad inherente al mal causado del miedo pertenecen a la teoría del error, y han de ser consiguientemente tratados como supuestos específicos del mismo”²¹⁹¹.

miedo insuperable del artículo 20.6 del Código Penal español. Como también, AGUADO CORREA, Teresa, *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, op. cit., págs. 93 y sigs.

²¹⁹⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 175; ID., *Lecciones de Derecho penal*, op. cit., 2016, pág. 199.

²¹⁹¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 191.

CAPÍTULO VIII

PUNIBILIDAD

I. Introducción

Sobre la estructura dogmática de la punibilidad como categoría de la teoría jurídica del delito, no hay una unanimidad²¹⁹², sino que existe un amplio debate científico entre si es necesario este escalón en la construcción de los elementos del delito. Mientras COBO DEL ROSAL²¹⁹³ y VIVES ANTÓN²¹⁹⁴ consideran la punibilidad como una exigencia lógica insoslayable en cuanto nota conceptual expresiva de la posibilidad legal de pena, pero no como un elemento de la estructura del delito, MIR PUIG²¹⁹⁵ estima innecesario añadir la punibilidad como nota adicional en el concepto de delito, en contrapartida otro sector de la doctrina entiende que la punibilidad es un elemento estructural del delito, y CUELLO CONTRERAS²¹⁹⁶ entiende la punibilidad como un escalón valorativo adicional dentro de la teoría del delito. Por su parte, POLAINO NAVARRETE²¹⁹⁷ concibe a la punibilidad como el último elemento esencial del delito, que es portador de un contenido propio que difiere del contenido del resto de los caracteres constitutivos de delito y que no puede substituir ni ser substituido por otros elementos, toda vez que la punibilidad en sí es un elemento esencialmente constitutivo del concepto jurídico de delito.

Siguiendo la postura de Miguel POLAINO NAVARRETE, considero que la punibilidad es un elemento esencial constitutivo del concepto jurídico del delito, de forma que sin la punibilidad no se puede configurar de modo completo la categoría dogmática del delito en sentido propio, la cual es compleja y

²¹⁹² Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 194 y 195.

²¹⁹³ COBO DEL ROSAL, Manuel, “La punibilidad en el sistema de la parte general del Derecho penal español”, *Estudios penales y criminológicos*, número 6, Santiago de Compostela, 1983, págs. 29, 33, 52 y 53.

²¹⁹⁴ COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal*, op. cit., págs. 235 y 236.

²¹⁹⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2015, pág. 150.

²¹⁹⁶ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 1159 y sigs; CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2015, pág. 147.

²¹⁹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, págs. 181 y 182; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, págs. 205 y 206.

pluridimensional en su estructura pero unitaria en su esencia. Es necesaria la concurrencia de la punibilidad, que determina la susceptibilidad, la necesidad y el merecimiento de la pena del injusto típico y culpable²¹⁹⁸ realizado por el sujeto defraudador de la norma. Sin la punibilidad no se produce el delito en sentido estricto, ya que el ordenamiento describe en el tipo legal y conmina con una pena las conductas que, por su extrema gravedad en la convivencia social, son requeridas y acreedoras de una sanción jurídica de esta categoría penal²¹⁹⁹.

La esencia, misión y finalidad de la punibilidad es la conexión o incorporación de los criterios dogmáticos fundadores de la sanción penal y las exigencias político-criminales de prevención general y especial, si bien hoy en día no es muy aceptada la prevención especial ni la general en sus posturas tradicionales²²⁰⁰, por lo que ha surgido un cambio de paradigma dogmático, encaminado por la teoría comunicativa de la prevención general positiva²²⁰¹ o de la teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad²²⁰², en cuyas consecuencias se ha de examinar la punibilidad para determinar que la pena es la

²¹⁹⁸ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 193 y 194.

²¹⁹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, págs. 179, 181 y 182; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, págs. 203, 205 y 206.

²²⁰⁰ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 197, 198 y 199; ID., *Derecho penal. Parte general*, tomo I, op. cit., págs. 68 y sigs; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo I, op. cit., págs. 40-47; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 26-35; LESCH, Heiko H., *La función de la pena*, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Editorial Dykinson, Madrid, 1999, págs. 21-39; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 71, 73, 74, 78, 79, 80, 81, 83, 84 y 85; FRISCH, Wolfgang, “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, traducción del alemán por Ivó COCA VILA, en *Indret* 3/2014, págs. 9 nota al pie de página número 22, 10 y 12 (Accesible en <http://www.indret.com/pdf/1065.pdf>); MAPELI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª edic, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2005, págs. 49 y sigs; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007, págs. 127-232; ID., *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014, págs. 71-212; MAÑALICH R., Juan Pablo, “Retribucionismo expresivo. Acerca de la fundamentación comunicativa de la pena”, op. cit., págs. 62-65.

²²⁰¹ Vid. FRISCH, Wolfgang, “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, op. cit., págs. 9 nota al pie de página número 22 y 10; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y prevención general*, op. cit., págs. 515 y sigs; ID., *La pena como institución jurídica*, op. cit., págs. 165 y sigs; MAÑALICH R., Juan Pablo, “Retribucionismo expresivo. Acerca de la fundamentación comunicativa de la pena”, op. cit., págs. 42-50. Cfr. LESCH, Heiko H., *La función de la pena*, op. cit., págs. 50, 51 y 52, quien menciona que es mal llamada prevención general, y se le debe denominar teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad.

²²⁰² Vid. LESCH, Heiko H., *La función de la pena*, op. cit., págs. 50, 51 y 52. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, op. cit., págs. 453 y sigs; ID., *La pena como institución jurídica*, op. cit., págs. 257 y sigs.

respuesta exacta, necesaria y adecuada al injusto causado por la defraudación de una expectativa normativa²²⁰³.

Ante ello, la misión de la punibilidad es realizar la interconexión de los presupuestos normativos de los fines de la pena, pues desde la perspectiva de la fundamentación legitimadora del Derecho penal el mismo no puede intervenir sino como “*ultima ratio*” del ordenamiento punitivo, ante la ausencia de otros medios menos drásticos de protección de los bienes jurídicos de mayor relevancia penal ante los más graves ataques de su lesión o puesta en peligro concreto²²⁰⁴, y de la defraudación de aquellas expectativas de transcendencia social para el desenvolvimiento social de los ciudadanos en derecho.

A continuación, se analizará la punibilidad así como sus elementos en relación al injusto del secuestro como merecedor de penalidad jurídico penal.

II. Necesidad y merecimiento de la pena en el injusto del secuestro

A) Necesidad

La necesidad de la pena en el delito de secuestro guarda una relación con el Derecho y con la norma de comportamiento que infringió el sujeto activo, y en este caso en concreto se quebranta la norma prohibitiva del secuestro que demuestra una deslealtad al ordenamiento punitivo²²⁰⁵ y a la expectativa social de la libertad ambulatoria, infringiéndose el deber de no dañar a otro ciudadano, y en este caso en particular de no privar la libertad ambulatoria a otro ciudadano. Ahora bien, la necesidad de la pena en este caso en particular del injusto del secuestro se apreciará en aras de garantizar una estabilidad normativa con los ciudadanos que cohabitan la sociedad²²⁰⁶ y la vigencia y desenvolvimiento de la colectividad ciudadana en el mundo social en base al establecimiento de interacciones en el entorno social²²⁰⁷. Por ello, el mantenimiento de la norma de

²²⁰³ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 194 y 197; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, págs. 179, 180 y 182; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, págs. 203, 204 y 206.

²²⁰⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, pág. 182; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 206.

²²⁰⁵ MAÑALICH R., Juan Pablo, “Pena y ciudadanía”, op. cit., págs. 118 y 119. Como también, SANZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones en torno a la política criminal”, op. cit. págs. 732 y 733.

²²⁰⁶ JAKOBS, Günther, “La pena estatal. Significado y finalidad”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ / Bernardo FEJOO SÁNCHEZ, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Eduardo LÓPEZ BETANCOURT, *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática pos-finalista. Estudio de Derecho penal funcionalista*, Editorial Porrúa, México, 2006, pág. 30; LESCH, Heiko H., *La función de la pena*, op. cit., pág. 49; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, op. cit., pág. 60. Cfr., con una posición similar, SANZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones sobre la ciencia del Derecho penal y su método”, op. cit., pág. 639.

²²⁰⁷ LESCH, Heiko H., *La función de la pena*, op. cit., págs. 48 y sigs; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica*, op. cit., págs. 288 y 289. En una postura

interacción del secuestro es concebida como defensa de la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico, y la realización de la conminación penal a través de la imposición de la pena es el medio para una confirmación de la norma así entendida que pone en relevancia que la norma está en vigencia, y por eso, debe ser tomada en serio por los ciudadanos que cohabitan la sociedad²²⁰⁸.

La necesidad de la pena alude al trasfondo que subyace a la idea de la confirmación de la vigencia de la norma en el ámbito de la aplicabilidad normativa como una interacción social necesaria para el desenvolvimiento social, pero también a partir del deseo de que todos los ciudadanos en la sociedad se muestren en el ejercicio de su fidelidad al Derecho, o en el reforzamiento de la conciencia jurídica de la generalidad²²⁰⁹.

El fin de la pena del secuestro es la confirmación de la vigencia de la norma quebrantada o infringida por el sujeto activo, lo que presupone que en el delito del secuestro, con independencia de que se vislumbre desde una óptica naturalista que hay un menosprecio a la libertad ambulatoria por la privación de la libertad, en esencia, hay un cuestionamiento de la vigencia de la norma, pues el sujeto quebrantador de norma comunica que esa norma no es apta para él, o que no le interesa su vigencia, o pone en duda la aplicabilidad de la vigencia de la norma del secuestro²²¹⁰. Y lo mismo cabe afirmar en relación con la confirmación de la vigencia de la norma que se observa con frecuencia en el veredicto de la culpabilidad²²¹¹ y en la misma pena²²¹². Si se admite el fin de pena desde una postura distinta a la vigencia de la norma o de la defensa del ordenamiento jurídico o de su carácter inquebrantable, ello implicaría asumir que el delito no es sólo un injusto fáctico-objetivo culpable frente a quien es considerado portador de un bien jurídico (en este caso la libertad ambulatoria), sino también un ataque al ordenamiento jurídico mismo o a la norma en cuestión, un menosprecio o desacato de la norma infringida, lo que quiere decir que la

equivalente pero orientada a los derechos fundamentales, JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *Seguridad ciudadana y Derecho penal*, op. cit., pág. 23. Cfr. SANZ MORÁN, Ángel José, “Recensión a: Jesús María SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, op. cit., pág. 229.

²²⁰⁸ FRISCH, Wolfgang, “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, op. cit., pág. 11.

²²⁰⁹ JAKOBS, Günther, “La pena estatal. Significado y finalidad”, op. cit., pág. 42; FRISCH, Wolfgang, “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, op. cit., pág. 12. Cfr. FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica*, op. cit., pág. 277.

²²¹⁰ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 13; ID., “La pena estatal. Significado y finalidad”, op. cit., pág. 39. Cfr. PUPPE, Ingeborg, “El Derecho penal como comunicación. Aportaciones y peligros de un nuevo paradigma en la dogmática del Derecho”, traducción del alemán por Mateo G. BERMEJO, en Nuria PASTOR MUÑOZ (Coord.), *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Estudios y debates en Derecho penal, Núm. 9, Editorial B de F, Buenos Aires, 2014, pág. 108.

²²¹¹ Vid. *supra* capítulo VI imputación subjetiva a partir del inciso I Culpabilidad en el injusto del secuestro y siguientes.

²²¹² ROBLES PLANAS, Ricardo, *Estudios de dogmática jurídica-penal*, op. cit., págs. 90 y 91.

nueva teoría de la pena lo que busca es que el ciudadano evite, elimine o impida un daño a la vigencia de la norma, en cualquier delito. Esto requiere que en el plano del concepto del delito se garantice la capacidad de adaptación del hecho punible a la teoría de la pena. Los representantes de esta teoría lograrían alcanzar tal correspondencia al poner en relieve como esencia del hecho punible el cuestionamiento de la vigencia de la norma o la agresión al ordenamiento jurídico²²¹³, esto es, una cara inversa del delito que se muestra anclada a la teoría de la pena²²¹⁴.

La pena en el secuestro se muestra justificada²²¹⁵ no sólo en cuanto confirmación de la expectativa defraudada y conminada con una sanción penal. Más bien, se muestra como la reacción necesaria para contradecir de manera eficaz el hecho del autor, más allá de una mera reprimenda por el hecho causado, esto es, para contrarrestar la debilitación de la fuerza preventiva de la conminación penal, por una posible derogación, pues la sanción por el delito de secuestro muestra que la expectativa social y normativa son de aplicación para que los demás ciudadanos la respeten, o para delimitar la esfera de organización o de injerencia de las interacciones sociales²²¹⁶ y determinar que, en caso de su defraudación, se amenazará con producir y seguir garantizando así el carácter vinculante de la norma de comportamiento infringida²²¹⁷. Por ello, la pena se muestra como justa frente al autor y susceptible de legitimación, pues el sujeto infractor recibe aquello que le había sido anunciado y que debe asumir de manera

²²¹³ Vid. KINDHÄSER, Urs, “Retribución de culpabilidad y pena”, op. cit., pág. 167.

²²¹⁴ FRISCH, Wolfgang, “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, op. cit., pág. 14.

²²¹⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 69 y 70. Desde una perspectiva tradicionalista de la pena, estos autores justifican la pena estimando que “reside sólo en que es necesaria para la conservación del Ordenamiento jurídico como condición básica para la convivencia de las personas en la comunidad. La coacción estatal renunciaría a sí misma si no pudiera impedir la afirmación abierta de infracciones jurídicas insoportables. Sin la pena el Derecho dejaría de ser un Ordenamiento co-activo para quedar reducido a normas puramente éticas. Como expresión del poder estatal la pena pertenece a toda comunidad fundada sobre normas jurídicas (justificación político-estatal de la pena)”.

²²¹⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 10 y 11; ID., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, op. cit., pág. 19; ID., “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, op. cit., pág. 4; LESCH, Heiko H., *La función de la pena*, op. cit., págs. 47 y sigs.

²²¹⁷ KINDHÄSER, Urs, “Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimación y fundamentación ético-jurídico de la pena criminal”, op. cit., pág. 22, para quien “la pena es un reproche que responde a una lesión del sentido de la justicia, donde la irrogación del mal tiene que corresponderse simbólicamente con el peso ético-jurídico del quebrantamiento de la norma. El reproche resulta así doblemente expresivo. Primariamente: es correcto seguir normas por mor de la justicia (efecto de integración). Secundariamente: no es conveniente quebrantamiento normas (efecto de intimidación)”; KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, op. cit., pág. 114; MAÑALICH R., Juan Pablo, “Retribucionismo expresivo. Acerca de la fundamentación comunicativa de la pena”, op. cit., págs. 33, 34, 42.

justa, a modo de compensación por su déficit de lealtad normativo²²¹⁸, conforme a principios jurídicos generales como la medida para conjurar el peligro que él mismo ha provocado. La pena cumple el papel de evitar la erosión de la norma de conducta y de las expectativas normativas que protege. Esto quiere decir que el castigo se muestra legítimo porque se recurre al autor únicamente para conjurar el peligro de erosión de la norma que precisamente el sujeto activo provoca a través de su cuestionamiento a la vigencia de la norma del derecho, y que en este caso particular cuestiona la aplicabilidad y vigencia de la norma del secuestro, por lo que la pena reafirma la validez, aplicabilidad y la vigencia de la norma reguladora del secuestro, que aparece como necesaria, adecuada y que ha sido previamente anunciada²²¹⁹ como una norma social de importancia y trascendencia en el mundo social²²²⁰.

En sí, la necesidad de la pena en el delito de secuestro es determinante de la estabilidad normativa²²²¹, en tanto el Estado mediante la pena restaura la comunicación²²²² contra-fáctica que el sujeto activo quebrantó, manifestando que existe una expectativa social de trascendencia social que está protegida, tutelada por una norma penal, por ser una de esas expectativas sociales de trascendencia social para el desenvolvimiento de las interacciones en el entorno social, ya que protege la esfera de la libertad de translación en el mundo social permitiendo la adecuada interacción social con los demás conciudadanos.

B) Merecimiento

Desde una perspectiva tradicional en la dogmática penal, el merecimiento de la pena, y no sólo de la pena del secuestro, sino de cualquier pena, es debida a la perpetración culpable del tipo de injusto realizado, que permitía establecer de forma coherente una conexión sistemática entre la teoría del delito y la teoría de la pena²²²³, respetuosa de los postulados inherentes a la configuración del tipo penal en cuestión, entre ellos, el desvalor de lo injusto y el juicio de reproche de la culpabilidad, y, de otra parte, adecuada a la observación de las exigencias político-criminales relevantes en la delimitación de las sanciones jurídica-penales impuestas²²²⁴. Hoy en día están en debate dogmático nuevas teorías jurídico-

²²¹⁸ Vid. MAÑALICH R., Juan Pablo, “Retribucionismo expresivo. Acerca de la fundamentación comunicativa de la pena”, op. cit., págs. 50-54.

²²¹⁹ FRISCH, Wolfgang, “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, op. cit., pág. 14.

²²²⁰ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 12.

²²²¹ LESCH, Heiko H., *La función de la pena*, op. cit., pág. 49; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, op. cit., pág. 60.

²²²² JAKOBS, Günther, “La pena estatal. Significado y finalidad”, op. cit., pág. 37; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica*, op. cit., págs. 288, 289 y 291.

²²²³ Vid. JAKOBS, Günther, “La pena estatal. Significado y finalidad”, op. cit., pág. 25.

²²²⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 194.

penales²²²⁵, entre ellas la teoría comunicativa de la acción y de la pena, que a través del presente trabajo se ha desarrollado en la medida de lo posible.

En la teoría de la acción o conducta comunicativa²²²⁶, se asocia el conflicto (delito) no ya con un comportamiento propio del sujeto activo, sino con un comportamiento incorrecto del autor en el que la víctima se mantiene contrafácticamente en su expectativa en contra de lo sucedido²²²⁷, por ejemplo, en contra de lo sucedido en el secuestro, pero en este lugar es donde se fija la base de la pena, pues se trata de atender y canalizar las defraudaciones de expectativas, para lograr ante todo la posibilidad de seguir esperando contrafácticamente en contra de la defraudación. Por ello, hay que demostrar, no sólo para la persona que ha sido defraudada en el caso concreto, sino también para todo ciudadano, para toda la sociedad, que el fallo se produjo en el comportamiento del autor, y que en el futuro uno se encuentra en consonancia con el Derecho cuando atiende a la expectativa garantizada mediante la norma penal, aunque esta expectativa fuese ya en una ocasión defraudada²²²⁸.

Lo anterior se puede matizar, a modo de un dialogo de réplica y contra réplica²²²⁹ ante dos concepciones del mundo diferente²²³⁰ entre el sujeto activo y el Estado, con el auxilio de un ejemplo. El sujeto (A) va andando por la calle por la ciudad, en la confianza de que se pueda ir por la calle caminando sin ningún problema. Pero el autor (B) secuestra (priva de la libertad) al sujeto (A), y esta interacción del sujeto (B) esboza el mundo de distinta manera, al mostrar lo contrario, a saber, que no se puede ir por la calle caminando o andando tranquilamente sin traba alguna. Pero mediante la pena se demuestra que el esbozo del mundo realizado por el autor (B) no marca la pauta de comportamiento, y que la expectativa normativa que orientó el comportamiento del sujeto (A) sigue vigente, tanto antes como después del acto del sujeto (B). Esto quiere decir que la pena, como reacción al conflicto, no debe ser vista como un mero suceso exterior causal, así como tampoco lo es el quebrantamiento mismo de la norma. Por el contrario, la pena tiene un significado muy concreto, consistente en aclarar que el comportamiento contrario a la norma por parte del autor no marca la pauta de conducta, y que la norma, en cambio, mantiene su

²²²⁵ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica*, op. cit., págs. 278 y sigs.

²²²⁶ Vid. *supra* capítulo III Acción típica, inciso I Introducción.

²²²⁷ Cfr. PUPPE, Ingeborg, “El Derecho penal como comunicación. Aportaciones y peligros de un nuevo paradigma en la dogmática del Derecho”, op. cit., págs. 107 y sigs.

²²²⁸ LESCH, Heiko H., *La función de la pena*, op. cit., pág. 48; JAKOBS, Günther, “La pena estatal. Significado y finalidad”, op. cit., pág. 18.

²²²⁹ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, op. cit., págs. 59 y sigs; MAÑALICH R., Juan Pablo, “Retribucionismo expresivo. Acerca de la fundamentación comunicativa de la pena”, op. cit., págs. 50 y sigs.

²²³⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 12 y sigs.

vigencia normativa²²³¹. Se muestra que el autor no ha organizado el mundo de forma correcta, por ello, se le retiran medios para seguir organizando²²³².

Con ello, el delito es equivalente al quebrantamiento de la norma²²³³, y en este caso el delito de secuestro es un quebrantamiento de la norma, y la pena se localiza en el mismo plano que el delito como un concepto de comunicación, es decir, en el plano del significado²²³⁴, y no en aquel, tan sólo exterior y empíricamente tangible, de los resultados materiales del delito²²³⁵. Pena y delito son actos simbólicos, tienen un contenido simbólico-comunicador, deben ser entendidos como discurso y réplica del hecho punible. Por ejemplo, y con el anterior supuesto planteado en el párrafo precedente, el desvalor del secuestro cometido por (B), ante el cual reacciona la pena, no reside en la pérdida de la privación de la libertad del sujeto (A), esta parte del conflicto le corresponde al Derecho civil por la vía de la reparación del daño, sino que el juicio jurídico-penal se halla en que (B) ha afirmado que la norma que protege ir por la calle sin impedimento algunos no tiene vigencia para él (B), lo que quiere decir que el mal específicamente jurídico-penal de un secuestro no es la pérdida de la privación de la libertad, pues ese daño como tal es irreparable, sino el ataque del autor a la vigencia de la norma que prohíbe privar de la libertad ambulatoria²²³⁶. Mediante la pena se refuta esta afirmación del autor y se demuestra para todos que, tanto antes como ahora, la norma tiene vigencia, y que aquel que se orienta de acuerdo con ella estará actuando correctamente, en consonancia con el Derecho, así como que puede seguir amparando sus expectativas en las expectativas de los terceros²²³⁷.

Sintetizando lo anterior, la pena sirve para la estabilización de expectativa normativas y sociales, expectativas que son susceptibles de protección en las interacciones sociales en el supuesto de una defraudación normativa, ya que no

²²³¹ JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, op. cit., pág. 19.

²²³² LESCH, Heiko H., *La función de la pena*, op. cit., pág. 48. PUPPE, Ingeborg, “El Derecho penal como comunicación. Aportaciones y peligros de un nuevo paradigma en la dogmática del Derecho”, op. cit., págs. 107 y sigs.

²²³³ JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, op. cit., pág. 30. Cfr. PUPPE, Ingeborg, “El Derecho penal como comunicación. Aportaciones y peligros de un nuevo paradigma en la dogmática del Derecho”, op. cit., págs. 107 y sigs.

²²³⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 13 y 14; ID., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, op. cit., pág. 19.

²²³⁵ Vid. FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, op. cit., págs. 59, 60, 112, 113 y 114.

²²³⁶ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., pág. 11; ID., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, op. cit., pág. 19; ID., “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, op. cit., pág. 4. Cfr. FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y prevención general*, op. cit., págs. 453 y sigs; ID., *La pena como institución jurídica*, op. cit., págs. 234-256.

²²³⁷ LESCH, Heiko H., *La función de la pena*, op. cit., pág. 49; JAKOBS, Günther, “La pena estatal. Significado y finalidad”, op. cit., págs. 43, 44 y 45.

deben decaer ante las comunicaciones defectuosas de los ciudadanos, todo lo contrario, deben mantenerse contra-fácticamente²²³⁸. El delito como un hecho del sujeto activo o autor es un esbozo del mundo que se contrapone con las reglas sociales, o mejor dicho contra las expectativas normativas y sociales, en pocas palabras, el esbozo de la interacción en contra de la víctima se corresponde²²³⁹ con una expectativa normativa, generalizada y garantizada por el Estado, el conflicto es público, y el esbozo del mundo de la víctima se reafirma, pues ante todos los miembros de la sociedad manifiesta que todos los miembros de la sociedad deben persistir en sus expectativas, y que pueden confiar en la vigencia de la norma. Por ello, el contenido de una pena no es que el autor no delinca en el futuro, sino más bien que es correcto confiar en la vigencia de la norma²²⁴⁰. Sin embargo, esto no puede ser mal interpretado, en el sentido de que la finalidad del Derecho penal es un ejercicio en la confianza normativa en un sentido real-psicológico²²⁴¹, demostrable empíricamente, algo así como un querer y poder en que la pena despliega sus efectos realmente de formas contra-fáctica, es decir, que se confía en la vigencia de la norma. En todo caso, se trata de que en el futuro todos los miembros de la sociedad y el sujeto defraudador puedan continuar orientándose según la norma establecida, que uno se encuentra en consonancia con el Derecho cuando confía en la vigencia de la norma²²⁴².

Por lo anterior, el merecimiento de la pena el delito de secuestro proviene de una defectuosa organización²²⁴³ del sujeto activo en el mundo social, por haber realizado una injerencia en la esfera de un tercero, quebrantando su rol de ciudadano y el deber de no dañar a otro, y el sujeto activo ha de responder porque tiene una vinculación al ordenamiento social y punitivo al ser parte de la sociedad²²⁴⁴. La sociedad normativiza sus expectativas sociales como normas de interacción social, pero la actuación del sujeto activo en el mundo social es defectuosa, es decir, su libertad de actuación en las interacciones sociales se ve

²²³⁸ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 10 y 14; ID., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., págs. 17 y 18.

²²³⁹ Vid. JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., págs. 28, 69 y sigs; FRISCH, Wolfgang, “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, op. cit., págs. 19 y 20.

²²⁴⁰ JAKOBS, Günther, “La pena estatal. Significado y finalidad”, op. cit., págs. 23 y sigs; ID., *La pena estatal. Significado y finalidad*, traducción del alemán y estudio preliminar por Manuel CANCIO MELIÁ / Bernardo FEJOO SÁNCHEZ, Editorial Civitas, Navarra, 2006, págs. 38-53 y 134.

²²⁴¹ Vid. JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, op. cit., pág. 18; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica*, op. cit., págs. 288 y 289. Cfr. KINDHÄSER, Urs, “Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimación y fundamentación ético-jurídico de la pena criminal”, op. cit., pág. 22.

²²⁴² LESCH, Heiko H., *La función de la pena*, op. cit., págs. 49 y 50. Como también, JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 18; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica*, op. cit., págs. 274, 275 y sigs.

²²⁴³ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 11.

²²⁴⁴ Vid. JAKOBS, Günther, “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege?. Contradicción y prevención de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, op. cit., pág. 3.

limitada por aquellas actividades que están prohibidas o protegidas por la normas penales y expectativas sociales, determinándose el binomio de libertad *versus* autorresponsabilidad²²⁴⁵, equivalente al binomio delito/pena, pues la actuación del sujeto activo es contraria a la vigencia de la norma, y por ello, el mismo es acreedor a una pena, la pena del secuestro restaurará la vigencia contra-fáctica de la norma, para comunicar que secuestrar y privar de la libertad es una interacción prohibida por el ordenamiento punitivo. Todos los miembros de la sociedad estamos vinculados²²⁴⁶ a un ordenamiento penal, y si actuamos en contra de la norma de dicho ordenamiento somos acreedores a una pena.

C) Prevención general

La prevención general negativa persigue un efecto confirmante en la sociedad, pues mediante la imposición de la pena se confirma que la norma sigue teniendo vigencia, esto es, que sigue siendo un principio rector constitutivo de la sociedad y que, por ello, hay que obedecer²²⁴⁷.

De acuerdo con las ideas establecidas en este capítulo, hemos mencionado que el fin primordial de la pena consiste en estabilizar contra-fácticamente las normas penales infringidas como normas básicas para la convivencia de la sociedad y la posibilidad de una adecuada interacción social, lo que conlleva la institucionalización de una expectativa²²⁴⁸ de respeto general a dichas normas en la vida social²²⁴⁹. Si todo orden configurado mediante normas es básicamente un orden simbólico, especialmente cuando más complejo se vuelve, la pena se legitima como mecanismo necesario de estabilización de dicho orden y de sus procedimientos legítimos de evolución democrática²²⁵⁰.

La estabilización de normas resulta indispensable o necesaria para aquellas normas que han sido vulneradas, por ello se sientan las bases para que la población pueda seguir confiando en su validez como modelos de orientación, en

²²⁴⁵ Vid. JAKOBS, Günther, “La pena estatal. Significado y finalidad”, op. cit., págs. 37 y 38; POLAINO NAVARRETE, Miguel, “La controvertida legitimación del Derecho penal en la sociedad moderna: ¿más Derecho penal?”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE, *El Derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política-criminal*, Editorial Flores editor, México, D. F., 2006, págs. 67 y sigs. Cfr. PUPPE, Ingeborg, “El Derecho penal como comunicación. Aportaciones y peligros de un nuevo paradigma en la dogmática del Derecho”, op. cit., págs. 107 y sigs.; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica*, op. cit., pág. 291.

²²⁴⁶ Vid. MAÑALICH R., Juan Pablo, “Pena y ciudadanía”, op. cit., págs. 119 y sigs.

²²⁴⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2008, pág. 72; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo I, op. cit., págs. 42 y 43; MAÑALICH R., Juan Pablo, “Retribucionismo expresivo. Acerca de la fundamentación comunicativa de la pena”, op. cit., págs. 42 y 43.

²²⁴⁸ Vid. *supra* capítulo V Bien jurídico en el injusto del secuestro, inciso VI Conexión entre bien jurídico protegido y vigencia de la norma en el delito de secuestro, letra B) La libertad ambulatoria como expectativa social institucional.

²²⁴⁹ JAKOBS, Günther, “La pena estatal. Significado y finalidad”, op. cit., págs. 42 y 43.

²²⁵⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica*, op. cit., pág. 258.

nuestro caso particular la pena del secuestro manifiesta que la ciudadanía pueda seguir confiando en la expectativa social de la libertad ambulatoria, pues la pena es un instituto jurídico que cumple la función para todos los ciudadanos en su conjunto, para la sociedad global²²⁵¹, y tiene a éstos como destinatarios de la norma, no sólo va dirigida a los potenciales delincuentes, lo que anteriormente se denominaba prevención general negativa, o a los que ya han delinquido para que no vuelvan a delinquir²²⁵², en un supuesto de prevención especial²²⁵³.

La prevención general como mecanismo de estabilización de normas añade nuevas perspectivas, entre ellas, que la pena no está orientada de forma directa a prevenir delitos o dinámicas delictivas, sino más bien los reales efectos nocivos que los delitos tienen para la sociedad y para la vida en común. Esto se puede demostrar con un sencillo axioma: “se castiga para no perder lo que tenemos en común y nos gusta y no queremos cambiarlo, por lo menos la mayoría de la ciudadanía”, por ejemplo, en nuestro caso en concreto, que la vía pública sea un lugar de encuentro que nos permita movernos y ambular por el sistema social realizando las demás esferas de interacción social o contactos sociales que permiten la interacción adecuada en la sociedad, recordemos que la libertad ambulatoria es una esfera o posesión de translación con el sistema social²²⁵⁴.

Este cambio de paradigma de la perspectiva de la función social de la pena no se tiene que desvincular de la idea de justicia en el momento en que se renuncia a una relación puramente instrumental entre la pena y conductas de los ciudadanos²²⁵⁵. El papel instrumental de la imposición de una pena en las conductas de los sujetos, en su carácter esencialmente expresivo o comunicativo, significa que todo fenómeno social debe ser entendido en un determinado contexto de significados y comunicaciones y todos los fenómenos sociales son procesos comunicativos, el delito y la pena forman el binomio de reacción social

²²⁵¹ JAKOBS, Günther, “La pena estatal. Significado y finalidad”, op. cit., pág. 40.

²²⁵² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica*, op. cit., pág. 258.

²²⁵³ Vid. HASSEMER, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, op. cit., pág. 27; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 71, 73, 74, 78, 79, 80, 81, 83, 84 y 85; JAKOBS, Günther, “La pena estatal. Significado y finalidad”, op. cit., págs. 48 y 49; FRISCH, Wolfgang, “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, op. cit., págs. 10 y 12; KINDHÄUSER, Urs, “Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimación y fundamentación ético-jurídico de la pena criminal”, op. cit., págs. 12, 13, 20, 21 y 22; ID., “Retribución de culpabilidad y pena”, op. cit., págs. 168 y 169; MAÑALICH R., Juan Pablo, “Retribucionismo expresivo. Acerca de la fundamentación comunicativa de la pena”, op. cit., págs. 36, 37, 38, 42-45, 50, 51 62, 63 y 64; ID., “Pena y ciudadanía”, op. cit., pág. 131;.

²²⁵⁴ JAKOBS, Günther, “La pena estatal. Significado y finalidad”, op. cit., pág. 40: “el Derecho penal no sólo debe ofrecer orientación a los potenciales autores, sino también a los potenciales víctimas; dicho con un ejemplo, en una sociedad en la que ninguna persona osa moverse libremente por miedo a la delincuencia, el Derecho a la libertad de movimiento no es real, se mire como se mire”.

²²⁵⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica*, op. cit., págs. 258 y 259.

frente al delito²²⁵⁶ y también son procesos de comunicación, la negación del primero (delito) por el segundo (pena)²²⁵⁷. Desde el punto de vista de la búsqueda de legitimación de la pena, presentan un especial interés las nuevas perspectivas que inciden más en el aspecto expresivo o comunicativo de la pena que en el aspecto puramente instrumental de la conducción de la conductas²²⁵⁸.

Hemos estimado que la pena impuesta jurídicamente en el delito del secuestro cumple una función de estabilización social o normativa sin necesidad de que ni legal ni judicialmente tenga que influir directamente en la psique de los ciudadanos. La pena, en sí, en un sistema democrático, debe respetar la autonomía individual²²⁵⁹ para que los ciudadanos se amolden a las exigencias del ordenamiento jurídico con las estrategias personales que consideren más convenientes o les sean más cómodas, esto es, una auto-determinación²²⁶⁰ conforme a las normativas sociales y que se puede representar por el principio de autorresponsabilidad de los sujetos en derecho.

Por ello, se debe entender la estabilización normativa como una estrategia de prevención general en la medida que busca ciertos efectos de cara al futuro con carácter general y no de forma individualizada. Se trata de una estrategia positiva porque repara el daño que el delito ha producido para la generalidad. La pena no es sólo un instrumento para desvalorar, censurar o reprochar lo que sucedió, para ello es suficiente la declaración de la culpabilidad, sino básicamente para reparar las consecuencias lesivas del hecho desde la perspectiva de la generalidad y no sólo de un individuo concreto o de un grupo de individuos, por ejemplo, las víctimas. Por esta razón, los efectos descritos no son meramente latentes²²⁶¹, sino precisamente los que legitiman la imposición de la pena como

²²⁵⁶ Vid. JAKOBS, Günther, “La pena estatal. Significado y finalidad”, op. cit., pág. 32.

²²⁵⁷ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 13; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2008, págs. 72 y sigs; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo I, op. cit., págs. 42-45.

²²⁵⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica*, op. cit., pág. 259.

²²⁵⁹ Vid. *supra* capítulo V, sobre el bien jurídico en el pensamiento de Hegel. Como también, en especial, ZACZYK, Rainer, “Injusto jurídico-penal y la autorresponsabilidad del lesionado”, op. cit., págs. 261 y 262; BERGÉS, Alfredo, “El Derecho como sistema de niveles de libertad”, op. cit., pág. 42: “Todo ordenamiento jurídico que aspire a ser la realización de la libertad y, por tanto, a establecer un orden justo, tiene que, por un lado, asegurar la existencia de los niveles más formales o abstractos que hacen posible la existencia de la individualidad y, por otro, establecer niveles más concretos de libertad que limiten las formas más abstractas para que estos no degeneren en formas de coerción. Dicho de otro modo, el establecimiento de un ordenamiento jurídico favorable a la realización de la libertad presupone esta multiplicidad de niveles que explicitan las dimensiones implícitas en el concepto de libertad. La eliminación o el debilitamiento progresivo de uno de estos niveles de libertad afecta al conjunto del sistema, de tal modo que la esfera del Derecho en su totalidad adquiere un tono despótico”.

²²⁶⁰ Vid. *supra* capítulo VI, sobre imputación subjetiva a partir del inciso I, Culpabilidad en el injusto del secuestro y siguientes.

²²⁶¹ Vid. *supra* capítulo V, Bien jurídico, a partir del inciso VI, Conexión entre bien jurídico protegido y vigencia de la norma en el delito de secuestro, letra C) Confirmación de la norma, número 2 Función latente. En especial, KINDHÄUSER, Urs, “Retribución de culpabilidad y pena”, op. cit., págs. 168 y 169.

tal, de manera que si el delito no tuviera efectos lesivos, perturbadores o desestabilizadores para la sociedad, la pena no sería necesaria²²⁶².

Con ello se puede determinar que el fin de la pena en cualquier delito es la re-estabilización de las normas esenciales que fueron quebrantadas, pero sin las cuales no se puede mantener la vida en la sociedad. Por esta razón, se puede determinar que estamos ante una prevención general estabilizadora, que no sólo pretende restablecer conceptualmente el Derecho, como propugnan algunos autores que siguen un modelo retributivo moderno²²⁶³, sino más bien estabilizar de cara al futuro una realidad social conforme a lo prescrito por las normas que consideramos irrenunciables para nuestra vida en común e interacción cotidiana²²⁶⁴. Las normas jurídicas no sólo establecen deberes, por ejemplo, en nuestro caso el deber negativo de no privar de la libertad ambulatoria a cada ciudadano, sino la adecuada orientación de la vida social al tratarse de expectativas sociales recíprocas de comportamiento²²⁶⁵. Por ello, en la vida social la estrategia a seguir para la estabilización de reglas y la confianza en su vigencia o validez no es el aprendizaje y el desarrollo del conocimiento existente, sino la responsabilidad del infractor, pues la pena no es un precio o tasa a pagar, sino el merecimiento de la estabilización normativa, sentando los cimientos de una confianza general de la sociedad, no como algo conceptual, sino como una realidad que forma parte de lo cotidiano²²⁶⁶. Y en el caso en particular del secuestro la pena estabiliza la confianza en la ciudadanía de que se puede trasladar y deambular por el sistema social²²⁶⁷.

Ante la defraudación de la norma jurídico-penal, sin la pena no hay una estabilidad normativa que comunique que la norma sigue siendo vinculante, esto conllevaría la pérdida de la confianza de la ciudadanía y un deterioro progresivo de la vida social²²⁶⁸. Es tan importante para la normativa el cumplimiento generalizado de las normas como que la infracción de las mismas no queda sin respuesta, pues lo más grave que puede contraer una infracción a la norma es una

²²⁶² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica*, op. cit., pág. 267.

²²⁶³ Vid. LESCH, Heiko H., *La función de la pena*, op. cit., págs. 45-52. Este autor sigue la línea de una “teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad”.

²²⁶⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica*, op. cit., págs. 267 y 268.

²²⁶⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y prevención general*, op. cit., págs. 455 y sigs. Cfr. MAÑALICH R., Juan Pablo, “Retribucionismo expresivo. Acerca de la fundamentación comunicativa de la pena”, op. cit., págs. 44 y 45.

²²⁶⁶ Orientado a la fidelidad del Derecho, JAKOBS, Günther, “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, op. cit., págs. 7 y 8; en sentido similar, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica*, op. cit., pág. 268.

²²⁶⁷ Vid. JAKOBS, Günther, “La pena estatal. Significado y finalidad”, op. cit., pág. 44.

²²⁶⁸ JAKOBS, Günther, “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege?. Contradicción y prevención de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, op. cit., pág. 17; MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs”, op. cit., pág. 98.

desestabilización de la misma norma sin dar respuesta al hecho defraudador²²⁶⁹ como socialmente útil o prohibido²²⁷⁰, en pocas palabras, se determina con el juicio jurídico penal si la expectativa corrompida es socialmente adecuada o si es socialmente adecuado el riesgo de la interacción social.

Ésta es el ámbito de aplicabilidad de la pena, pues la pena es “saturación” de esa “rotura” social realizada por el delito, ya sea el secuestro o cualquier delito, pues el delito es una perturbación al orden social y a la vida social que viene a reparar o recomponer la pena²²⁷¹. Si no se van suturando los parches adecuados al tejido social de interrelaciones se acabará desgarrando por completo la sociedad. Y el delito no sólo vulnera algo conceptual, sino una realidad conforme a Derecho que vamos tejiendo día a día y gracias a la cual cada uno podemos desarrollar nuestros proyectos personales tanto a corto como a largo plazo, y en este caso en particular la libertad de ambular por el sistema social es lo que nos permite realizar las demás interacciones sociales en el mundo social. El restablecimiento de esta realidad social es la que le corresponde realizar a la pena como instituto de importancia para el núcleo social, por el quebrantamiento de la norma del secuestro que representa para un desarrollo normalizado de la vida social. Por ello, la pena sienta el cimiento cognitivo²²⁷² de las expectativas sociales mediante la institucionalización²²⁷³ de cara al futuro en una confianza racional en las normas como modelos de orientación de las interacciones sociales en el mundo social²²⁷⁴.

La pena cumple una función de estabilización normativa sin necesidad de una intimidación²²⁷⁵, a partir de la cual la pena ayuda al mantenimiento de la convivencia y la vida social, sin ella sería peor el mantenimiento del orden social, incluso se podría afirmar que sin pena no existe la sociedad, pues la pena cumple ese papel de retrotraer la vigencia normativa, comunicando que aún existe la

²²⁶⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Retribución y prevención general*, op. cit., pág. 455; ID., *La pena como institución jurídica*, op. cit., págs. 268 y 269.

²²⁷⁰ Vid. KINDHÄUSER, Urs, “Retribución de culpabilidad y pena”, op. cit., págs. 154, 155 y 157.

²²⁷¹ Vid. JAKOBS, Günther, “La pena estatal. Significado y finalidad”, op. cit., págs. 51 y 52; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica*, op. cit., pág. 282.

²²⁷² JAKOBS, Günther, “La pena estatal. Significado y finalidad”, op. cit., págs. 40 y 41; ID., “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, op. cit., pág. 3.

²²⁷³ Vid. *supra* capítulo V Bien jurídico, a partir del inciso VI Conexión entre bien jurídico protegido y vigencia de la norma en el delito de secuestro, letra B) La libertad ambulatoria como expectativa social institucional.

²²⁷⁴ HASSEMER, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, op. cit., págs. 26 y 27. “La conservación y promoción de la confianza y fidelidad en el Derecho son procesos comunicativos y de largo alcance como plétora de variables cognitivas y emotivas, un engranaje, en el cual las decisiones penales representan sólo un minúsculo tornillo (del cual no siempre se sabe en qué dirección gira)”; en sentido similar, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica*, op. cit., págs. 269, 270 y sigs.

²²⁷⁵ Cfr. KINDHÄUSER, Urs, “Retribución de culpabilidad y pena”, op. cit., págs. 150 y 151.

norma como norma vigente y vinculante a la sociedad y por ello debe ser respetada y atacada por la sociedad. Ahora bien, en el caso particular del secuestro, la pena cumple ese papel de contradicción²²⁷⁶ contra-fáctica de la norma quebrantada del secuestro, pues la pena comunica al defraudador y a la sociedad que ha sido quebrantada una norma que está vigente para la vinculación social, como una expectativa institucional en el desarrollo de la vida social, y por ello la pena restaura el orden quebrantado retornando el triángulo de la comunicación contra-fáctica entre norma, pena y sociedad, pues el delito es una tangente inversa del triángulo de la comunicación social y la pena cumple ese papel de contradicción del hecho criminal como algo socialmente no permitido y defraudador de las expectativas normativas²²⁷⁷.

D) Condiciones objetivas de punibilidad

Como han señalado Hans-Heinrich JESCHECK y Thomas WEIGEND²²⁷⁸, “las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que se encuentran en relación inmediata con el hecho, pero que no pertenecen ni al tipo de injusto ni al de la culpabilidad²²⁷⁹. Todas ellas pertenecen a los presupuestos materiales de la punibilidad, pero muestran entre ellas consideraciones de diferencias puesto que constituyen en parte, un grupo especial propio pero, en parte también, son similares a los elementos del tipo. A pesar de estas disparidades son tratadas en su conjunto de acuerdo con el mismo principio. La cuestión de la punibilidad sólo depende del hecho de su presencia o ausencia, pues la imprudencia²²⁸⁰ no necesariamente ha de referirse a ellas. Esto significa, en primer lugar, que el autor es punible cuando la condición objetiva concurre en el hecho o tiene lugar con posterioridad, e incluso aunque el sujeto no la conociera o, en caso, si no pudo preverla”.

A pesar de que conste el injusto y la culpabilidad, en determinados casos el legislador penal niega la necesidad de pena a no ser que se añada otra característica adicional que pueda afectar el hecho mismo o a su desarrollo posterior, y que proporcione una mayor importancia objetiva que la que

²²⁷⁶ JAKOBS, Günther, “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege?. Contradicción y prevención de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, op. cit., pág. 18; ID., “El lado subjetivo del hecho”, op. cit., pág. 57.

²²⁷⁷ Vid. *supra* capítulo V, Bien jurídico, a partir del inciso VI, Conexión entre bien jurídico protegido y vigencia de la norma en el delito de secuestro en adelante, como también el Capítulo III, Acción típica, inciso I, introducción.

²²⁷⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 597.

²²⁷⁹ Vid. WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 49 y 50; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 357 y sigs; ID., *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 477, 478 y 480. Cfr. KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, op. cit., págs. 43 y 44.

²²⁸⁰ Vid. KINDHÄUSER, Urs, “Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimación y fundamentación ético-jurídico de la pena criminal”, op. cit., pág. 28.

fundamenta la necesidad político-criminal de la pena²²⁸¹. Éste es el fundamento de la condiciones objetivas propias de la punibilidad, aunque junto a ellas se alude a otras condiciones objetivas de la punibilidad que son denominadas condiciones objetivas impropias de la punibilidad²²⁸², que en la práctica jurídico penal muestran el objeto contra el que se dirigen las auténticas objeciones dogmáticas²²⁸³: se trata de causas encubiertas de agravación de la pena que por su esencia pertenecen al tipo de injusto pero que formalmente están configuradas como condiciones de la punibilidad, porque el legislador quiso hacerlas independientes de la necesidad de que aparecieran referidas al dolo o, en su caso, a la imprudencia²²⁸⁴, y representan restricciones del principio de culpabilidad por razones político-criminales²²⁸⁵.

En mi opinión, el elemento de la condición en el secuestro es una condición objetiva impropia de punibilidad²²⁸⁶, y a continuación desarrollaré por qué considero que el elemento condicional del secuestro es una condición objetiva impropia de punibilidad.

²²⁸¹ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 598.

²²⁸² En una postura equivalente sobre la clasificación de las condiciones objetivas de punibilidad, auténticas (propias) e inauténticas (impropias), aunque reconociendo que no es necesario realizar tal clasificación, porque “todas las condiciones objetivas de punibilidad son auténticas, por lo que la condición objetiva de punibilidad inauténtica no es sino una condición objetiva de punibilidad auténtica referida no a un delito de lesión sino a un delito de peligro, CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 1170 y 1171. Ampliamente sobre las diversas tesis de clasificación de las condición objetiva de punibilidad, véase MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos, *La condiciones objetivas de punibilidad*, Editorial Edersa, Madrid, 1989, págs. 30 y sigs; MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Editorial Ministerio de justicia secretario general técnica, Madrid, 1990, págs. 20 y sigs; MENDES DE CARVALHO, Érika, “Las condiciones objetivas de impropias. Vestigios de responsabilidad objetiva en el Código español”, *RDPC*, 2ª. Época, número 17, Madrid, 2006, págs. 226 y sigs; EAD., *Punibilidad y delito*, Editorial Reus, Madrid, 2007, págs. 113 y sigs.

²²⁸³ Cfr. MENDES DE CARVALHO, Érika, “Las condiciones objetivas de impropias. Vestigios de responsabilidad objetiva en el Código español”, op. cit., págs. 245 y sigs.

²²⁸⁴ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, op. cit., pág. 13.

²²⁸⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 599; VOGEL, JOACHIM, “Dolo y error”, op. cit., págs. 7 y 8; RUEDA MARTÍN, María Ángeles, “Caso el Nani”, op. cit., págs. 404. Cfr. MENDES DE CARVALHO, Érika, “Las condiciones objetivas de impropias. Vestigios de responsabilidad objetiva en el Código español”, op. cit., págs. 228 y sigs.

²²⁸⁶ *Vid. supra* capítulo V, Bien jurídico en el injusto del secuestro, inciso IV, Alcance de la protección típica de la libertad ambulatoria, correspondiente a la letra C) Esfera de la libre decisión de la voluntad de movimiento individual, en el mismo capítulo pero en el inciso V, Crítica a la conexión del patrimonio con el injusto de secuestro, en la letra B) Consideración crítica: la necesidad de distinción entre el fin de la ley y bien jurídico, como también, el capítulo III Acción típica, inciso II, Conducta típica del secuestro, en la letra B) Resultado de la conducta del injusto del secuestro, y por último, el inciso III, Otros elementos típicos, en particular: la exigencia de alguna condición en las letras A) El significado de condición y C) Delimitación entre condición y rescate.

III. Exigencia de una condición por el autor en el secuestro

A) Elementos diferencial del secuestro (art. 164) respecto de la detención ilegal (art. 163)

El elemento de distinción entre la detención ilegal y el secuestro es la exigencia de una condición por parte del sujeto activo, para poner en libertad a la víctima. La condición exigida puede ser de dar, hacer u omitir una actividad jurídicamente relevante: por ejemplo, la de dar puede ser la entrega o la exigencia de un rescate; la de hacer puede consistir en la puesta en libertad de unos presos que se encuentran cumpliendo condena en la prisión, o que se otorguen títulos de propiedad al secuestrador; y la de omitir, por ejemplo, el pronunciamiento de sentencia condenatoria a unos delincuentes. Pero este elemento diferencial de la condición característico del delito del secuestro ha de ser jurídicamente relevante para integrar el tipo de este injusto, es decir, la puesta en libertad del sujeto pasivo depende del cumplimiento de la condición, que es jurídicamente relevante en tanto requiere algo contundente de lo que se condiciona la puesta en libertad de la víctima. Por ello, es necesario que se exteriorice la condición por parte del sujeto activo, al sujeto pasivo o un tercero de incumbencia con el bienestar de la víctima²²⁸⁷.

B) Irrelevancia del cumplimiento o no de la condición exigida por el autor para la realización del tipo del secuestro

En el caso en particular del secuestro, en mi opinión, el legislador penal español determina la condición (dar, hacer u omitir) del secuestro como una condición objetiva impropia de punibilidad, porque a pesar de que conste el injusto típico y culpable, si no se exterioriza por el sujeto la exigencia de una no se realiza el tipo de secuestro, sino el de detención ilegal, y por ello se niega la penalidad del secuestro y se mantiene la de detención ilegal, que puede afectar incluso a un tipo privilegiado si no se cumple la condición y se pone en libertad al sujeto pasivo. Sin embargo, el elemento condicionante en el secuestro es una condición objetiva impropia de la punibilidad del secuestro, por ser una causa encubierta de la agravación de la pena, que en su esencia pertenece al tipo de injusto pero que formalmente es una condición objetiva de punibilidad porque el legislador penal español quiso hacerlas independientes de la necesidad de que aparecieran referidas al dolo y asimismo sólo por razones político-criminales se

²²⁸⁷ *Vid. supra* capítulo III acción típica, inciso III, Otros elementos típicos: en particular, la exigencia de alguna condición, letras A) El significado de condición, B) El propósito de obtener rescate y C) Delimitación entre condición y rescate.

encuentran formalmente disociadas del contexto del injusto y de la culpabilidad del delito del secuestro²²⁸⁸.

Dogmáticamente las condiciones objetivas impropias de punibilidad han sido duramente criticadas por un sector doctrinal por ser causantes de conculcar los principios de culpabilidad²²⁸⁹, dignidad humana, inocencia y el derecho de no declarar en contra de sí mismo en el proceso penal (la declaración de auto-inculpación)²²⁹⁰, pero estas objeciones pueden disiparse con la consideración de que el autor corre sin más con el riesgo reconocible por cualquiera de que podría concurrir la condición objetiva de punibilidad²²⁹¹, y en este caso en particular, el sujeto activo es el que exterioriza la petición y la condición para la puesta en libertad de la víctima, por ello, el sujeto activo determina el riesgo de privar de la libertad a un sujeto, poniendo un precio para la liberación de la víctima configurando el riesgo concreto de la privación de la libertad condicional y con este riesgo configura un peligro de provocar una consecuencia más grave para la integridad de la víctima o sujeto pasivo, pues, esta condicionando la libertad aumentando el riesgo a la integridad de la víctima.

La condición (dar, hacer, omitir) para liberar a la víctima del secuestro es una condición objetiva impropia de punibilidad que materialmente se presenta como causa de agravación de la pena de detención ilegal. El comportamiento básico ya comprendido por el requisito de la culpabilidad muestra un cierto grado de merecimiento de la pena, porque a través del mismo es provocada una puesta en peligro de la colectividad, pero en este caso en particular el peligro afecta a la persona concreta y determinada de la víctima que se encuentra privada de la libertad ambulatoria. Formalmente, en el delito de secuestro, la punibilidad del hecho es fundamentada exclusivamente por la imposición de la condición para la

²²⁸⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 598 y 599. Cfr. MENDES DE CARVALHO, Érika, “Las condiciones objetivas de impropias. Vestigios de responsabilidad objetiva en el Código español”, op. cit., págs. 222 y sigs.

²²⁸⁹ Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos, *La condiciones objetivas de punibilidad*, op. cit., págs. 57-62, 161 y 162; MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, op. cit., págs. 21, 25, 27, 47 y 48; MENDES DE CARVALHO, Érika, “Las condiciones objetivas de impropias. Vestigios de responsabilidad objetiva en el Código español”, op. cit., págs. 232 y sigs; VOGEL, Joachim, “Dolo y error”, op. cit., págs. 7 y 8.

²²⁹⁰ MENDES DE CARVALHO, Érika, “Las condiciones objetivas de impropias. Vestigios de responsabilidad objetiva en el Código español”, op. cit., págs. 234 y sigs.

²²⁹¹ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 600 y 601; SANZ MORÁN, Ángel José, *Los elementos subjetivos de justificación*, op. cit., pág. 5; MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos, *La condiciones objetivas de punibilidad*, op. cit., págs. 57-62; MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, op. cit., págs. 71 y sigs; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., pág. 1171. Cfr. PALMA HERRERA, José Manuel, “Capítulo duodécimo. La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo”, op. cit., págs. 378 y 379; MENDES DE CARVALHO, Érika, “Las condiciones objetivas de impropias. Vestigios de responsabilidad objetiva en el Código español”, op. cit., págs. 239-244;.

liberación de la persona privada de libertad²²⁹², determinando una agravación de la sanción penal²²⁹³.

Como he indicado, el delito del secuestro es un delito cualificado de las detenciones ilegales, no sólo históricamente lo he apreciado así, sino que aun hoy en día es regulado en un precepto autónomo, que lo configura como figura delictiva cualificada en que la acción típica (detener y encerrar) y el resultado (privación de la libertad) es la base principal del secuestro, pero la exigencia del elemento condicional de hacer, omitir, o dar despliega un efecto fundamentador de la responsabilidad penal²²⁹⁴ que opera como condición objetiva impropia de la punibilidad y, al mismo tiempo, como causa de limitación de la pena²²⁹⁵, pues sólo con la imposición de la exigencia de la condición se realiza el tipo de secuestro, y de no exteriorizarse la condición se punirá como detención ilegal²²⁹⁶.

IV. La punibilidad en los tipos de secuestro (art. 164)

A) Tipo básico: de 3 a 15 días (art. 163.1)

Sobre la pena señalada para el tipo básico del secuestro es de seis a diez años de prisión. Sin embargo, esta pena establecida por el legislador español en

²²⁹² Al respecto, Ángel TORÍO LÓPEZ explicita: “La acción peligrosa se erige en fundamento plenario de lo injusto. El desvalor objetivo material de acción, generado por esa acción peligrosa, se sitúa en el centro de lo injusto. La función del resultado, no conectado necesariamente, sino probabilísticamente, a esa acción, pierde relieve y significación. En cierto modo se sitúa en un terreno que lo aproxima a las llamadas condiciones objetivas de punibilidad. No debe olvidarse que en la literatura contemporánea el finalismo radical afirmó que la acción dolosa, en cuanto tal, fundamentaba plenariamente lo injusto, de forma que el resultado sería sólo condición objetiva de punibilidad. En sentido sustancialmente diverso, pero formalmente paralelo o equivalente, parece decirse implícitamente ahora que la acción peligrosa que con probabilidad origine el resultado realiza plenamente el tipo, siempre que tal enlace probabilístico no quepa entenderlo producido por causa diferentes”. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas”, op. cit., pág. 167. Cfr. MENDES DE CARVALHO, Érika, “Las condiciones objetivas de impropias. Vestigios de responsabilidad objetiva en el Código español”, op. cit., págs. 223 y sigs.

²²⁹³ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 600, 601 y 602.

²²⁹⁴ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 281 y 598.

²²⁹⁵ Las condiciones objetivas de punibilidad conforma el tipo de garantía, ya que “todos los elementos en que se basa la punibilidad de un comportamiento, lo que incluye tanto los elementos esenciales de todo delito: injusto, antijuridicidad y culpabilidad, que dependen todos ellos del autor, más otros elementos independientes del autor cuya concurrencia puede exigir el legislador (condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos procesales, fundamentalmente), que “garantizan”, que toda intervención penal va a depender de que se cumplan los requisitos legalmente establecidos”. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, op. cit., págs. 503, 1171 y 1172.

²²⁹⁶ Vid. MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos, *La condiciones objetivas de punibilidad*, op. cit., págs. 125-135, 159-162; MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, op. cit., págs. 15, 91-98, 133 y sigs. Cfr. MENDES DE CARVALHO, Érika, *Punibilidad y delito*, op. cit., págs. 273-278.

el delito del secuestro ha sido duramente criticada doctrinalmente, entre otros por Miguel POLAINO NAVARRETE²²⁹⁷, quien destaca la amplia discrepancia punitiva que comportan los diversos factores de cualificación o privilegio de los tipos de detención ilegal y del secuestro, consignados en un sistema que hace gala de una prolijidad y un casuismo a todas luces excesivos e impropios de un Código acorde a las exigencias dogmáticas. Además, menciona que la penalidad no es adecuada a las exigencias de proporcionalidad, certeza y seguridad, pues considerando todos los elementos de cualificación y atenuación específicamente previstos, se establece un marco de penalidad a todas luces excesivo.

B) Tipo privilegiado: hasta 3 días (art. 163.2)

El tipo privilegiado en el delito del secuestro es el mismo tipo privilegiado que en el delito de las detenciones ilegales, ya que el artículo 164 del delito de secuestro remite al tipo privilegiado del artículo 163.2 del Código penal español, estableciendo que se impondrá la pena inferior en grado si concurre en el secuestro las circunstancias del artículo 163.2. El tipo privilegiado establece: el secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, se hubiera dado la circunstancia de que el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado (*sic* artículo 163.2). Las características comunes de este tipo privilegiado consisten en la acción descrita que es la misma que en el secuestro y en la detención ilegal, correspondiente a una conducta de detener o encerrar al sujeto pasivo, produciendo como resultado la privación de la libertad ambulatoria, por ello la conducta es coincidente con el comportamiento típico del delito de la detención ilegal y el secuestro²²⁹⁸.

La exigencia de este tipo privilegiado es una muestra de arrepentimiento o desistimiento²²⁹⁹⁻²³⁰⁰ del sujeto activo que procede a liberar al sujeto pasivo dentro de las 72 horas de la privación de la libertad, de forma que esta limitación temporal²³⁰¹ implica un desvalor menor del injusto de secuestro, pues el sujeto disminuye el menoscabo propio de la privación de la libertad²³⁰² o de otra lesión

²²⁹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., 2011, págs. 149 y 153.

²²⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 216.

²²⁹⁹ En la jurisprudencia STS 7505/2006, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 12); STS 7696/2010, ponente: Julián Artemio SÁNCHEZ MELGAR, (Fundamentos de Derecho II, pág. 5); STS 1937/2013, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA, (Fundamentos de Derecho II, págs. 2 y 3).

²³⁰⁰ *Vid. supra* capítulo IX *Iter criminis*, a partir del inciso IV, Desistimiento.

²³⁰¹ *Vid. supra* capítulo VI, Imputación subjetiva, inciso III, La imputación al dolo en los supuestos de erróneas desviaciones del curso causal lesivo, 1. El error del tipo, letra b) Sobre los elementos accidentales: En el supuesto del error en la privación cronológica, letras a’) y b’).

²³⁰² En un sentido equivalente la jurisprudencia menciona “una figura atenuada si se pone en libertad al detenido dentro de los tres primeros días sin haber logrado el cumplimiento de la condición (relación con el art. 163.2), pues este tipo privilegiado se aplica también al secuestro del art. 164 CP (iniciándose el término de tres días en el momento mismo de la

de posiciones jurídicas de la víctima, no logrando materializar la condición o rescate exigido, con lo que limita el alcance cronológico de la privación de la libertad del tipo básico del delito de secuestro, ya que las 72 horas del encierro o detención del sujeto privado de libertad ambulatoria representan el máximo de duración de la privación de libertad²³⁰³.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre ellas resoluciones en la STS 2689/2009, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA²³⁰⁴, que menciona que el tipo privilegiado a que nos referimos se justifica por razones de política-criminal y, unido a ello, por la relevancia punitiva que ha de dársele al autor de la detención que por su exclusiva voluntad, y sin haber obtenido su propósito pone fin a la detención dentro de las 72 horas. Se trata, como dice alguna sentencia antigua de esta Sala, de una especie de arrepentimiento espontáneo activo, STS de 9 de Febrero de 1990 y 13 de Julio de 1992, pero ello descansa en un acto voluntario, espontáneo y libre del autor, que en cuanto disminuye su culpabilidad y antijuricidad se hace acreedor a una pena atenuada en sintonía con el principio de proporcionalidad, ya que la pena es la compensación al grado de la culpabilidad y de la gravedad del hecho.

Ahora bien, la incorporación de elementos típicos relativo a la necesidad de la puesta en libertad del sujeto pasivo en el plazo máximo de tres días (72 horas), a partir del momento de la privación de libertad, plantea un problema de

privación de libertad y terminado en el instante en que cesa aquella privación, debiendo computarse por horas (72 horas), ya que resulta más favorable para el reo y el fomento de la indemnidad del bien jurídico, finalidad de la atenuación”. STS 4533/2007, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 20).

²³⁰³ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 216-219; ID. (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., 2011, págs. 149 y 151; BOLEA BARDÓN, Carolina, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 147; ESCRHUELA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, op. cit., págs. 12 y 13; AA.VV. “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2011, págs. 731 y 732; ID. “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2015, págs. 892 y 893; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2011, págs. 154 y 155; ID., “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2015, págs. 142 y 143; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., 2015, págs. 140 y 141; LAMARCA PÉREZ, Carmen, (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 140, 141 y 143; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., 2015, págs. 213 y 217; RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2015, págs. 102 y 103; ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 110 y 111; LLORIA GARCÍA, Paz, “Delitos contra la libertad 1. Detenciones ilegales y secuestro”, en Javier BOIX REIG (Director), *Derecho penal. Parte especial*, vol. 1, La protección penal de los intereses jurídicos personales, Adaptado a la reforma de 2015 del Código penal, 2ª. edic, Editorial Iustel, Madrid, 2016, págs. 229 y 230; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Delitos contra la libertad”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 10ª. edic, Editorial Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 185; ID., “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 98.

²³⁰⁴ STS 2689/2009, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 7). Como también STS 4533/2007, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 20); STS 7542/2010, ponente: Diego Antonio RAMOS GANCEDO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 7).

delimitación positiva con respecto al tipo básico, el cual queda sujeto a la validez del principio de subsidiaridad, conforme al cual será aplicable el tipo básico, siempre que no concurren las exigencias típicas del secuestro privilegiado, de no lograrse el objetivo que se pretendía ni haberse comenzado el procedimiento, efectuándose la puesta en libertad del encerrado o detenido dentro del plazo de tres días a partir del momento de su detención²³⁰⁵. La sanción penal de este tipo privilegiado es de tres a seis años de prisión.

C) Tipos cualificados

1. Más de 15 días de privación de libertad (art. 163.3)

El artículo 164 del Código penal español describe el tipo cualificado del secuestro en el supuesto en que concorra la circunstancia del artículo 163.3 del mismo cuerpo legal, que en este precepto estipula la pena superior en grado si el encierro o detención ha durado más de quince días.

Este tipo cualificado del secuestro estriba en la duración del *status* de tipicidad de la privación de la libertad superior a quince días²³⁰⁶, donde la víctima del secuestro se encuentra detenida y encerrada incrementando el riesgo a las demás esferas y posiciones jurídicas, por lo que la doctrina lo ha calificado de *status* de tipicidad propio de los delitos permanentes, pues el secuestro es un delito instantáneo de eventual permanencia²³⁰⁷, y en este caso, en particular, la duración de más de quince días convierte a la privación de libertad en un efecto permanente del menoscabo a la posición jurídica de la libertad ambulatoria, por lo que solamente a partir de ese lapso de duración se concreta el presente tipo agravado, aunque este tipo cualificado merece el mismo e idéntico tratamiento a nivel de tipicidad que el tipo básico del secuestro (art. 164). Sin embargo, dicha privación de la libertad debe ser superior a tres días (art. 163.3), si no estariamos en el supuesto del tipo privilegiado del artículo 163.2 del CP. Por ello, el tipo básico del secuestro está dentro del umbral cronológico de la detención entre el cuarto día y el décimo quinto día (artículo 164 CP español).

²³⁰⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 217.

²³⁰⁶ *Vid. supra* capítulo VI Imputación subjetiva, inciso III La imputación al dolo en los supuestos de erróneas desviaciones del curso causal lesivo, número 1 Error de tipo, en la letra b) Sobre los elementos accidentales, particularmente apartado a') Error en la privación por más de 15 días.

²³⁰⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 223 y 224; ID. (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., 2011, págs. 151 y 152. Como también, ORTS BERENQUER, Enrique, “El nuevo Artículo 481 del Código penal”, op. cit., pág. 283; BOLEA BARDÓN, Carolina, “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 137 y 138; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., 2015, págs. 215 y 218; LAMARCA PÉREZ, Carmen, (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 142 y 143; LLORIA GARCÍA, Paz, “Delitos contra la libertad 1. Detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., págs. 230; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2016, pág. 185; ID., “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 98.

Este tipo cualificado incorpora el mayor contenido del injusto que conlleva una prolongada duración de la privación de libertad ambulatoria, estos quince días empieza a contarse desde el mismo instante en que se hubiera producido el secuestro, es decir, cuando se priva ilegalmente de la libertad ambulatoria y se exige la consumación, sino será un tipo de detención ilegal y no de secuestro, por ello, es necesario la exteriorización de la condición para la puesta en libertad²³⁰⁸. Por ejemplo, y dentro del plano de la praxis jurídica, la jurisprudencia española²³⁰⁹ en la STS 2250/2008 ha apreciado²³¹⁰ el tipo cualificado del secuestro en los hechos fácticos en que los acusados privaron de la libertad ambulatoria a seis personas de nacionalidad marroquí por más de quince días, dichos imputados se llevaban inmigrantes desde la zona de desembarco a un inmueble, donde eran desposeídos de su documentación y obligados a permanecer en ese lugar vigilados por tres de los acusados hasta que pagaren o abonaran entre 1.000 y 1.500 euros que habrían de pagar sus familiares bajo la amenaza de que los mataran o entregarlos a la policía. La penalidad señalada para este tipo calificativo del secuestro es la pena superior en grado del tipo básico de secuestro, es decir, de 10 a 15 años de prisión privativa de libertad²³¹¹.

2. Cualidad de la víctima especialmente vulnerable

El Código penal español en el artículo 165 establece el tipo cualificado del secuestro en razón a determinadas características subjetivas del sujeto pasivo del injusto, entre ellas que sea menor de edad, esto es, inferior a los 18 años, o persona con discapacidad necesaria de especial protección, o funcionario público en ejercicio de sus funciones.

a) Víctima menor de edad (art. 165, inciso 2)

Uno de los elementos subjetivos que requiere el artículo 165 del Código penal español es que la víctima del secuestro sea menor de edad. Este requisito cronológico de la minoría de edad del sujeto pasivo²³¹² implica que la edad del sujeto pasivo sea menor de los 18 años²³¹³, lo que quiere decir que para la

²³⁰⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., 2015, pág. 141; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2015, pág. 144.

²³⁰⁹ Vid. STS 4533/2007, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 20); STS 3030/2012, ponente: Juan Ramón SORIANO SORIANO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 17).

²³¹⁰ STS 2250/2008, ponente: Joaquín DELGADO GARCÍA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 7).

²³¹¹ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., 2015, pág. 218.

²³¹² Vid. *supra*, capítulo III, Acción típica, a partir del inciso IV, Sujetos de la conducta, letra B), Sujetos pasivo.

²³¹³ JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 476; RUEDA MARTÍN, María Ángeles, “La adecuación social y el delito de detenciones ilegales”, op. cit., pág. 470; BOLEA BARDÓN, Carolina, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 139.

realización de este tipo penal el sujeto pasivo debe ser menor de edad durante el tiempo de la ejecución de la acción de la privación de libertad, porque si el día anterior a los hechos delictivos cumplió 18 años no se concretaría sería este tipo penal cualificado del secuestro (art. 165), sino el tipo básico (art. 164)²³¹⁴.

Esta categoría subjetiva de la minoría de edad del sujeto pasivo pondera la especial vulnerabilidad del mismo, por el motivo la superioridad de madurez mental entre victimario y víctima, de donde se puede abstraer el desvalor del hecho por el prevalimiento del injusto²³¹⁵. Esta vulneración especial de minoría de edad tutelada se asienta en razones político-criminales, que ponderan las consecuencias que pudiera acarrear la privación de la libertad de dichos sujetos en razón a que no están preparadas mentalmente, ni socialmente, para distinguir de la bondad y la maldad de las interacciones sociales incorrectas en el entorno social, y por obviedad no conocen la magnitud del hecho criminal realizado por el sujeto activo.

La historia del Derecho penal se ha visto muy influida por el entorno social, pero sobre todo por las construcciones del sistema y de la norma, porque por ejemplo en el supuesto en que se secuestra a un niño recién nacido del hospital de donde nació, y posteriormente se exige un rescate a los padres para entregar al bebé, dogmáticamente se ha estimado que el sujeto pasivo de este hecho son los padres (por el rescate y la sustracción del menor)²³¹⁶ y la víctima el bebé, pero esta concepción ha cambiado²³¹⁷ desde la perspectiva del paradigma

²³¹⁴ *Vid. supra*, capítulo VI, Imputación subjetiva, inciso III, La imputación al dolo en los supuestos de erróneas desviaciones del curso causal lesivo, apartado 3, Error sobre cualidades personales de la víctima.

²³¹⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 156. En el mismo sentido, JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 145 y 146; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 151; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 188.

²³¹⁶ *Vid. MERKEL, Adolf, Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 43; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, op. cit., págs. 930 y 931; BUROZ ARISMENDI, René, *Secuestro*, op. cit., pág. 31; BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión*, op. cit., págs. 319 y 320.

²³¹⁷ CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código Penal comentado*, op. cit., pág. 324. Como también, la STS 3682/2003, ponente: Miguel COLOMERO MENÉNDEZ DE LUARCA, (Fundamentos de Derecho II, págs. 6 y 7). Esta sentencia trata de una detención ilegal de la madre del menor y del menor de edad, ambos se encuentran retenidos en mismo lugar, por lo menos al principio de los hechos, y posteriormente son separados por los sujetos activos: “El sujeto pasivo del delito puede ser una persona mayor o menor de edad. El hecho de que un menor de edad no pueda valerse por sí mismo y necesite para ello el auxilio de otra persona no implica que no sea titular del Derecho a la libertad individual, aun cuando precise de un tercero para hacerlo efectiva. La detención ilegal de un menor en esas condiciones se comete extrayéndolo del ámbito de influencia de quien hace efectivo su Derecho a la libertad deambulatoria o bien deteniéndolo o encerrando a éste, en cuyo caso se le impide no sólo el ejercicio de su propia libertad sino también de la del menor. En el primer caso, solamente se cometerá un delito, mientras que en el segundo, al afectar a dos bienes personalísimos, existirán dos infracciones”. Cfr. STS 2689/2009, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA, (Antecedentes I, pág. 2).

dogmático que en los últimos siglos ha surgido en el Derecho penal, como el entendimiento de que la libertad ambulatoria es dirigida al bebé²³¹⁸, y no a los padres²³¹⁹, porque el sujeto pasivo es el bebé (menor de edad), entre muchas otras razones, por la vigencia de norma que garantiza el respeto a la libertad ambulatoria de los ciudadanos en el entorno social. De acuerdo con el artículo 165, la punibilidad del secuestro en este tipo agravado es la superior en grado, esto es, la pena de prisión de diez a quince años.

**b) Persona con discapacidad necesitada de especial protección
(art. 165, inciso 3)**

El artículo 165 del Código penal español establece la segunda cualidad especial de vulneración de la víctima, que provee protección dirigida a personas con discapacidad necesarias de especial protección, y al igual que la anterior cualidad de la víctima, esta figura es determinada por razones político-criminales, por la especial vulneración física y psíquica del sujeto pasivo, ante la existencia de una desproporcionalidad absoluta entre el sujeto activo y la víctima de la privación de la libertad²³²⁰.

Un sector doctrinal, como el representado por TAMARIT SUMALLA²³²¹, fundamenta la cualificación de este tipo de delito del siguiente modo: “basado en la discapacidad o en la discapacidad con necesidad de especial protección. La investigación victimológica ha identificado a las personas con discapacidad como uno de los colectivos de “riesgo”, en el sentido de que padecen tasa de victimización superiores a la población general. Este riesgo diferencial existe especialmente en relación con las personas con discapacidad psíquica y cognitiva. Al mismo tiempo, en las personas con esta clase de discapacidad se aprecia una mayor vulnerabilidad a las consecuencias de los abusos o la violencia, lo cual contradice la extendida creencia de que la mayor limitación de sus recursos cognitivos o psíquicos les hace menos capaces de sufrir. Hay por lo tanto sólidos indicios para explicar el injusto diferencial en los ataques a los bienes jurídicos de estas personas, lo cual no justifica que la ley mantenga e incluso extienda la criticada y criticable técnica de cualificación, tan cara al legislador español, de disponer un incremento no sólo del límite máximo sino también del mínimo de pena a imponer, privado al juez de la posibilidad de valorar adecuadamente las circunstancias del hecho y las necesidades concretas de protección de la víctima”. De acuerdo con el artículo 165 la punibilidad del secuestro en este tipo agravado es la superior en grado, cuya pena es de diez a quince años de prisión.

²³¹⁸ En sentido similar, véase BOLEA BARDÓN, Carolina, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 135.

²³¹⁹ Vid. MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., pág. 148.

²³²⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 157.

²³²¹ TAMARIT SUMALLA, Josep María, “El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad. ¿Tan sólo una cuestión conceptual?”, op. cit., pág. 75.

3. Simulación por autor de cualidad pública (art. 165, inciso 1)

El artículo 165 del Código penal español prevé una agravante de los delitos de detención ilegal y secuestro, por la simulación de la cualidad pública por parte del sujeto activo del injusto del secuestro.

La razón de la agravación de la pena de este tipo cualificado deriva del hecho de que se hace pasar por un funcionario público o autoridad realizando las conductas de detener y encerrar, simulando ser parte de una organización pública con atributos de seguridad ciudadana o policial; por ejemplo, el sujeto activo retiene a un ciudadano mediante la acción y ejecución de la simulación de una autoridad policíaca de cualquier institución gubernamental, esta simulación del sujeto activo facilita la privación de la libertad ambulatoria del sujeto pasivo, dado el caso, que los ciudadanos deben de respetar las ordenes de las fuerzas de seguridad policíaca por cuestiones de un equilibrio de la seguridad ciudadana, aunque, la agravación de la pena en sí coincide por la modalidad ejecutiva del hecho criminal, que permite una mayor facilidad comisiva e incrementa la posible impunidad del delito del secuestro²³²².

Para un sector doctrinal encabezado por Miguel POLAINO NAVARRETE²³²³, esta figura delictiva confiere sorprendentemente autónoma relevancia calificativa a una circunstancia agravante concurrente en la realización de la conducta típica de detención ilegal o de secuestro: la circunstancia agravante 2ª. del artículo 22 del Código, que en realidad comprende tres diferentes fundamentos de agravantes, consistentes en ejecutar el hecho “mediante disfraz”, “con abuso de superioridad” o “aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente”.

Lo anterior quiere decir que la ejecución de la conducta del secuestro realizada por el sujeto activo que simule ser autoridad o funcionario público, en este tipo cualificado del artículo 165 del Código penal español, coincide substancialmente con las agravantes de disfraz y abuso de autoridad, contenida en la circunstancia del artículo 22.2ª del Código penal español²³²⁴, en la medida

²³²² GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., 2015, pág. 143; LAMARCA PÉREZ, Carmen, (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 143; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., 2015, pág. 218. En la jurisprudencia STS 4598/2004, ponente: Joaquín DELGADO GARCÍA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 8).

²³²³ POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., 2011, pág. 155. En el mismo sentido, pero con respecto a la legislación penal anterior, ID., *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 224.

²³²⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., 2011, pág. 155, quien menciona que “el legislador concentra una pluralidad de circunstancias agravantes que no deja de reconocer. Así acontece el artículo 22.2, que reúne tres elementos de agravación el disfraz, el abuso de superior y el aprovechamiento circunstancias, o acaso cuatro

en que el sujeto no es funcionario simula serlo, y sin serlo actúa como si lo fuera²³²⁵.

Un sector de la doctrina ha mencionado que este tipo cualificado es un supuesto del tipo delictivo de usurpación de funciones públicas, por entender que comprende una división de bienes jurídicos afectados por la realización de comportamientos delictivos, por ello, es estimable la posibilidad de reconocimiento de concurso de delitos. Pero esta apreciación conlleva a una doble desvaloración penal, con vulneración del principio *non bis in idem*, por lo que se refiere al ejercicio ilegal de las prerrogativas inherentes de las funciones públicas, en el supuesto de ejercicio del hecho típico del secuestro con simulación de funciones públicas, concurriendo con él la comisión delictiva del injusto de la usurpación de funciones públicas perpetrada por el simulador el sujeto activo²³²⁶.

Ahora bien, no hay una base sólida sobre la punibilidad de este tipo cualificado, pues la circunstancia que nos ocupa de la simulación de la autoridad, utilización de un disfraz, es irrelevante por la inútil y fragante superfluidad que supone la configuración del artículo 165 del presente mencionado, que establece que la penas de los artículos anteriores a este artículo citado se impondrá en su mitad superior, ya que el mismo resultado establecen precisamente las reglas generales para la aplicación de las penas: de apreciarse la concurrencia de la circunstancia 2ª del artículo 22, sea simple, doble, triple o cuádruple, según la interpretación, lo cual no tiene particular relevancia desde el punto de vista del revoltijo en que ha incurrido el legislador penal, porque el artículo 66.3ª prevé que cuando concurren una o varias circunstancias agravantes los jueces o tribunales impondrán la pena establecida por la Ley en su mitad superior²³²⁷. En pocas palabras, la realización del supuesto del agravante por simulación de autoridad es ya tipificada y ubicada en diversas partes del ordenamiento punitivo, dentro de las normas generales de los agravantes de la pena y en las normas especiales de cada delito, lo que produce una sobre-duplicidad o triplicidad del hecho ejecutado, provocando un conflicto entre normas generales y especial por la reduplicación descriptiva de hechos en todo el ordenamiento punitivo.

si el aprovechamiento de determinadas circunstancias lugar, tiempo, o auxilio de otras personas, se divide a su vez en dos por razón de su eficacia funcional: debilitar la defensa del ofendido o facilitar la impunidad del delincuente”.

²³²⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., 2011, pág. 155.

²³²⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 223 y 224. Como también, ORTS BERENGUER, Enrique, “El nuevo Artículo 481 del Código penal”, op. cit., págs. 283, 284, 286-293 y 296; LAMARCA PÉREZ, Carmen, (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 143; LLORIA GARCÍA, Paz, “Delitos contra la libertad 1. Detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., págs. 232 y 233; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., 2015, pág. 218.

²³²⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., 2011, págs. 155 y 156.

La pena para este tipo cualificado del secuestro es la superior en grado a cada una de las previstas para las modalidades escritas en este artículo 163, así como multa de seis a nueve meses días multa para la detención improcedente, y la pena de prisión de diez a quince años para el injusto del secuestro en particular²³²⁸.

4. Cualidad del autor de funcionario público en el ejercicio de sus funciones (art. 165, inciso 4)

El artículo 165 del Código penal español menciona la tercera causa de especial cualidad subjetiva de la víctima, que es constituida por el funcionario público en ejercicio de sus funciones²³²⁹, en relación con el artículo 24.1 del Código penal español.

Dentro del requisito de la cualidad del sujeto pasivo como funcionario público en ejercicio de sus funciones, se determina que el sujeto pasivo se considera titular de la función pública, esto es, tenga el estatus de servidor público en ejercicio de sus funciones en el momento de la comisión delictiva del secuestro. El tipo cualificado determina la cualidad de la víctima, y dicha cualidad de la víctima debe ser un servidor público en ejercicio de su rol social especial, si no se realizará el tipo básico del secuestro (art. 164).

Para un sector de la doctrina el tipo subjetivo corresponde al dolo que debe abarcar la totalidad de los elementos objetivos en este caso del tipo cualificado²³³⁰, que condicionan la realización del secuestro, entre ellos, el que se secuestra a un funcionario público que se encuentra desarrollando su rol social público, y en contraposición el error del tipo de la cualidad del funcionario público impedirá la configuración de esta figura agravada²³³¹.

Para ejemplificar lo anteriormente mencionado, la agravación de este tipo penal se ha apreciado en el secuestro de un grupo de cinco funcionarios penitenciarios en una celda exigiendo para su liberación satisfacer determinadas reivindicaciones por parte del gobierno²³³². De acuerdo con el artículo 165, la pena del secuestro en este tipo agravado es la superior en grado, esto es, prisión de diez a quince años.

²³²⁸ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., 2015, págs. 218 y 219.

²³²⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 157; QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, op. cit., pág. 908; VIVES ANTÓN, Tomás S. / GIMENO SENDRA, José Vicente, *La detención*, op. cit., págs. 56 y sigs.

²³³⁰ En un sentido equivalente pero con referencia a la cualificación de la tentativa del delito del secuestro. STS 8065/2011, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 17).

²³³¹ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., 2015, págs. 219 y 220.

²³³² BOLEA BARDÓN, Carolina “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 139.

V. Delito *sui generis* de secuestro *no da razón* del paradero de la persona detenida (art. 166)

A) Tipo básico (art. 166.1)

El artículo 166 del Código penal español castiga con pena de prisión de veinte a veinticinco años al sujeto activo del injusto del secuestro que no diere razón del paradero de la persona detenida, y en el mismo sentido se castiga con prisión de diez a quince años al sujeto activo de la detención ilegal. La equivalencia de la pena con la del homicidio es discutida, habiéndose reabierto la vieja discusión dogmática acerca de su interpretación y constitucionalidad²³³³.

El artículo 166 del Código penal español y sus figuras alternativas han generado severas críticas dogmáticas, pues implícitamente se supone la muerte del sujeto pasivo del secuestro, y tal requisito sería inconstitucional al construirse desde un inaceptable delito de sospecha²³³⁴. Este tipo cualificado del secuestro no debe basarse únicamente en la posibilidad de la muerte de la víctima del injusto, sino en una concepción contraria al quebrantamiento del derecho de la presunción de inocencia y la esencia misma del principio de la culpabilidad personal por el hecho²³³⁵.

Ahora bien, la desaparición de la persona que se encuentra retenida y privada de la libertad por el sujeto activo del delito implica un incremento del riesgo, teniendo en cuenta que respecto de él el autor adquirió una posición especial que la doctrina identifica a la posición de garante. La moderna teoría de la injerencia, incremento del riesgo permitido, y del deber de garante, apoyan esta construcción, en el sentido de que el autor responde no sólo del secuestro, lo que es obvio, sino también del hecho de no devolver la libertad a la víctima²³³⁶.

²³³³ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., 2015, pág. 144.

²³³⁴ LAMARCA PÉREZ, Carmen, (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 144-146. Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2016, pág. 189; ID., “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 99 y 100; RAMÓN RIBAS, Eduardo, “La reforma de la detención ilegal”, op. cit., pág. 353; PALMA HERRERA, José Manuel, “Capítulo duodécimo. La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo”, op. cit., págs. 375 y sigs.

²³³⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., 2015, pág. 144. *Vid.* también MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos, *La condiciones objetivas de punibilidad*, op. cit., págs. 57-62, 161 y 162; MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, op. cit., págs. 21, 25, 27, 47 y 48; MENDES DE CARVALHO, Érika, “Las condiciones objetivas de impropias. Vestigios de responsabilidad objetiva en el Código español”, op. cit., págs. 232 y sigs; VOGEL, Joachim, “Dolo y error”, op. cit., págs. 7 y 8.

²³³⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., 2015, págs. 144 y 145; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2016, pág. 189; ID., “Delitos contra la libertad”,

En síntesis, este tipo hiperagravado del secuestro se basa en el hecho de que el sujeto pasivo se halla indefinidamente privado de su libertad²³³⁷ y no hay sospecha alguna en torno a su muerte, pues de verse confirmada dará lugar al oportuno concurso de delitos. A continuación se desarrollaran las tres figuras alternativas de realización de este tipo hiperagravado del secuestro.

B) Tipo cualificado (art. 166.2)

1. Víctima menor de edad (art. 166, 2,a, inciso 1)

Dentro de las novedades legislativas de la Reforma del 2015 del Código penal español, se tipificaron tres formas alternativas de la comisión delictiva del delito de desaparición forzada, dentro de ellas, que la víctima sea menor de edad, esto es, de edad inferior a los 18 años cumplidos²³³⁸. Por ello, un sector de la doctrina penal entiende que el título de imputación subjetiva es el dolo de la conducta del sujeto activo, que comprende el saber y querer por parte del sujeto activo privar de la libertad ambulatoria a un menor de edad, con exclusión del título subjetivo de imputación de la imprudencia, pues no se puede privar de la libertad ambulatoria a un menor de edad sin saber que la víctima tiene esta cualidad personal o subjetiva²³³⁹.

La agravación de la pena en este supuesto de delito cualificado del secuestro se debe a exigencias político-criminales relativas a que el menor de edad es considerado como una persona especialmente protegida por el ordenamiento penal al existir una inferioridad entre el sujeto activo y el pasivo²³⁴⁰.

La pena prevista para este tipo cualificado del secuestro es de veinte a veinticinco años si se trata de un secuestro. Por esta circunstancia la doctrina jurídico penal menciona que este tipo penal está cubierto por una sombra del delito de sospecha²³⁴¹, y otro sector de la sombra de la sospecha del asesinato²³⁴².

op. cit., pág. 100. Cfr. PALMA HERRERA, José Manuel, “Capítulo duodécimo. La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo”, op. cit., págs. 378 y 379.

²³³⁷ Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., 2015, págs. 220 y sigs.

²³³⁸ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., 2015, pág. 222.

²³³⁹ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., 2015, pág. 222.

²³⁴⁰ Vid. *supra*, este mismo capítulo, inciso a), Víctima menor de edad (art. 165, inc. 2).

²³⁴¹ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., 2015, pág. 146.

²³⁴² QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., 2015, pág. 223; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2016, págs. 189 y 190; ID., “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 100.

2. Persona con discapacidad necesitada de especial protección (art. 166.2,a, inciso 2)

Al igual que la forma alternativa de comisión delictiva anterior a esta es por la especial vulneración de la víctima²³⁴³, ya que el Código penal español, le reserva una protección especial por tratarse de una persona con discapacidad necesaria de especial protección, y dicha, protección especial entro en vigor en este tipo cualificado a partir de la reforma del 2015 del Código penal español. La penalidad en esta forma alternativa de comisión del delito de desaparición forzada, es igual que la anterior, o sea, de veinte a veinticinco años de prisión por el delito del secuestro.

3. Atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima (art. 166,2,b)

Otra de las novedades de la reforma del 2015 del Código penal español es constituida por el retorno del antiguo delito de raptó con fines sexuales del artículo 440 anterior Código penal²³⁴⁴, y que el Código penal de 1995 eliminó de su cuerpo legal, por basarse en una presunción y tratarse de un delito complejo, que daba lugar a la vulneración del principio *non bis in idem*. Sin embargo, la cualificación de este tipo penal depende de la prueba de la intencionalidad del sujeto activo, mediante la comprobación del elemento subjetivo del tipo, que sobre el dolo de la privación de la libertad acredite la exigencia de indicios a través de los cuales se deduzca que aquella privación de la libertad ambulatoria se produjo por la intencionalidad, finalidad o móvil²³⁴⁵, de atentar con la libertad o la intimidad sexual de la víctima, o de que durante la ejecución de la privación de la libertad, surgió la idea de atentar contra la libertad sexual de la víctima²³⁴⁶.

Dentro de la configuración delictiva de este tipo cualificado en el supuesto del secuestro, es necesario, que el sujeto activo realice la forma básica del tipo del secuestro, es decir, las acciones o conductas detener o encerrar, privando de la libertad ambulatoria, la exigencia de la condición, y los requisitos calificados de este tipo penal, que son: el atentar contra la integridad sexual de la víctima del injusto, y la presunción de la desaparición de la víctima o no demostrar que la dejó en libertad. La penalidad en esta forma alternativa de comisión del delito de

²³⁴³ *Vid. supra* este mismo cap. en el inciso a) Víctima menor de edad (art. 165 inc. 2)

²³⁴⁴ PALMA HERRERA, José Manuel, “Capítulo duodécimo. La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo”, op. cit., pág. 385. Cfr. SANZ MORÁN, Ángel José, “Sobre la reforma del delito de raptó”, en *Criminología y derecho penal al servicio de la persona, Libro homenaje al Prof. Antonio Beristain*, compilado por José Luis DE LA CUESTA / Iñaki DENDALUZE / Enrique ECHEBURÚA, Editorial Instituto Vasco de Criminología, Denostia-San Sebastian, 1989, págs. 895-906.

²³⁴⁵ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., 2015, pág. 223.

²³⁴⁶ ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 113.

desaparición forzada, es igual que la anterior, o sea, de veinte a veinticinco años de prisión por el delito del secuestro.

VI. Secuestro cometido por funcionario (art. 167)

A) Tipo cualificado por ser *funcionario* el autor (art. 167.1)

El artículo 167 del Código penal español describe un subtipo cualificado del delito de secuestro, correspondiente a la especial singularidad del sujeto activo de ser funcionario público o autoridad. Las razones de esta especial agravación radican en la pluri-ofensividad de la conducta del funcionario que, no sólo lesiona la libertad ambulatoria personal de la víctima, sino además los deberes jurídicos que le obligan a un correcto ejercicio de la función pública cuya titularidad le corresponde al sujeto activo, al ser considerado funcionario público en ejercicios de sus funciones²³⁴⁷.

Con este subtipo agravado no se descarta que la perpetración del secuestro sea ejecutada por un funcionario público dentro de su rol social especial y rango de acción de ente público²³⁴⁸, pues el carácter público del servidor conforma un delito especial impropio²³⁴⁹, que constituye el tipo cualificado del secuestro del artículo 167 del Código penal español²³⁵⁰.

²³⁴⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., pág. 159; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., 2015, pág. 147; PALMA HERRERA, José Manuel, “Capítulo duodécimo. La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo”, op. cit., pág. 390.

²³⁴⁸ Vid. FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, Ma. Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, op. cit., págs. 215 y sigs; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., pág. 50. Como también, el auto TS de 5 de octubre de 1994, ponente Ramón Montero FERNÁNDEZ-CID.

²³⁴⁹ En los delitos especiales impropios, el tipo sólo designa como autor a personas que poseen un carácter especial, que en este caso es autoridad o funcionario público. Sin embargo pueden ser cometidos por cualquiera, pero su autoría sólo es constituida por personas cualificadas constituye una causa de agravación de la pena, por el elemento de la condición objetiva de punibilidad, porque representan una grave temeridad al orden social y a la vigencia de la norma, otras palabras, se está defraudando la expectativa normativa. En un sentido similar, véase JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 286 y 598; ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., pág. 338; ya que este autor los denomina delitos de infracción de deber, los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo, en los que sólo puede ser autor el que infrinja su deber especial derivado de una posición oficial. Como también, VIVES ANTÓN, Tomás S. / GIMENO SENDRA, José Vicente, *La detención*, op. cit., págs. 47 y 48; ESCRIBUELA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, op. cit., págs. 18 y sigs. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público, art. 184 CP”, op. cit., pág. 348; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., 2015, pág. 147.

²³⁵⁰ Vid. CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales policiales*, op. cit., págs. 34 y sigs; ID., *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionarios público*, op. cit., págs. 21 y sigs; BOLEA BARDÓN, Carolina “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 135; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 112 y sigs.

Únicamente este tipo cualificado puede ser ejecutado por el funcionario público, tal como establece el artículo 167, en aquellos casos en que en la conducta de inicio de la perpetración criminal el sujeto activo esté desempeñando su rol social especial y su rango de acción pública, investido de su cualidad social especial²³⁵¹ como funcionario público, en otros términos, desarrollando su rol público²³⁵², cuyo cometido en la sociedad es ver, observar y ayudar al desarrollo correcto del núcleo social prevaleciendo la vigencia de la norma en los ciudadanos; y además que en el desempeño de su cometido actúe al margen de sus atribuciones o con fines ajenos a su función pública²³⁵³.

Ahora bien, distinguiendo el tipo básico del secuestro artículo 164 y el tipo cualificado artículo 167, es evidente que en cuanto a la realización de la comisión delictiva de los tipos del secuestro, en ambos casos la puede realizar también un funcionario público como sujeto activo, pero con la excepción que al momento de realizar la comisión delictiva del secuestro el sujeto se encuentre desprovisto de su carácter público o fuera del ámbito del ejercicio de sus funciones públicas, es decir, no ejerciendo su labor de funcionario público, y este es el caso específico del tipo básico artículo 164. En cambio, el artículo 167 sanciona al funcionario público²³⁵⁴ que en ejercicio de sus funciones realice el injusto del secuestro, por lo que esta cualificación se caracteriza porque el funcionario público tiene el deber de garantizar la vigencia de la norma y mantener el orden social, en observancia de las expectativas normativas y el debido funcionamiento del entorno social.

En síntesis, de este tipo cualificado del secuestro será sujeto activo aquellas personas que tengan una competencia directa con la administración pública de la justicia y ejerzan las facultades de detención, por ejemplo, los miembros del poder judicial, ministerio público, agentes de la autoridad policial, funcionarios penitenciarios, y, como también, cualquier autoridad que tenga mando sobre las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Con ello, se delimita el campo de aplicabilidad del sujeto activo, pues cualquier otra autoridad o funcionario público que no tenga las facultades o atributos de la seguridad ciudadana que practique un secuestro serán imputados por el tipo común del

²³⁵¹ Para VIVES y GIMENO, el carácter de funcionario público vendría atribuido por la concurrencia, en la actividad concreta de un triple elemento subjetivo (función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público); objetivo (función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al Derecho público) y teleológico (funcionario público es aquella en la que se persiguen fines públicos). VIVES ANTÓN, Tomás S. / GIMENO SENDRA, José Vicente, *La detención*, op. cit., pág. 51. Como también, MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., pág. 59

²³⁵² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 138; ID., “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., págs. 145 y 160.

²³⁵³ MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales*, op. cit., págs. 145 y 146; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., 2015, págs. 148.

²³⁵⁴ BOLEA BARDÓN, Carolina / ROBLES PLANAS, Ricardo, “La tipificación de las detenciones ilegales policiales”, op. cit., págs. 14 y sigs; BOLEA BARDÓN, Carolina “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 135, 138 y 139.

secuestro (art. 164), y no por el tipo cualificado (art. 167), aunque con la agravación de preavilamiento del carácter público del artículo 22.7 del Código penal español²³⁵⁵.

B) Tipo *extensivo* del funcionario (art. 167.2,a)

El artículo 167.2,a), del Código penal español establece: “el funcionario público o autoridad que, mediando o no causa por delito, acordare, praticare 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”.

Para ejemplificar este supuesto, unos policías retienen a un ciudadano para obtener información, por venganza, o por cualquier motivo particular, es decir, realizan una detención viciada en su origen y decidida por motivos ajenos al servicio público²³⁵⁶, pero haciendo valer su rol social especial para realizar la detención y posterior secuestro, pues la condición para liberar al retenido es la información que necesitan los policías y, sin embargo, la detención se efectúa sin la lectura de los derechos constitucionales²³⁵⁷, o sin permitir hacer una llamada o sobrepasando el término legal para la puesta a disposición judicial²³⁵⁸.

C) Tipo *asimilación* al funcionario (art. 167.2,b)

El artículo 167.2,b), del Código penal español establece: “el particular que hubiera llevado a cabo los hechos con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado o de sus autoridades”.

La descripción del artículo 167.2,b) del Código penal español es debida a que el legislador español se ha guiado por una homologación de la tipicidad de la desaparición forzada de la Convención de 2006, que contempla las conductas llevadas a cabo por autoridades del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con autorización o apoyo del Estado. Por ello, un sector de la doctrina

²³⁵⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., 2015, pág. 149.

²³⁵⁶ STS 694/2016, Sala segunda de lo penal, 27 julio, Rec. 241/2016, ponente: Manuel MARCHENA GÓMEZ, *La ley juris* 91581/2016, págs. 7 y sigs.

²³⁵⁷ Tradicionalmente en la praxis jurídica es muy usual que los miembros de los grupos policiales utilicen la doctrina miranda o ley miranda, cuyo contenido es el Derecho que tienen los detenidos ante una autoridad. Los elementos de dicha doctrina son tres: el primero, que tiene Derecho a guardar silencio, no declarando si no quiere; el segundo, que tiene derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; el tercero, que tiene derecho a un abogado; El cuarto, tiene Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee que ha sido detenido. Correspondiente al Derecho español, estos principios y derechos del delincuente están plasmados en el artículo 17.3, de la Constitución española. BERBELL BUENO, Carlos / RODRÍGUEZ VIDALES, Yolanda, *Historia de la justicia*, Editorial La ley, Madrid, 2009, págs. 169, 170, 178, 179 y 195.

²³⁵⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., 2015, pág. 149.

penal estima que es un delito de propia mano que, de no existir, obligaría a reconducir las conductas del particular al artículo 166 del Código penal con menos pena que la que corresponde del tipo cualificado, en el amparo de la impunidad o mayor facilidad que para la comisión del delito ofrece el Estado o las autoridades. Se establece las mismas penas cuando los hechos realizados sean cometidos por un particular con el apoyo de la autoridad pública, autorización o aprobación del Estado, mediante su autorización²³⁵⁹.

D) Penalidad cualificada funcional (art. 167.3)

En cuando a la punibilidad de este tipo cualificado, la pena será la mitad superior del hecho realizado, pudiendo llegar a la superior en grado, además de la de inhabilitación absoluta del cargo público por una duración de ocho a doce años del no ejercicio de la función pública.

²³⁵⁹ PALMA HERRERA, José Manuel, “Capítulo duodécimo. La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo”, op. cit., pág. 392.

CAPÍTULO IX

ITER CRIMINIS

I. Introducción

El *iter criminis*²³⁶⁰ constituye el proceso de la vida del delito que abarca todas las fases ejecutivas del mismo que transcurren desde el momento en que se manifiesta socialmente la resolución criminal del autor hasta el instante de la total ejecución de la conducta delictiva, con independencia de que se alcance la consumación o sólo el grado ejecutivo imperfecto de la tentativa: se extiende a todo el lapso existencial que va desde el incipiente comienzo hasta la plena ejecución del delito²³⁶¹. No comprende el agotamiento²³⁶² -también llamado consumación material²³⁶³- del delito, el cual trasciende de la esfera de la ejecución, pues no sólo va más allá de la consumación sino que se refiere a efectos derivados de la misma²³⁶⁴.

II. Actos preparatorios

A) Fundamentación

Los actos preparatorios²³⁶⁵ son aquellos que preceden a la ulterior ejecución delictiva. Estos actos son, por regla general, irrelevantes. Pero pueden ser punibles en algunos concretos casos de tipificaciones específicas establecidas

²³⁶⁰ Vid., ampliamente sobre el concepto y origen de la expresión *iter criminis*, GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *Etapas de realización del delito. Iter criminis*, Editorial Ubijus, Delegación Azcapotzalco, México, D.F., 2015, págs. 13 y sigs.

²³⁶¹ Vid. STS 8065/2011, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 17).

²³⁶² Cfr. GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *Etapas de realización del delito*, op. cit., págs. 110 y sigs., para quien sí es trascendente el agotamiento del delito.

²³⁶³ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 859; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 556.

²³⁶⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de teoría del delito*, 3ª edic, Editorial Mergablum, Sevilla, 2012, pág. 247; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013, pág. 211; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, 2ª edic., Editorial Tecnos, Madrid, 2016, pág. 237.

²³⁶⁵ GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *Etapas de realización del delito. Iter criminis*, op. cit., págs. 68 y sigs.

por el legislador penal por razones de política-criminal²³⁶⁶, que determinan el adelantamiento de la barrera de punición por la necesidad de protección penal²³⁶⁷, sea en los supuestos de delitos en que sanciona la conspiración, la proposición o la provocación, a la que se equipara la apología, sea incriminando de manera autónoma ciertos delitos de actos preparatorios como consumados en función de la necesidad de una protección penal anticipada por la gravedad del peligro para el bien jurídico protegido e irreparable del mismo. Los actos preparatorios punibles se rigen por el criterio de “*numerus clausus*”²³⁶⁸ y se clasifican en actos preparatorios generales y actos preparatorios especiales. Los actos preparatorios generales son aquellos que están establecidos en el Código Penal español en los artículos 17 y 18: la conspiración, proposición, provocación y la apología. Y los actos preparatorios especiales son aquellos que especialmente están tipificados por el legislador dentro del apartado del delito en particular²³⁶⁹, aunque no son previstos en el secuestro ni en las detenciones ilegales. El Código penal en el artículo 168 sólo menciona los actos preparatorios generales, esto es, la conspiración, proposición y provocación²³⁷⁰.

B) Actos preparatorios en el secuestro

Como anteriormente mencioné, los actos preparatorios generales previstos en los artículos 17 y 18 son la conspiración, la proposición, la provocación, pero de esta última se desprende una sub-modalidad, la apología delictiva, pero el artículo 168 del Código Penal español²³⁷¹ sólo sanciona la conspiración, proposición y provocación en los delitos contra la libertad, entre ellos las detenciones ilegales y el secuestro²³⁷².

²³⁶⁶ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 562; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., págs. 208 y 210.

²³⁶⁷ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 852, 853, 854 y 858; POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 309, 310, 325 y 326; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., pág. 207. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Sobre el tipo de tentativa”, en AA.VV. *Libro homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 262-264.

²³⁶⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de teoría del delito*, 3ª edic., Editorial Mergablum, op. cit., págs. 248 y 249; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2013, págs. 212 y 213; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2016, págs. 238 y 239. En similar sentido, LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., págs. 210, 211 y 213.

²³⁶⁹ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de teoría del delito*, 3ª edic., Editorial Mergablum, op. cit., págs. 248 y 249; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2013, págs. 212 y 213; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2016, págs. 238 y 239.

²³⁷⁰ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., 2011, pág. 149; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., págs. 210, 211 y 213.

²³⁷¹ Cfr. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., pág. 209, quien no está muy conforme con la punición de los actos preparatorios en el delito del secuestro.

²³⁷² La preparación de un secuestro político es fundamento de sanción penal. Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 858; JESCHECK, Hans-Heinrich /

1. Conspiración

Conforme al art. 17.1 del Código Penal español, la conspiración existe cuando dos o más sujetos se conciertan para la ejecución un delito y resuelven ejecutarlo²³⁷³. Sin embargo, para un sector de la doctrina la conspiración es un supuesto de coautoría anticipada, requiriendo que los conspiradores determinen entre ellos la ejecución del delito que se trate en la modalidad de coautores²³⁷⁴.

No hay unánime posición dogmática sobre la conspiración, incluso un sector doctrinal hace distinción entre la conspiración y el delito de asociación ilícita²³⁷⁵ del artículo 515.1 del Código Penal español, pudiendo encontrarse ciertas diferencias entre ambas figuras delictivas: en primer lugar, la asociación ilícita entraña una mayor estabilización que la conspiración; en segundo lugar, la asociación ilícita se refiere a un indeterminado número de delitos y la la conspiración se concreta en cada caso a un delito determinado; en tercer lugar, la asociación ilícita se conecta a un bien jurídico, aunque sea debatido, en tanto que

WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 562 y 563, para quienes “se trata de la extensión dependiente de cierta clase de tipos penales cuya peculiaridad demanda una intervención precoz pues, de lo contrario, no se conseguiría nada mediante la pena; así sucede con la preparación del secuestro político o del atentado contra una aeronave”.

²³⁷³ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal. Anexo concurso de leyes, error y participación en el delito*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006, págs. 140 y 141; POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 325; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2013, pág. 213; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2016, pág. 240.

²³⁷⁴ Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2015, págs. 351 y 352. Como también, MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., 2010, pág. 173; ID, *El delito de secuestro*, op. cit., México, D.F., 2012, pág. 173. Cfr. BARBER BURUSCO, Soledad, *Los actos preparatorios del delito*, Editorial Comares, Granada, 2004, págs. 172 y sigs. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal. Anexo concurso de leyes, error y participación en el delito*, op. cit., págs. 140 y 141.

²³⁷⁵ Vid. ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 438. Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1977, págs. 167 y sigs. En la jurisprudencia STS 3057/2009, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 132): “Por último, no cabe confundir -dice la STS. 415/2005 de 23.3- el delito de asociación ilícita para delinquir con el delito o delitos cometidos al desenvolver el fin social; ni puede tampoco considerarse la pluralidad de sujetos integrada en la asociación como un caso de codelinquencia o co-participación en los delitos de posterior comisión, ni siquiera cuando ésta lo es a título de conspiración para delinquir, la diferencia está en el carácter de inestabilidad de su existencia y en la concreción del delito a realizar, que la conspiración presenta, frente a la asociación ilícita para delinquir en la que existe estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa y una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar”.

la conspiración no puede vincularse a *priori* a ningún bien jurídico²³⁷⁶ concreto²³⁷⁷.

Para que se realice el acto de conspiración es necesario que por lo menos dos sujetos acuerden la comisión de un delito. Y en el supuesto del secuestro debe existir un común acuerdo de voluntades de los sujetos de querer hacer todo aquello que es procedente²³⁷⁸ para la realización del plan delictivo, en otras palabras, hay un concierto²³⁷⁹ para delinquir²³⁸⁰ entre quienes saben y quieren privar de la libertad ambulatoria a un individuo y posteriormente exigir una condición o rescate para su liberación.

Para ejemplificar lo anterior, observemos que el Tribunal Supremo español en la Sentencia STS 6260/2001 ha afirmado sobre la conspiración de un delito de detención ilegal: “En efecto, confirmada la existencia del acuerdo de privar de libertad a una persona, adoptado por varios sujetos, éstos se hallarían ya, por eso sólo, en el ámbito de la conspiración, que requiere la formación de una voluntad colegiada reflexivamente dirigida a la lesión de un bien jurídico²³⁸¹. Pues bien, a tenor del contenido de los hechos probados, resulta patente que tal es lo que sucedió, debido a que los acusados no pudieron dar inicio a la ejecución propiamente dicha de la detención, porque se lo impidió la actitud de la víctima”²³⁸².

²³⁷⁶ Cfr. BARBER BURUSCO, Soledad, *Los actos preparatorios del delito*, op. cit., págs. 134 y sigs.

²³⁷⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2013, pág. 213; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2016, pág. 240.

²³⁷⁸ Vid. QUINTERO, María Eloísa, “Complemento a la realización del tipo y a la culpabilidad. Actos preparatorios, tentativa y desistimiento”, *Inacipe*, México, D. f, págs. 4 y 5. (Accesible:<http://www.inacipe.gob.mx/investigacion/descargas/Complemento%20a%20la%20realización%20del%20tipo.php>). En la jurisprudencia, STS 634/1990, ponente: Enrique RUIZ VADILLO, (Antecedentes I, pág. 4): “realización de los hechos que habían acordado perpetrar contrataron los servicios de otros tres procesados, en la actualidad rebeldes, facilitándoles fondos para iniciar los preparativos, entre ellos la compra de una pistola Star 9 mm. largo y una detonadora para lanzar gases, es claro que la sentencia debió condenarles como autores de un delito de detención ilegal en grado de conspiración”.

²³⁷⁹ Ampliamente, BARBER BURUSCO, Soledad, *Los actos preparatorios del delito*, op. cit., págs. 180 y sigs.

²³⁸⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2013, pág. 213; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2016, pág. 240. En la jurisprudencia, STS 634/1990, ponente: Enrique RUIZ VADILLO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 6): “La conspiración, en efecto, requiere concierto previo y resolución para ejecutar el delito en función de una pluralidad de delitos, un "pactum" o "societas scaeleris" y una firme resolución. Hay en la conspiración una resolución de delinquir sin iniciación alguna de actos de ejecución”.

²³⁸¹ Vid. BARBER BURUSCO, Soledad, *Los actos preparatorios del delito*, op. cit., págs. 138 y 139.

²³⁸² STS 6260/2001, ponente: Perfecto Agustín ANDRÉS IBÁNEZ, (Fundamentos de Derecho II, pág. 3).

Ahora bien, la punibilidad de la conspiración es autónoma, es decir, que se sanciona incluso cuando no se haya cometido el delito-fin, por ejemplo, en el delito de secuestro los sujetos activos conspiran para realizar un secuestro que no llega a ejecutarse, y la penalidad se refiere a la sanción que corresponde al delito consumado, y en este caso en particular será la pena inferior uno o dos grados (art. 168 CP) en la señalada en el secuestro (art. 164 CP). En este mismo contexto, no es admisible el desistimiento, porque el desistir requiere un actuar previo que falta en la conspiración, pues la deliberación de la acción ha de ser completa, de suerte que no es suficiente con un comienzo de la misma acción²³⁸³. A diferencia de la tentativa, la conspiración no requiere el comienzo de la ejecución, pero sí una resolución firme de la realización del plan delictivo que se trate, en este caso la privación de la libertad ambulatoria con los requisitos del secuestro²³⁸⁴.

2. Proposición

La proposición es la segunda modalidad de los actos preparatorios punibles generales, y está regulada en el artículo 17.2 del Código Penal español, y a su vez es objeto de punición por el sistema de “*numerus clausus*” aplicado en el artículo 168 del mismo cuerpo legal. Según el art. 17.2 CP, “la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él”.

La distinción entre la proposición, conspiración y la proposición estriba en que en la proposición se exige necesariamente una resolución individual, y no plural ni colectiva de la ejecución del delito, y que consiste en la invitación para realización de un crimen²³⁸⁵. Ahora bien, la proposición delictiva no puede identificarse con otras figuras delictivas, ya que no es lo mismo la expresión de invitar que la de facilitar un consejo sobre la ejecución de un delito, ya que lo primero es proposición punible (invitación)²³⁸⁶, y lo segundo es cooperación necesaria o complicidad, y además no será nunca inducción²³⁸⁷, ni tampoco

²³⁸³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2013, pág. 213; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2016, pág. 240.

²³⁸⁴ STS 634/1990, ponente: Enrique RUIZ VADILLO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 6).

²³⁸⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2013, pág. 215; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2016, pág. 241: “La invitación en que consiste la proposición punible no es una invitación cualquiera, sino una invitación ilícita, que tiene que ser rechazada por el destinatario de la misma. Y si fuera aceptada, entraríamos en el ámbito típico del delito de asociación ilícita, siempre que se reunieran los elementos típicos de ésta o los criterios de participación delictiva”.

²³⁸⁶ Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2015, págs. 353 y 354.

²³⁸⁷ ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 438, 439 y 457, donde afronta la distinción entre la proposición y la inducción manifestando lo siguiente: “Si la provocación comprendiera la inducción particular, no seguida de la ejecución del delito, la proposición no tendría razón de ser”. Pero la fuerza de este argumento es sólo aparente, pues es

provocación, la proposición consiste en invitar y la provocación en incitar, y ambas acciones comunicativas son distintas desde el punto de vista gramatical y conceptual²³⁸⁸.

En el delito de secuestro, un sujeto invita a otro sujeto (persona) a cometer el secuestro, y esta acción de invitación a cometer el crimen del secuestro es considerada jurídicamente relevante por la lesividad del daño a la libertad ambulatoria, y por ello hay un adelantamiento de la barrera de punición²³⁸⁹. La penalidad de la proposición es igual que la de la conspiración, esto es, la pena inferior en grado de uno a dos grados en la señalada en el artículo 164 del Código Penal español.

3. Provocación

La provocación es la tercera modalidad general de los actos preparatorios de los delitos punibles. Y este acto preparatorio está regulado en artículo 18.1, párrafo primero, del Código penal español, que dispone: “la proocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito”. La provocación puede ser realizada de dos maneras, la provocación pública y la provocación colectiva, la primera de ellas por medio de la publicidad, y la segunda ante la concurrencia de personas.

Varias características exige la configuración de la provocación delictiva: en primer lugar, se incita a perpetrar un delito²³⁹⁰, ya sea por medio²³⁹¹ de la

el mismo ANTÓN quien, al indicar correctamente cuál es el contenido de la proposición, explica la razón de ser de una provocación en la que sea subsumible la mera inducción frustrada solamente a quien, pensando ejecutar el delito por sí mismo, busca quienes cooperen a su acción a diferencia de la inducción, que consiste en inspirar en otro, la resolución de cometer o ejecutar el delito, que el inductor quiere, no como conducta propia, sino del inducido”. En el mismo sentido, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal. Anexo concurso de leyes, error y participación en el delito*, op. cit., págs. 139 y 140: “conducta de proposición es la de aquel que, decidido a ejecutar un delito por propia mano, busca a personas que lo ayuden. Como el inductor no quiere ejecutar el delito por sí mismo, sino sólo despertar en otro la decisión de que lleve a cabo un hecho punible, la inducción frustrada no es una conducta que se pueda castigar como proposición”. Cfr. MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., 2010, pág. 174; ID, *El delito de secuestro*, op. cit., México, D.F., 2012, pág. 174, donde hace la semejanza entre la inducción y la invitación a realizar un secuestro, y su postura es totalmente incorrecta porque distingue entre la inducción y la proposición en base a que en la inducción hay un conocimiento seguro de la comisión criminal de un delito.

²³⁸⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2013, pág. 215; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2016, pág. 241.

²³⁸⁹ Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 309-312, 325 y 326.

²³⁹⁰ Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 326.

²³⁹¹ STS 3057/2009, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 136): “provocación a la comisión de un delito de terrorismo”:

imprensa, la radiodifusión o medios semejantes que faciliten la publicidad, o ante la concurrencia de personas para la realización de un delito²³⁹², que en este caso sería el secuestro; en segundo lugar, que la publicidad vaya dirigida a un núcleo de sujetos o concurrencia pública; en tercer lugar, que la provocación fuera eficaz pero no exigiéndose la perpetración del delito, pues de producirse se castigaría como inducción (artículo 18.2 del Código Penal español), aunque ésta no sea una fase de ejecución del delito como tal, porque no es un acto preparatorio, sino una forma de intervención delictiva, por lo que la provocación para comisión del delito, más bien, es un adelanto de la barrera de punición; y por último, en cuarto lugar, es viable el desistimiento de la provocación²³⁹³.

El legislador español actual mantiene una postura tradicional²³⁹⁴ desde la primera aparición de esta figura delictiva en el Código penal de 1870, ya que no ha cambiado su criterio de punición de la inducción como forma de intervención delictiva, aunque esta homologación punitiva que realiza el legislador español no ha sido muy aceptada por la doctrina penal²³⁹⁵, que distingue entre ambas figuras

la distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes destinados a inducir a la comisión de cualesquiera de los delitos”.

²³⁹² STS 3057/2009, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, págs. 138 y 139): “la acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. Incluso, en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia. Esto excluye las vías y medios violentos. Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito. Puede justificar, en función de las circunstancias, y siempre con respeto al principio de proporcionalidad, una investigación, un control policial e incluso una restricción temporal de algunos Derechos individuales, como por ejemplo, el Derecho al secreto de las comunicaciones, en la medida en que tal forma de expresarse representa un indicio razonable de la existencia de un peligro, constituido por la posibilidad cierta de que algunos de los que participan de una u otra forma en la expresión o en la difusión de tales ideas puedan avanzar hacia la acción, o de que ya lo hayan hecho, lo que generalmente se traduce en el primer paso para la constitución de un grupo más o menos organizado orientado al favorecimiento en una u otra forma, o incluso a la ejecución directa de actos terroristas”.

²³⁹³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Apología y encubrimiento del terrorismo”, en Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI (Dir.), *La criminalidad organizada ante la justicia*, Serie de Derecho número 63, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, págs. 44 y 45; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2013, pág. 215; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2016, pág. 241.

²³⁹⁴ Vid. ampliamente REBOLLO VARGAS, Rafael, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal. La exteriorización de la voluntad delictiva*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 31-100.

²³⁹⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, “Notas al pie de página”, en Edmundo MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, traducción del alemán de la 2ª. edic, 1933 por José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, adicionado y puesto al día y notas de Derecho español por Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, tomo II, 3ª. edic, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1957, pág. 328, correspondiente a las nota al pie de página con el símbolo de (*): “De otra parte, la introducción en 1944 de la perturbadora figura de “provocación” en el último párrafo del art. 4 del Código Penal a título de etapa en el *iter crimins*, cuando en realidad es forma de

delictivas estimando que la provocación es una forma de incitación general, en tanto que la inducción²³⁹⁶, es la incitación particular de una persona determinada a realizar un delito concreto, en este caso el secuestro, y el punto medular y básico de la provocación es el carácter público y general²³⁹⁷ que va dirigido a la colectividad social o a un sector determinado de personas.

En el delito de secuestro puede tener relevancia jurídico-penal la actividad de provocar mediante panfletos, folletos, radiofónicos, etc., o cualquier medio idóneo que facilite la publicidad de la realización de un secuestro, como una guía para ejecutarlo o incitaciones a cometer el delito de secuestro por razones políticas, por ejemplo de un funcionario, dirigidas a la ciudadanía para que colabore en la ejecución del secuestro. Sin embargo, en la praxis jurídica, es poco frecuente que llegue a efectuarse la publicitación de un delito tan grave como el secuestro antes de la ejecución, porque ello alertaría a las autoridades de la futura realización delictiva.

4. Apología

El artículo 168 del Código Penal español no señala esta figura delictiva como una forma de acto preparatorio en los delitos contra la libertad, entre ellos el secuestro y las detenciones ilegales.

La apología²³⁹⁸ es prevista en el artículo 18.1, segundo párrafo, del Código Penal español, que la define como la exposición ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, ideas²³⁹⁹, o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan (exaltar, alabar o elogiar)²⁴⁰⁰ a su autor.

participación, suscita problemas de diferenciación entre ambas instituciones. En su último apartado dispone el citado artículo que “si a la provocación” hubiere seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”. Con lo que resulta caracterizada la “provocación” como una especie de inducción frustrada, de la más equívoca estructura jurídica”. En el mismo sentido, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal. Anexo concurso de leyes, error y participación en el delito*, op. cit., págs. 139 y 140; REBOLLO VARGAS, Rafael, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, op. cit., págs. 91-100.

²³⁹⁶ Vid. BARBER BURUSCO, Soledad, *Los actos preparatorios del delito*, op. cit., págs. 243- 247.

²³⁹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Apología y encubrimiento del terrorismo”, op. cit., págs. 44 y 45; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2013, pág. 215; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2016, pág. 241.

²³⁹⁸ Vid. sobre su evolución legislativa REBOLLO VARGAS, Rafael, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, op. cit., págs. 106 y sigs.

²³⁹⁹ Esta figura delictiva puede entrar en conflicto con algunos derechos fundamentales como los de libertad de expresión y el derecho a comunicar y recibir libremente información de veracidad. REBOLLO VARGAS, Rafael, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, op. cit., pág. 107. En la jurisprudencia STS 3057/2009, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, págs. 138 y 139): “Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito. Puede justificar, en función de las circunstancias, y siempre con respeto al principio de proporcionalidad, una investigación, un control policial e incluso una restricción temporal de algunos derechos individuales, como por ejemplo, el derecho al secreto

Son características de la apología las siguientes: en primer lugar, la expresión de un discurso oral²⁴⁰¹ o escrito en defensa de algo o alguien: ese algo debe ser necesariamente un delito y ese alguien necesariamente un delincuente; en segundo lugar, la apología es un delito de opinión, que consiste en justificar el crimen o el delincuente, aunque el legislador español únicamente castiga el acto apologético como una forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito²⁴⁰²; por último, y en tercer lugar, la punibilidad de la apología exige una incitación directa a la perpetración de un delito posterior, no siendo suficiente con que se defienda un delito ya realizado ni a su autor²⁴⁰³.

de las comunicaciones, en la medida en que tal forma de expresarse representa un indicio razonable de la existencia de un peligro, constituido por la posibilidad cierta de que algunos de los que participan de una u otra forma en la expresión o en la difusión de tales ideas puedan avanzar hacia la acción”.

²⁴⁰⁰ REBOLLO VARGAS, Rafael, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, op. cit., pág. 116.

²⁴⁰¹ Por ejemplo, en México es muy usual y cotidiano que la música regional mexicana existan canciones que enaltezcan a los narcotraficantes, este tipo de canciones son denominados narco corridos, que cuentan las historias de los narcotraficantes de su obra y vida delictiva. Sin embargo, este tipo de canciones provienen de la época de la Revolución mexicana entre los años 1900-1920, que enaltecían a los Revolucionarios y héroes de la revolución, ya que eran forajidos, entre ellos, Emiliano ZAPATA SALAZAR (caudillo del sur) José Doroteo ARANGO ARÁMBULA (Francisco o Pacho VILLA, el centuaro del norte, etc.) en contra de los gobiernos de José de la Cruz Porfirio DIAZ MORI, José Victoriano HUERTA MÁRQUEZ, Álvaro OBREGÓN SALIDO, etc., esta situación conllevó a que la sociedad mexicana las considere como algo socialmente aceptable y actualmente sigue siendo así, pero en nuestro momento histórico se enaltece al narcotráfico y la forma en como burla al gobierno de México y sobretodo de los Estados Unidos de América. Aunque existe tipificación penal de la apología en el Código Penal Federal en el artículo 208, que establece lo siguiente: “Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio, se le aplicarán de diez a ciento ochenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad, si el delito no se ejecutare; en caso contrario se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido”. A pesar de ello, nunca ha sido aplicado, pero hoy en día, y por lo menos hasta el momento en que escribo estas palabras, existe un procedimiento penal ante un juzgado federal por el delito de apología de feminicidio contra un cantante de música grupera (banda/regional mexicana) Gerardo Ortiz, que ha realizado varias canciones enalteciendo al narcotráfico, pero se le está imputando por la apología de feminicidio, será porque el delito de apología en México está establecido en el capítulo VII, Provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio y de la omisión de impedir un delito que atente contra el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana o la integridad física o mental. Esto quiere decir que México en su legislación necesita tipificar la apología en el narcotráfico, pues es un mal que está rompiendo la estabilidad social y jurídica de mi país y que lo deja mal visto ante los ojos internacionales.

²⁴⁰² REBOLLO VARGAS, Rafael, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, op. cit., pág. 124: “Si la apología no incita directamente a la comisión de un delito será penalmente irrelevante”.

²⁴⁰³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Apología y encubrimiento del terrorismo”, op. cit., pág. 42; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2013, pág. 216; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2016, pág. 242.

Dicho acto preparatorio ha sido criticado en su configuración legal²⁴⁰⁴, por considerarse que es una figura superflua, vacía de contenido y aun perturbadora, porque castigándose la provocación se castiga la apología.

Por ello, podemos concluir que este acto preparatorio de la apología está penalmente unido de manera inseparable con el acto preparatorio de provocación y precisamente con este acto preparatorio puede ser sancionada y cubierta la apología²⁴⁰⁵.

III. Actos ejecutivos

A) Consideraciones previas

Los actos ejecutivos comprenden las fases del *iter criminis* que representan la efectiva comisión del núcleo del verbo descriptivo de una acción delictiva, y bien podría decirse en términos clásicos de la dogmática jurídico penal que están representados por la fase externa del *iter criminis*, y no meramente preparatoria, del delito. La legislación española tradicional contemplaba tres fases o estadios de ejecución delictiva, entre ellas: la consumación, la frustración y la tentativa. En cambio, el Código Penal español vigente actualmente (1995) simplificó formalmente esta clasificación y ahora conoce únicamente dos etapas o fases, la consumación y la tentativa, ya que la frustración se ha fusionado con la tentativa. Dentro de las fases ejecutivas del delito, la consumación es representada como el acto ejecutivo perfecto del hecho criminal, en tanto que la tentativa es el acto ejecutivo imperfecto²⁴⁰⁶.

Hoy en día, el concepto de *iter criminis* experimenta un cambio de paradigma, tanto en el Derecho penal español como en el Derecho penal comparado²⁴⁰⁷, y no hay una unanimidad de criterios en cuando al injusto de la tentativa como existente o independiente a la consumación, sino que hay una diversidad de criterios y de posturas²⁴⁰⁸. Tradicionalmente, el injusto de la

²⁴⁰⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Apología y encubrimiento del terrorismo”, op. cit., págs. 42, 43 y 44; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2013, pág. 216; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2016, pág. 242.

²⁴⁰⁵ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Apología y encubrimiento del terrorismo”, op. cit., pág. 43.

²⁴⁰⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2013, pág. 217; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2016, pág. 243. En la jurisprudencia, STS 8065/2011, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, págs. 16 y 17)

²⁴⁰⁷ Vid. GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *Etapas de realización del delito. Iter criminis*, op. cit., págs. 28 y sigs.

²⁴⁰⁸ Vid. MIR PUIG, Santiago, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, *RECPC* 03/2001, págs. 2 y sigs. (Accesible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-06.html); ID., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2015, pág. 364; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Instituciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 143 y sigs; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Sobre el tipo de tentativa”, op. cit., págs. 253 y sigs. En la jurisprudencia STS 1001/2010, ponente: Francisco MONTERDE FERRER, (Fundamentos de

tentativa es totalmente diferente al injusto del delito consumado, por ello, algunas figuras delictivas exigen un resultado y en armonía con la respectiva regulación legal sólo en esas figuras delictivas es punible la tentativa, lo que quiere decir que la consumación del delito requiere la producción de un resultado, a diferencia de la tentativa en que no hay un resultado material, esto es, que en la tentativa de delito es jurídico-penalmente relevante punible precisamente porque en la misma no se produce el resultado previsto en la norma descriptiva del tipo penal en cuestión²⁴⁰⁹.

Al margen de las posturas tradicionales de la tentativa²⁴¹⁰, y desde el prisma de la dogmática penal moderna, parece incontestable que toda acción delictiva supone la infracción de una norma y que, en consecuencia, la pena que se impone a la realización de tal acción constituye la reacción al quebrantamiento de una norma²⁴¹¹. El quebrantamiento o desautorización de la norma jurídico penal crea como consecuencia el binomio/sinalagma básico del Derecho penal que describe la propia relación entre el delito/pena estatal²⁴¹². Este es el punto de acuerdo doctrinal²⁴¹³, pero a partir de este punto existen discrepancias entre los autores que buscan una explicación material, substancial, en la infracción

Derecho II, cuarto pág. 8); STS 8065/2011, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, págs. 16-18).

²⁴⁰⁹ POLAINO NAVARRETE Miguel, “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, *PJ*, Número 72, Madrid, 2003, págs. 60 y 61; ID., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, *CCA*, Núm. 32, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2004, págs. 9 y 10; ID., “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Eduardo LÓPEZ BETANCOURT, *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática pos-finalista. Estudio de Derecho penal funcionalista*, Editorial Porrúa, México, 2006, pág. 169; ID., “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, en María Eloísa QUINTERO / Miguel POLAINO-ORTS (Coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2ª. edic, Editorial Flores editor, México, 2012, págs. 707 y 708. Como también, MIR PUIG, Santiago, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, op. cit., págs. 3 y sigs; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Sobre el tipo de tentativa”, op. cit., págs. 264 y 265.

²⁴¹⁰ Vid. MIR PUIG, Santiago, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, op. cit., págs. 2 y sigs; ID., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2015, págs. 355 y sigs; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 553 y sigs; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Sobre el tipo de tentativa”, op. cit., págs. 253 y sigs; GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *Etapas de realización del delito. Iter criminis*, op. cit., págs. 26 y sigs.

²⁴¹¹ Vid. *supra* capítulo III de la acción típica, correspondiente al inciso I, Introducción, dado el caso, que es la postura adoptada en este trabajo de investigación.

²⁴¹² Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 8 y 12 y sigs; ID., “Representación del autor e imputación objetiva”, op. cit., pág. 235.

²⁴¹³ JAKOBS, Günther, “El desistimiento como modificación del hecho”, traducción del alemán por Enrique PEÑARANDA RAMOS, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 325; MIR PUIG, Santiago, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, op. cit., págs. 10 y 11.

normativa, ayudados por el concepto del bien jurídico protegido²⁴¹⁴ en la norma infractora y lesionado por la acción delictiva, como esencia del injusto penal, o de acuerdo al principio “*nullum crimen sine iniuria*”, o a conceptos más o menos accesible, como los valores éticos-sociales de acción²⁴¹⁵; en cambio, hay otro sector de la doctrina que sigue la postura que el delito tiene un significado, es expresión de un sentido, o mejor dicho, de un sentido comunicativamente relevante, esto es, comunicación defectuosa en el seno de un sistema social, configurando la pena también como expresión de sentido que confirma la validez de la norma penal quebrantada²⁴¹⁶. Y sobre esta base de diversidad de criterios discrepantes, se establecen las diferencias que se plantean en las construcciones de los sistemas dogmáticos propios de cada postulado existente, que presuponen la aceptación de presupuestos científicos concretos²⁴¹⁷.

Al respecto, para POLAINO NAVARRETE²⁴¹⁸, el delito en grado de tentativa, al igual que la consumación, supone una lesión de la norma, una desautorización de la misma, un quebrantamiento normativo; y por ello también a la tentativa le corresponde -en principio- una reacción normativa, como aseguramiento necesario de la validez de la norma. Muy brevemente: el injusto de la tentativa y el injusto del delito consumado suponen -ambos- una desautorización de la norma y, por ello, en la medida correspondiente, requieren de una reacción también normativa²⁴¹⁹.

Siguiendo las ideas sobre esta problemática planteadas por los Profesores Günther JAKOBS y Miguel POLAINO NAVARRETE²⁴²⁰, tanto la tentativa como la

²⁴¹⁴ Vid. MIR PUIG, Santiago, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, op. cit., págs. 10, 11, 12 y 13.

²⁴¹⁵ Esta es la postura de WELZEL y de los finalistas contemporáneos que aún se residen al cambio del paradigma dogmático, pero que dicho debate enriquece la ciencia jurídico penal. WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, op. cit., 1970, *passim*.

²⁴¹⁶ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 8 y sigs; ID., “Representación del autor e imputación objetiva”, op. cit., págs. 232, 233 y 235; ID., “El desistimiento como modificación del hecho”, op. cit., pág. 326.

²⁴¹⁷ POLAINO NAVARRETE Miguel, “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., págs. 62, 63 y 64; ID., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., págs. 11, 12 y 13; ID., “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, op. cit., págs. 169 y 171.

²⁴¹⁸ POLAINO NAVARRETE Miguel, “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, op. cit., pág. 172; ID., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., pág. 13.

²⁴¹⁹ Cfr. GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *Etapas de realización del delito. Iter criminis*, op. cit., pág. 98.

²⁴²⁰ POLAINO NAVARRETE Miguel, “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., págs. 63 y 64; ID., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., págs. 13 y 14; ID.,

consumación son manifestaciones de sentido comunicativamente relevante, que expresan una comunicación en un sentido de relevancia jurídico penal y social. Sin embargo, la postura del primer Profesor mencionado, discrepa un tanto con la postura del segundo Profesor, en cuanto a la teoría del bien jurídico²⁴²¹, al estimar aquél²⁴²² que, como el delito no es primariamente causación de lesiones de bienes jurídicos sino lesión de la validez de la norma²⁴²³, así también la tentativa de delito no se debe concebir a través de la puesta en peligro de bienes sino a través de la lesión de la norma, y el fundamento de la punición de la tentativa es exactamente el mismo de la consumación, como se evidencia también en el hecho de que numerosos delitos consumados no son materialmente sino tentativas.

Ahora bien, la descripción de la tentativa por el Código Penal español es una postura netamente naturalista, pues el artículo 16 del ordenamiento citado describe la tentativa en base a un entendimiento naturalístico del delito, exigiendo en primer lugar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y a continuación la exigencia de no producción de un resultado material para que estemos en un supuesto de tentativa. Esta descripción de la tentativa es naturalística porque requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y la no relación del resultado material²⁴²⁴, y en tal sentido es insatisfactoria y criticable, porque es necesario la no producción y puesta en peligro del bien jurídico²⁴²⁵. Con independencia de que se sostenga como esencia del injusto la consumación o la tentativa, no se puede desconocer que el delito, ya sea consumado o intentado, es ante todo una infracción de la norma incriminadora y una defraudación de una expectativa social y normativa, esto es, una desautorización de una norma, y por tanto, un comportamiento desestabilizador de la constitución

“Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, op. cit., pág. 172.

²⁴²¹ POLAINO NAVARRETE Miguel, “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., págs. 63 y sigs (especialmente páginas 72, 73 y 74); ID., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., págs. 13 y sigs (especialmente páginas 23, 24 y 25); ID., “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, op. cit., págs. 172 y sigs. (especialmente páginas 180 y 181). Como también, MIR PUIG, Santiago, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, op. cit., págs. 10-13.

²⁴²² JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 860 y 861.

²⁴²³ *Vid. supra* capítulo V del bien jurídico en el injusto del secuestro, correspondiente al inciso VI, Conexión entre bien jurídico protegido y vigencia de la norma en el delito de secuestro, porque en dicho lugar realizó la ejemplificación de la vigencia de la norma como confirmación de la norma quebrantada del injusto del secuestro.

²⁴²⁴ *Vid.* JAKOBS, Günther, “Representación del autor e imputación objetiva”, op. cit., pág. 227. Cfr. GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *Etapas de realización del delito. Iter criminis*, op. cit., pág. 68.

²⁴²⁵ Cfr. MIR PUIG, Santiago, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, op. cit., págs. 10-13 (ya que esta es la postura de este autor citado); SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Instituciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 145, 150 y 151; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Prólogo a la segunda edición, julio de 1996”, op. cit., págs. 68 y 69.

social, pues se pone en duda la vigencia de las expectativas sociales y normativas²⁴²⁶.

Este esquema descrito es aplicable en su justa medida tanto para el injusto del delito consumado como para el injusto del delito tentado (tentativa), y se corresponde más claramente con la concepción autónoma de la tentativa en relación a la consumación. De este modo, la tentativa no es desde el punto de vista normativo un concepto derivado de la consumación. En otras palabras, la tentativa no es una construcción subordinada normativamente a la consumación, y a pesar de todas las distinciones y divisiones que pueden hacerse en el plano lógico y con fines explicativos y didácticos ambos conceptos, la tentativa y la consumación, tienen autonomía el uno respecto del otro. Se puede afirmar que es posible hablar de la tentativa subordinada al delito de consumación, pero sólo en el sentido de que entre ambas fases existe, no una diferencia de calidad jurídico-penal, sino simplemente un incremento cuantitativo, en el sentido de grados de objetivación, del injusto, cuyo máximo se alcanza con la consumación formal del delito²⁴²⁷.

Se ha afirmado que, para poder explicar la perturbación social de un injusto de tentativa, no ha de remontarse a conciencia del autor, sino que ya está completa por la evidencia del ataque a la norma. Mientras que quede claro que el injusto no se exige como base forzosa de una pena, es decir, que la base del injusto de la tentativa -en palabras *jakobsianas*- es un injusto imaginario²⁴²⁸, es inocua esta forma de emplear los conceptos, dado el caso de que tal formulación de conceptos parte del punto de vista policial (política-criminal)²⁴²⁹ para evitar resultados, en lugar de partir del punto de vista penal de pagar por una

²⁴²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Instituciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 151. “En este supuesto, la hipótesis del autor sobre la existencia de algo carecería de un mínimo consenso. Toda esta cuestión guarda, por tanto, una clara relación, que conviene subrayar, con la idea de que es el consenso cultural alcanzado el que suministra el baremo de los juicios de valor inherentes a la tipicidad.”

²⁴²⁷ POLAINO NAVARRETE Miguel, “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., págs. 70 y 71; ID., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., pág. 21; ID., “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, op. cit., pág. 178.

²⁴²⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 201 y 202; ID., “Representación del autor e imputación objetiva”, op. cit., pág. 224.

²⁴²⁹ Vid. GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *Etapas de realización del delito. Iter criminis*, op. cit., pág. 80; MIR PUIG, Santiago, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, op. cit., págs. 6 y 7; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Instituciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 154. Para estos dos últimos autores utilizan el término de peligrosidad estadísticamente como factor de determinar la punición de la tentativa. Cfr. JAKOBS, Günther, “El desistimiento como modificación del hecho”, op. cit., pág. 327 y 328; ID., “La conducta de desistimiento”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, en AA.VV., *Libro homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 549-552.

vulneración de la norma, y no puede captar adecuadamente los objetos propios de la ciencia penal²⁴³⁰.

Por ello, el contenido del injusto punible de la tentativa se encuentra en que el delito tentado presenta un contenido complejo, desde el punto de vista formal, y en principio constituye una forma de desautorización de la norma, es decir, una lesión de la vigencia de la norma²⁴³¹. Pero materialmente significa también una puesta en peligro de un concreto bien jurídico protegido, por ejemplo, en nuestro objeto de estudio, la libertad ambulatoria. Estas dos perspectivas -vigencia de la norma y peligro para un bien jurídico- no son, en consecuencia, contradictorias, sino complementarias. De un lado, no hay contradicción ni contraposición alguna entre la confirmación de la vigencia de la norma y la exigencia de puesta en peligro para el bien jurídico, y por ello el injusto de la tentativa y la tentativa de realizar un injusto son la misma cosa, pues recuérdese -como se expuso en el capítulo del bien jurídico- que toda norma/expectativa tiene una cara inversa y esa cara inversa es la afectación típica relevante de un bien jurídico²⁴³². Cuando los actos realizados para la consecución del resultado normativo son idóneos, entonces no es que sea el injusto irreal, ideal o representado, sino normativamente real y existente. De otro lado, el injusto (tentado) no permite ser explicado sin la referencia al bien jurídico²⁴³³, pues si se concibe el injusto como una mera y pura infracción formal de la norma, entonces no se podrá explicar correctamente la diferencia de las penas que corresponde imponer al autor de un injusto consumado y al autor de un injusto tentado²⁴³⁴.

Ahora bien, en palabras de Miguel POLAINO NAVARRETE, el concreto peligro para el bien jurídico ha de ser analizado y valorado “*ex tunc*”²⁴³⁵

²⁴³⁰ POLAINO NAVARRETE Miguel, “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., págs. 72 y 73; ID., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., pág. 23; ID., “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, op. cit., pág. 180.

²⁴³¹ JAKOBS, Günther, “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege?. Contradicción y prevención de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, op. cit., pág. 4.

²⁴³² Vid. *supra* capítulo V del bien jurídico en el injusto del secuestro, correspondiente al inciso VI, Conexión entre bien jurídico protegido y vigencia de la norma en el delito de secuestro, letra B), La libertad ambulatoria como expectativa social institucional.

²⁴³³ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal*, op. cit., págs. 51-63.

²⁴³⁴ POLAINO NAVARRETE Miguel, “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., págs. 77 y 78; ID., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., págs. 29 y 30; ID., “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, op. cit., págs. 185 y 186.

²⁴³⁵ POLAINO NAVARRETE Miguel, “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., pág. 79; ID., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de

exactamente en el momento mismo del acto (y no *ex ante* ni *ex post*, esto es, no *a priori* ni *a posteriori*, de la ejecución del acto), y todavía “*ex nunc*” no debe variarse la primera valoración realizada. La tentativa (idónea) tiene un fundamento objetivo²⁴³⁶, inmanente a la acción típica, de una valoración o idoneidad *de facto*²⁴³⁷. La idoneidad tiene una dimensión estática y una perspectiva social que fundamenta una idea objetiva para la realización de un resultado típico²⁴³⁸ (no material). Esta idoneidad objetiva se completa con la representación personal -subjctiva²⁴³⁹- del autor: los hechos no contradicen (no deben contradecir) al sujeto. En todo caso, los diferentes elementos del injusto punible (medios, acción, autor) deben ser idóneos para la consecución del resultado jurídico, y en tal sentido la idoneidad es un concepto *ubicuitario*, que no es compatible con el fracaso en la ejecución. Si falta la idoneidad de un

omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., págs. 30 y 31; ID., “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, op. cit., págs. 186 y 187. El juicio del valor de la tentativa debe ser “en relación con el contenido de injusto, la idoneidad será valorada en el momento concreto de realización del hecho. Este juicio no ni *ex-ante* ni *ex-post facto*, sino exactamente *ex tunc*. *Ex tunc* significa que existe en el tiempo exacto, en el momento concreto, de la comisión de hecho, y siempre, y hasta tanto, que se cometa o se esté cometiendo el hecho lesivo de la norma. *Ex nunc* requiere una previsión del hecho que será observado y valorado. *Ex-post* no puede arbitrariamente variarse la idoneidad *de facto* ni la valoración ni la valoración *ex tunc*. Una misma y única acción no puede, en consecuencia, ser valorada como idónea e inidónea al tiempo: es idónea y, por tanto, punible, en su conjunto para producir el resultado típico, o es inidónea no punible, pero no las dos cosas *ex-ante* tentativa idónea; *ex-post*, en cambio, tentativa inidónea. *Tertium non datur*”. Como también, véase JAKOBS, Günther, “Representación del autor e imputación objetiva”, op. cit., pág. 233. Cfr. MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, *Tentativa de delito y delito irreal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 98-163, 264-269, 276-279, 296-300; MIR PUIG, Santiago, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, op. cit., págs. 2 y sigs; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Instituciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 148, 149, 151, 152, 153, 158, 159, 163 y 164, quienes están a favor del examen de la tentativa mediante el juicio *ex-ante* y *ex-post*. En la jurisprudencia, STS 8065/2011, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, págs. 16 y 17).

²⁴³⁶ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Prólogo a la segunda edición, julio de 1996”, op. cit., págs. 67, 68 y 69.

²⁴³⁷ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa”, en Carlos María ROMEO CASABONA (Director), *Presupuestos para la Reforma Penal*, Centro de Estudios Criminológicos, número 1, Editorial Universidad de la Laguna, Tenerife, 1992, pág. 178.

²⁴³⁸ Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Instituciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 156 y 157; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa”, op. cit., pág. 178 y sigs; SANZ MORÁN, Ángel José, “Semblanza científica del Profesor Don Ángel Torío López”, en José CEREZO MIR / Rodrigo F. SUÁREZ MONTES / Antonio BERISTAÍN IPIÑA / Carlos M. ROMEO CASABONA (Editores), *El nuevo Código penal. Presupuestos y fundamentos*, Libro homenaje al profesor doctor Don Ángel Torío López, Editorial Comares, Granada, 1999, pág. 8: “polemiza con el extendido criterio que sustituye la exigencia real de peligrosidad objetiva del comportamiento, por la peligrosidad, simplemente aparente, que resulta de la apelación al paradigma del observador imparcial”.

²⁴³⁹ MIR PUIG, Santiago, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, op. cit., págs. 2 y sigs; ID., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2015, pág. 360 y sigs; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Instituciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 149 y 150; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Sobre el tipo de tentativa”, op. cit., págs. 253 y sigs.

elemento de acción, entonces devendrá la tentativa no punible, esto es, jurídico-penalmente irrelevante²⁴⁴⁰.

Con lo anteriormente mencionado, el injusto de la tentativa no queda del todo constituido, pues el concepto jurídico-penal de resultado típico no puede definirse como pura lesión o peligro de un bien jurídico, en un sentido de resultado material o naturalístico, que no expresa todo el contenido del injusto, sólo que hubo un suceso y se lesionó un bien jurídico²⁴⁴¹. Por ello, el concepto de desvalor de resultado no debe emplearse en el sentido naturalístico de menoscabo determinado de un bien jurídico sino en un sentido normativo como menoscabo de la vigencia de la norma o infracción de un riesgo permitido²⁴⁴². En comienzo, el delito es una lesión de la norma²⁴⁴³, es decir, un ataque a la libertad, un ataque a la vigencia de la norma o un incremento o no neutralización del riesgo no permitido²⁴⁴⁴. Lo esencial es que el injusto de la tentativa compatibiliza estas dos dimensiones, formal y material, que caracterizan y describen al injusto penal en su contenido²⁴⁴⁵.

En este contexto, y de manera de sintaxis de este apartado, el injusto de la tentativa²⁴⁴⁶ es exactamente igual al injusto del delito consumado. Ambos tienen un resultado que lleva a un desvalor normativo²⁴⁴⁷, y ambos presuponen el

²⁴⁴⁰ POLAINO NAVARRETE Miguel, “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., pág. 79; ID., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., pág. 30; ID., “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, op. cit., pág. 186.

²⁴⁴¹ Cfr. MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, *Tentativa de delito y delito irreal*, op. cit., págs. 51-191.

²⁴⁴² Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 307- 309.

²⁴⁴³ Vid. JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico-penal de acción*, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, CCA, Núm. 11, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 1996, págs. 11 y sigs; ID., “El concepto jurídico-penal de acción”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 101 y sigs.

²⁴⁴⁴ Vid. JAKOBS, Günther, “Representación del autor e imputación objetiva”, op. cit., pág. 224. Como también, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Instituciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 164.

²⁴⁴⁵ POLAINO NAVARRETE Miguel, “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., págs. 83 y 84; ID., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., pág. 35; ID., “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, op. cit., pág. 190. Cfr. SANCINETTI, Marcelo A., Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal, CCA, Núm. 8, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 1996, págs. 64 y sigs.

²⁴⁴⁶ JAKOBS, Günther, “Representación del autor e imputación objetiva”, op. cit., pág. 232: “la tentativa ya no puede interpretarse como una perturbación social, sino únicamente como un acontecer entre el individuo y la norma; esto da lugar a la ya citada confusión entre injusto y pecado”.

²⁴⁴⁷ Cfr. MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, *Tentativa de delito y delito irreal*, op. cit., págs. 51-191.

quebrantamiento de expectativas normativas²⁴⁴⁸. La diferencia cuantitativa del quebrantamiento social, que a la vez tiene un aspecto material, constituye el rasgo distintivo entre la tentativa y la consumación delictiva. En la tentativa el injusto lo constituye un perfecto quebrantamiento de la norma más una puesta en peligro de bienes jurídicos²⁴⁴⁹. En cambio, en el delito consumado es también perfección del quebrantamiento de la norma más una lesión de un bien jurídico²⁴⁵⁰.

A continuación, desarrollaremos los actos ejecutivos del *iter criminis* correspondientes al injusto del secuestro para poder determinar cuándo se sanciona penalmente el secuestro por consumación o por tentativa el secuestro, ya que ambas etapas de nacimiento y terminación del delito son trascendentes para determinar una adecuada penalidad por los hechos realizados.

B) Tentativa

Dentro del estudio del delito de secuestro, las formas de comportamiento alternativas del encierro o de la detención cuales admiten en sí el reconocimiento de una efectiva realización perfecta o imperfecta²⁴⁵¹, sin perjuicio de que la fase perfecta corresponde a la consumación, en tanto que la tentativa es la imperfecta ejecución en la comisión de cualquier delito. Por ello, la esencia del delito tentado consiste en dar principio a la ejecución del delito, es decir, principio (tentativa), no final (consumación)²⁴⁵².

La tentativa está regulada en el artículo 16.1 del Código Penal español, que establece lo siguiente: “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”.

²⁴⁴⁸ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 44 y sigs., 860 y sigs.

²⁴⁴⁹ Vid. JAKOBS, Günther, “Representación del autor e imputación objetiva”, op. cit., págs. 229 y 230. Cfr. MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, *Tentativa de delito y delito irreal*, op. cit., págs. 100-148; MIR PUIG, Santiago, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, op. cit., págs. 10-13.

²⁴⁵⁰ POLAINO NAVARRETE Miguel, “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., págs. 83 y 84; ID., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., pág. 35; ID., “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, op. cit., pág. 190.

²⁴⁵¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 200; ID., (Director), “Detención ilegal y secuestro”, op. cit., 2011, pág. 149.

²⁴⁵² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2013, pág. 218; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2016, pág. 244.

La realización del delito de secuestro presenta una problemática en cuanto a la comisión delictiva del secuestro, recordemos que el secuestro se realiza mediante dos figuras mixtas o alternativas en la etapa de la acción de la detención, el encierro y la detención²⁴⁵³, y que cada una de estas conductas admiten perfectamente la posibilidad de incompleta ejecución, ya que constituyen el comportamiento típico generador del resultado típico de la privación de la libertad ambulatoria, que no se sustancia en una mera actividad, desprovista de correlato exterior, sino en la producción del resultado típico externo positivamente determinado por la creación del *status* de tipicidad, constituido por la privación de la libertad ambulatoria personal del sujeto pasivo²⁴⁵⁴.

Por ello, tenemos que tener presente que la ejecución imperfecta del comportamiento típico del secuestro mediante las formas alternativas de la privación de libertad, la detención y el encierro, admite una doble posibilidad de reconocimiento, en relación con la diversidad de elementos típicos de la acción delictiva, que corresponde a una estructura compleja y pluri-subsistente, integrada por una pluralidad de actos, fases o estadios previos de la acción típica del secuestro²⁴⁵⁵.

Dentro de la realización criminal del secuestro, es indudable que la puesta en ejecución de los actos de detención o del encierro pueden ser obstaculizados por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, en el nivel de la tentativa, es decir, tanto si el autor no había llegado a realizar la totalidad de los actos ejecutivos, como si efectuó el conjunto de los actos de ejecución sin producir el resultado externo, por causa independiente de su propia voluntad, esta primera fase del comportamiento típico del secuestro quedará en grado imperfecto de la ejecución²⁴⁵⁶. Por ejemplo, el sujeto activo siguiendo los planes del secuestro persigue a la presunta y potencial víctima del secuestro, pero dentro de la comisión de las acciones de detener es interceptado por los policías que se encuentran muy cerca del lugar de los hechos criminales²⁴⁵⁷. Sin embargo, en cuando a la comisión del delito de secuestro hay una problemática esencial, la de la distinción entre detención ilegal y secuestro; recordemos que tradicionalmente el secuestro es un delito cualificado de las detenciones ilegales, y aunque hoy en día el Código Penal español lo tipifica de forma autónoma de la detención ilegal no deja de ser configurado como un supuesto delictivo cualificado o agravado de las detenciones ilegales, de modo que podemos estimar una tentativa de secuestro y no una detención ilegal en grado de tentativa²⁴⁵⁸, pues siguiendo lo establecido en este trabajo la distinción medular entre las dos figuras delictivas reside en la

²⁴⁵³ *Vid. supra* capítulo III, Acción típica, epígrafe II, Conducta típica del injusto del secuestro.

²⁴⁵⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 200.

²⁴⁵⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 200.

²⁴⁵⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 200.

²⁴⁵⁷ *Vid.* LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “Detenciones ilegales”, op. cit., pág. 11.

²⁴⁵⁸ *Vid.* BOLEA BARDÓN, Carolina, “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 135, 137 y 138.

exigencia de la condición²⁴⁵⁹ (elemento objetivo del secuestro) que diferencias ambas figuras delictivas²⁴⁶⁰, pero dentro de nuestro ejemplo, para saber si el sujeto activo pretendía secuestrar y no detener ilegalmente, tenemos que ayudarnos por un elemento objetivo del plan delictivo del autor dentro de los hechos probados en la realización de acción²⁴⁶¹; por ejemplo, si se encuentra una carta, un comunicado del precio por la liberación de la víctima del secuestro en los bolsillos o en el auto del sujeto activo, sin lugar a dudas estamos ante una tentativa de secuestro, o si en la investigación criminal se encuentran los planes del secuestro y en ellos la condición para liberar a la presunta víctima, estamos ante tentativa de secuestro²⁴⁶² por la peligrosidad de lesión al bien jurídico de la libertad ambulatoria²⁴⁶³ y por el contexto global del hecho criminal que pretendía realizar el sujeto activo, y en cambio, si no se encuentra ningún indicio de manera objetiva de los planes de la acción delictiva de la condición para liberación de la víctima, estamos en un supuesto de detención ilegal²⁴⁶⁴ y no de secuestro por la falta exigencia de la condición para liberación de la víctima del secuestro²⁴⁶⁵.

²⁴⁵⁹ Vid. STS 7263/2008, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 8).

²⁴⁶⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 555: “en los tipos cualificados es importante saber si el autor pone en marcha inmediatamente la realización del tipo. Si el autor comienza con la realización del tipo cualificado, por ejemplo, inutilización de los extintores antes de provocar el incendio... sólo existe tentativa de un delito de incendio si la cumplimentación del tipo básico sigue inmediatamente a aquélla. Si la acción cualificada (verbigracia, portar un arma de fuego en el delito de robo... se efectúa exclusivamente durante la preparación del delito básico (así, sólo durante la aproximación al lugar del robo), entonces el autor sólo puede ser castigado por este último”. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., pág. 552.

²⁴⁶¹ Vid. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Sobre el tipo de tentativa”, op. cit., págs. 257-262.

²⁴⁶² Cfr. BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión. Análisis de sus cinco especies delictuales*, op. cit., págs. 367, 368, 384, 450, 451 y 452.

²⁴⁶³ STS 1937/2013, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 3): “Como dice la STS 15 de Noviembre de 2011, ‘la tentativa se castiga por la capacidad de dicha acción para poner en peligro el bien jurídico protegido, siendo indiferente que a la postre dicho peligro se materialice o no de una manera efectiva’. Máxime en la actuación esencial del acusado Benigno, quien practicó todos los actos esenciales que el plan criminal le asignaba, al vigilar y tener informado al grueso de los secuaces para efectuar tal captura. El acusado, pues, practicó todos los actos que deberían producir el resultado y desencadenó conforme a lo previsto, una situación de riesgo que no culminó en el resultado pretendido por causa ajena a su inicial propósito”.

²⁴⁶⁴ Vid. STS 3939/2008, ponente: Diego Antonio RAMOS GANCEDO, (Fundamentos de Derecho II, sexto pág. 7); STS 6491/2009, ponente: Diego Antonio RAMOS GANCEDO, (Fundamentos de Derecho II, décimo pág. 8).

²⁴⁶⁵ STS 7205/2006, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 13); STS 6940/2008, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, undécimo pág. 16, duodécimo pág. 18): “Subsidiariamente de lo anterior se solicita la aplicación del tipo básico de detención ilegal del art. 163, por entender que no se dió condición para la liberación del detenido, y por último, también de forma subsidiaria, que se estime el delito de extorsión en grado de tentativa, al no llegar a producirse el perjuicio en el patrimonio de la víctima”.

Ahora bien, para llegar al elemento objetivo de la tentativa es preciso que el autor ponga inmediatamente en marcha la realización del tipo penal, las acciones o conductas de detener y encierro²⁴⁶⁶, lo que supone el desarrollo de una actividad que sin más trámite debe conducir a la realización del tipo penal, pues el hecho se enjuicia de acuerdo con el plan del sujeto activo, esto es, de conformidad con la representación del hecho que posee el autor, por ello, es decisivo el resultado, por consiguiente, la valoración objetiva de la cercanía de la acción a la base de la idea que el autor se ha forjado sobre el recorrido, la forma y el modo de la realización de su resolución delictiva, según la teoría objetiva-individual²⁴⁶⁷ de la tentativa²⁴⁶⁸.

Aunque no siempre que el sujeto activo lleve a cabo efectivamente en el mundo externo la totalidad de la realización de las modalidades alternativas del comportamiento típico del secuestro, integradas por la detención o el encierro, el delito de secuestro llega a alcanzarse necesariamente en el grado perfecto de la consumación, será preciso aun examinar separadamente la trayectoria ejecutiva del comportamiento del sujeto activo, refiriéndose al segundo momento típico esencial de la conducta del secuestro integrado por la privación de la libertad ambulatoria²⁴⁶⁹, como también estudiar el tercer momento típico esencial del secuestro la condicional, pues sin condición no hay secuestro sino sólo hay detención ilegal, al necesitar aquél el factor medular de la condición. La descripción típica del secuestro conecta ocasionalmente la producción del status de tipicidad, constituido por la privación de la libertad de movimiento, con el comportamiento típico alternativo representado por la detención y el encierro, pues sin dichas acciones no hay privación de libertad y mucho menos secuestro.

Ahora bien, si no convence la anterior postura de la teoría objetiva-individual, queda otra teoría que nos puede ayudar para determinar un juicio objetivo, en el que la imputación objetiva juega un papel importante en el estudio de los actos ejecutivos, pues sus institutos como riesgo permitido, principio de confianza, imputación a la víctima y prohibición de regreso delimitan el campo

²⁴⁶⁶ Vid. BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión. Análisis de sus cinco especies delictuales*, op. cit., pág. 450.

²⁴⁶⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 555. En un sentido equivalente pero crítico, JAKOBS, Günther, “Representación del autor e imputación objetiva”, op. cit., págs. 225, 226, 230 y 231; ID., *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., pág. 75 “Desde luego que tratándose de un único autor, a ningún penalista se le ocurriría considerar la ideación del plan, o la consecución de medios, como un comportamiento perteneciente al hecho delictivo; el hecho lo conforma la ejecución, y nada más. Como también, POLAINO NAVARRETE Miguel, “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, op. cit., págs. 184, 185 y 186; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Sobre el tipo de tentativa”, op. cit., págs. 257-267. En la jurisprudencia, STS 8065/2011, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 16).

²⁴⁶⁸ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 557 y 558.

²⁴⁶⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 200 y 201.

de acción de los injustos penales, determinando qué comportamientos son socialmente relevantes para el juicio de imputación o se encuentran dentro del umbral de las relaciones sociales aceptables, por lo que la tentativa merece ser analizada desde la óptica de los institutos de la imputación objetiva²⁴⁷⁰.

De acuerdo con la teoría de la imputación objetiva, cuyos institutos juegan un papel normativo, la tentativa comienza en el momento en el que la expectativa normativamente formada de evitar la realización típica ya no puede seguir basándose en la posición social y en el rol unido a la misma, por ejemplo, cuando el autor ha creado mediante su conducta inadecuada al rol un riesgo que es jurídicamente desaprobado y tal riesgo creado inadecuadamente por el autor proporciona indicios de la existencia de intención de realización típica: por ejemplo, un conductor de vehículo automotor no respeta las distancias prudentes entre los demás vehículos, incluso realiza todos los actos objetivos idóneos para interceptar el vehículo de la presunta víctima del secuestro abordándola a su vehículo y sustrayéndola del mismo para detenerla, en este caso el sujeto activo del secuestro no cumple con su rol social especial, por no respetar las normativas de tránsito vehicular, como la distancias entre uno y otro vehículo, etc., ni con su rol general o común de ciudadano en derecho a no respetar las esferas privadas de los demás ciudadanos provocando una injerencia o perturbación a la esfera de la libertad ambulatoria²⁴⁷¹, creando un riesgo jurídicamente desaprobado, y en este caso, el riesgo creado por el sujeto activo proporciona indicios de la existencia de intención de realización típica de un secuestro²⁴⁷², pues cuando la acción típica se aproxima y ha tenido lugar ya una intromisión en la esfera de la víctima es frecuente que la evitación del resultado se desprenda al azar, por ejemplo cuando en el lugar de los hechos se encontraban unos policías y evitaron el secuestro²⁴⁷³.

²⁴⁷⁰ Vid. ROXIN, Claus, “La problemática de la imputación objetiva”, op. cit., pág. 752; JAKOBS, Günther, “Representación del autor e imputación objetiva”, op. cit., págs. 222 y sigs, especialmente página 228; ID., *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 62, 75, 77, 80, 102, 123 y 125; MIR PUIG, Santiago, “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, op. cit., págs. 4 y 5; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Instituciones de Derecho penal*, op. cit., págs. 163 y 164; BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión. Análisis de sus cinco especies delictuales*, op. cit., págs. 450 y 451.

²⁴⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Instituciones de Derecho penal*, op. cit., pág. 154: “comunidad normalmente estimará que afectivamente al bien jurídico, injerencias en la esfera de organización ajena, en realidad sólo se da en el primer grupo de casos. En efecto, sólo en ese grupo de casos se da un amplio consenso sobre la peligrosidad, lo que, en términos estadísticos, además, se corresponderá con la auténtica mayor lesividad de estos casos”.

²⁴⁷² Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 560.

²⁴⁷³ Vid. POLAINO NAVARRETE Miguel, “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., págs. 79-84; ID., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., págs. 30-35; ID., “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, op. cit., págs. 186-190. En el mismo contexto pero algo crítico, ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., pág. 499, 500 y 501. En la jurisprudencia, STS 8065/2011, ponente:

A lo largo del presente trabajo hemos sostenido que el rol social tiene una función delimitadora de la interacciones sociales, pues ese “haz de derechos y deberes (obligaciones)” blinda las conductas que son socialmente adecuadas en la relaciones sociales, y determinan el indicio de que conducta no es socialmente adecuada, por lo que el rol social tiene una función de legitimación de relevancia penal para determinar que conducta o acción está dentro del umbral del riesgo permitido o socialmente estereotipada libre de sanción penal o qué conducta es socialmente relevante para el juicio de imputación, es decir, si el autor se mueve dentro del ámbito social de su rol social y que no exista una intromisión punible en la esfera de la víctima no existe ni tentativa y consumación de ningún delito, o en cambio, si el sujeto activo realiza una eventual intromisión punible en la esfera de la víctima existe cuando el autor va más allá de la esfera a él asignada en atención a su rol social, para extralimitarse y avanzar hacia un menoscabo de la víctima, existe un juicio justo de responsabilidad jurídico penal por haber sobre pasado su rol social y el umbral del riesgo permitido en las interacciones sociales²⁴⁷⁴.

La punición de la tentativa²⁴⁷⁵ del secuestro proviene del perfecto quebrantamiento de la norma más una puesta en peligro del bien jurídico²⁴⁷⁶ libertad ambulatoria, y como el mundo social se rige por comunicaciones²⁴⁷⁷ hay que restaurar el flujo correcto de la comunicación, manifestando que el secuestro quebranta una expectativa normativa de importancia para el mundo social y que debe ser sancionado por creación de un riesgo no permitido a la misma.

C) Consumación delictiva

La consumación conforma el acto ejecutivo perfecto o acabado, en el que el tipo penal queda realizado en su totalidad por cuanto el sujeto no sólo infringe la norma sino que realiza todos los actos que producen el resultado típico del

Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 18). Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Sobre el tipo de tentativa”, op. cit., págs. 264 y 265.

²⁴⁷⁴ Vid. JAKOBS, Günther, “Representación del autor e imputación objetiva”, op. cit., págs. 224, 225, 238-240; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., pág. 499, 500 y 501.

²⁴⁷⁵ Vid. JAKOBS, Günther, “Representación del autor e imputación objetiva”, op. cit., págs. 229, 230, 231 y 232. En la jurisprudencia, STS 1937/2013, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 3).

²⁴⁷⁶ Vid. POLAINO NAVARRETE Miguel, “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., págs. 83 y 84; ID., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit., pág. 35; ID., “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, op. cit., pág. 190. En la jurisprudencia, STS 8065/2011, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 16).

²⁴⁷⁷ JAKOBS, Günther, “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege?. Contradicción y prevención de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, op. cit., pág. 4.

delito. Por ello, la ejecución debe ser analizada en cada caso concreto para poder determinar si estamos ante una tentativa o consumación para fundamentar una adecuada punibilidad de los hechos realizados en la dinámica criminal²⁴⁷⁸.

Por ejemplo, en el delito de secuestro, se llegará a la consumación no sólo cuando el sujeto infrinja la norma y realice todos los actos delictivos, detener, encerrar, aprehender, retener, sustraer, privar de libertad, exigir condición o rescate, sino cuando se verifique todos los elementos típicos del delito de secuestro, desde el punto de vista del resultado jurídico, lesión de la libertad ambulatoria del sujeto pasivo o víctima²⁴⁷⁹.

En cierto sentido, la perfecta producción de la detención o del encierro no prejuzga la consumación del delito de secuestro, pues ésta exige, no sólo la ejecutiva práctica de la detención o del encierro en grado perfecto de comisión, dando lugar a la privación de la libertad, sino además la perfecta realización de tales momentos típicos, más el elemento de la efectiva privación de la libertad ambulatoria que ha de ser vinculada precisamente en una relación ocasional con las formas de comportamiento alternativo de la detención y el encierro, y además la exigencia de condición para liberar a la víctima ya sea a un tercero o al mismo sujeto pasivo (víctima)²⁴⁸⁰, y si falta la exteriorización de la condición para recuperar la libertad estamos ante un acto imperfecto y por ello de tentativa, por cuanto la exigencia de de la condición es el factor medular y de relevancia penal

²⁴⁷⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2013, pág. 222; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2016, pág. 248.

²⁴⁷⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2013, pág. 222; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2016, pág. 248.

²⁴⁸⁰ Vid. STS 1878/2001, ponente: José JIMÉNEZ VILLAREJO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 4); STS 4032/2007, ponente: Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, (Fundamentos de Derecho II, primero pág. 3); STS 8316/2007, ponente: José Ramón SORIANO SORIANO, (Fundamentos de Derecho II, primero págs. 2 y 3); STS 7542/2010, ponente: Diego Antonio RAMOS GANCEDO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 7); STS 8065/2011, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, págs. 10 y 16) “tentativa el primer delito ejercitado contra Secundino al no haberse consumado íntegramente el mismo, no obtenido importe alguno, no siendo el recurrente quien exigió precio por la liberación, olvida el recurrente que para el tipo de secuestro es preciso que se prive de libertad y que se advierta por los autores al sujeto pasivo o a otras personas que la recuperación de la libertad de aquel depende de la condición impuesta (SSTS 1302/2004, de 10-11; 1339/2004, de 27-12; 1432/2004, de 2-12; 351/2001, de 9-3). El delito de detención ilegal se consume en el instante de la privación del Derecho de libertad que tiene la persona y la figura de la detención ilegal exigiendo alguna condición para poner en libertad del detenido se consume desde que se pone la condición, no requiriéndose el efectivo cumplimiento de la condición, STS 367/97, de 19-5, 322/99 de 5-3 -caso Anabel-; 1339/2004, de 27- 2). El tipo objetivo de este supuesto agravado se presentaría completo cuando a la efectiva privación de libertad se sume la puesta de una condición, aún en el supuesto de que no se obtenga el cumplimiento de la condición exigida (SSTS 367/2010, de 17-3; 289/2010, de 22-2)”.

para la consumación del secuestro²⁴⁸¹. En cambio, la consumación no requiere, y no comprende, el agotamiento del delito -denominado consumación material- porque el mismo trasciende de la esfera de la ejecución en la medida en que se refiere a efectos derivados de la propia acción criminal²⁴⁸². Sin embargo, para un sector doctrinal sobre todo de América Latina²⁴⁸³, es importante el agotamiento del secuestro²⁴⁸⁴, consistente en que se logre el pago del rescate. En mi opinión, no es importante el agotamiento²⁴⁸⁵ en el secuestro, y mucho menos la entrega del importe del rescate o cumplimiento de la condición: en primer lugar, la consumación en el secuestro no viene determinada por el hecho de que el autor

²⁴⁸¹ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 201, 203 y 204; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2011, pág. 160; ID., “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2015, pág. 148; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 180 y 181; ID., *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 180 y 181; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, op. cit., 2015, págs. 217 y 218.

²⁴⁸² JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 556; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2013, pág. 222; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., 2016, pág. 248; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2015, pág. 364.

²⁴⁸³ Cfr. QUINTERO, María Eloísa, “Complemento a la realización del tipo y a la culpabilidad. Actos preparatorios, tentativa y desistimiento”, op. cit., págs. 10, 20, 21, 61 y 62; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., 2010, págs. 180, 181 y 182; ID., *El delito de secuestro*, op. cit., México, D.F., 2012, págs. 180, 181 y 182; BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión. Análisis de sus cinco especies delictuales*, op. cit., págs. 328 nota al pie de página 28, 367, 368, 380-386, 447-453; GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *Etapas de realización del delito. Iter criminis*, op. cit., págs. 110-112.

²⁴⁸⁴ Cfr. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La participación en el hecho ya consumado por otro, en particular en el delito permanente”, *CPC*, número 96, Madrid, 2008, pág. 130, que en España lo defiende: “La terminación o agotamiento material representa el momento en que llega a su conclusión efectivamente el injusto del hecho, por contraste con la consumación, momento en que quedan realizados todos y cada uno de los elementos que componen el tipo. Ambos momentos suelen coincidir en los delitos de resultado, pero también pueden aparecer separados, lo que obedecerá a razones relativas a la configuración legislativa de los tipos”.

²⁴⁸⁵ Cfr. GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *Etapas de realización del delito. Iter criminis*, op. cit., págs. 112, 113, 114, 115, 116. En la jurisprudencia mexicana, Jurisprudencia, registro 164683, tesis 1ª./J. 138/2009, ponente: Sergio A. VALLS HERNÁNDEZ: “Secuestro exprés. El hecho de que se actualice este delito no excluye la posibilidad de acreditar en forma autónoma los tipos penales básicos de robo o extorsión (legislación del distrito federal)”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, tomo 31, materia penal, Novena época, abril 2010, pág. 318: “Además, el tipo descrito en dicha norma contiene un elemento subjetivo referente a la finalidad o propósito del sujeto activo de cometer un delito de robo o extorsión, o el de alcanzar un beneficio económico, ya que basta la existencia de tal propósito finalista para que el delito se considere agotado, sin necesidad de la consumación material de la finalidad propuesta. En efecto, el delito de privación de la libertad en su modalidad de secuestro no incluye resultado material, pues se configura independientemente de que se consiga o no el mencionado propósito”; Jurisprudencia, registro 1005667, tesis 1ª./J. 138/2009, ponente: Sergio A. VALLS HERNÁNDEZ, “Secuestro exprés. El hecho de que se actualice este delito no excluye la posibilidad de acreditar en forma autónoma los tipos penales básicos de robo o extorsión (legislación del distrito federal)”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, tomo 31, materia penal, Novena época, abril 2010, pág. 259.

haya alcanzado su propósito²⁴⁸⁶, sino que tiene ya lugar con el cumplimiento de todos los elementos típicos del tipo penal del secuestro, es decir, que la privación de libertad sea producida por las modalidades alternativas de detener o encerrar, dando como resultado típico la privación de libertad, la imposición de una condición para la puesta en libertad del secuestrado, debiendo además pasar dicho comportamiento por el examen de la teoría de la imputación objetiva para determinar si es una acción o conducta jurídicamente relevante de un reproche penal²⁴⁸⁷; en segundo lugar, la consumación ha de diferenciarse de la terminación, o sea, consumación material del hecho (agotamiento), y una de las formas para diferenciar la consumación del agotamiento es que en los delitos en los que la terminación sucede a la consumación se caracterice por una estructura reiterativa propia de los tipos penales, por ejemplo el secuestro, permanentes de dos actos²⁴⁸⁸; en tercer lugar, el logro del rescate no es relevante, porque es un efecto derivante o sobreviniente de la misma condición, que no corresponde al sentido formal de la descripción típica del delito de secuestro del artículo 164, que prevé un adelantamiento de la barrera de punición en la exigencia de la condición²⁴⁸⁹ y aquí es donde se consuma el secuestro, no antes ni después²⁴⁹⁰; en

²⁴⁸⁶ Cfr. BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión. Análisis de sus cinco especies delictuales*, op. cit., págs. 328 nota al pie de página 28, 367, 368, 380-386, 447-453.

²⁴⁸⁷ Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., págs. 35, 36, 44; ID., “Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma”, op. cit., pág. 384.

²⁴⁸⁸ En la jurisprudencia mexicana Tesis aislada, registró 167624, tesis I.7o.P.112P, ponente: Carlos Hugo LUNA RAMOS, “Secuestro exprés. El hecho de que se actualice este delito no excluye la posibilidad de acreditar en forma autónoma los tipos penales básicos de robo o extorsión (legislación del distrito federal)”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, tomo 29, materia penal, Novena época, marzo del 2009, pág. 2875: “según la mecánica delictiva en cada caso concreto, también lo es que debe afirmarse la coexistencia de ambos injustos debido a que nacen jurídicamente desde el momento en que se priva de su libertad al sujeto pasivo, pero dada su naturaleza permanente, su consumación se prolonga en el tiempo hasta el último acto de ejecución, pues precisamente el objetivo de tal restricción es cometer los delitos mencionados”.

²⁴⁸⁹ Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2015, pág. 364; POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 309-312. Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, “Sobre el tipo de tentativa”, op. cit., págs. 257-262; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La participación en el hecho ya consumado por otro, en particular en el delito permanente”, op. cit., pág. 130: “Así, en algunos casos el legislador ha anticipado por razones político-criminales el momento de la consumación (formal), como ocurre en los delitos de intención, de resultado cortado o mutilados de dos actos, en que la terminación sólo se produce cuando respectivamente se consigue lo perseguido por la intención trascendente al dolo, o bien acaece el resultado o el segundo acto; otro tanto sucede en los delitos de peligro con respecto al momento de producción de la lesión que se trata de prevenir, o en los delitos que materialmente constituyen una tentativa tipificada como consumación formal”. QUINTERO, María Eloísa, “Complemento a la realización del tipo y a la culpabilidad. Actos preparatorios, tentativa y desistimiento”, op. cit., págs. 20 y 21.

²⁴⁹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 556 y 557. Como también, JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 859; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de teoría del delito*, op. cit., Sevilla, 2012, págs. 247 y 248; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, págs. 211, 212 y 22; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, págs. 237, 238 y 248.

cuarto lugar, esta tesis del agotamiento y de la consumación sobre la obtención del rescate o botín²⁴⁹¹ del secuestro es una tesis arcaica que pierde el horizonte del bien jurídico protegido por la figura delictiva del secuestro, al apreciar el el patrimonio como bien jurídico tutelado, resultando inadecuada la tesis, porque el cumplimiento de la condición (hacer, no hacer, dar rescate) está presentado por un elemento subjetivista como la del ánimo o móvil desde una postura finalista²⁴⁹², pero tampoco ésta es una respuesta correcta, por ser intrascendente la motivación del autor en el juicio del reproche penal, al representar una condición objetiva de punibilidad, siendo en todo caso el patrimonio irrelevante por constituir una consecuencia accesoria del secuestro que no comunica nada a la restauración de la comunicación contra-fáctica de la norma quebrantada.

IV. Desistimiento

El desistimiento está contemplado en el artículo 16, puntos 1 y 2, del Código Penal español, aunque el punto 2 sólo contempla el desistimiento del hecho criminal de un solo individuo, de un solo sujeto activo, y en cambio el punto 3 comprende el desistimiento de la intervención delictiva en los supuestos de pluralidad de sujetos en la comisión criminal del injusto, al disponer el punto 2: “quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”; y el punto 3: “cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”.

En la dogmática penal no hay una unanimidad de criterios conceptuales ni de ubicación sistemática del desistimiento, sino una diversidad de teorías sobre el

²⁴⁹¹ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La participación en el hecho ya consumado por otro, en particular en el delito permanente”, op. cit., pág. 130. En la jurisprudencia, STS 6094/2007, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 7).

²⁴⁹² Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2015, pág. 364. En la jurisprudencia mexicana, Tesis aislada, registro 189912, tesis: VI.1o. P 97 P, ponente: Carlos LORANCA MUÑOZ, “Plagio o secuestro, configuración del delito de (legislación del estado de Tlaxcala)”, *Semanario judicial de la Federación y su gaceta*, tomo XIII, materia penal, Novena época, Abril de 2001, pág. 1104: “finalidad perseguida en su comisión es la de obtener un rescate o el de causar un daño al plagiado o a otra persona relacionada con éste. Así las cosas, basta que el o los activos lleven al cabo la acción de privación de la libertad con esa finalidad, para que se surta el tipo, aun cuando éstos no hayan cobrado o recibido el numerario solicitado, pues dicha circunstancia es irrelevante, ya que para la configuración plena del delito basta que esté demostrada la intención de obtener un beneficio económico a costa de la detención ilegal”.

desistimiento y sus efectos²⁴⁹³, aunque en el Derecho penal español tradicional el concepto legal de tentativa siempre ha requerido para su concurrencia la ausencia de desistimiento voluntario del acto emprendido. De ahí que la doctrina española dominante haya considerado este desistimiento como elemento negativo del tipo de la tentativa, y no como una causa de exclusión de la punibilidad como la doctrina alemana²⁴⁹⁴. Y esta postura parece seguirse en el actual Código Penal español 1995, pues aunque en él no se ofrezca una regulación autónoma del desistimiento, la misma se deriva del propio precepto de la tentativa²⁴⁹⁵, por lo que es la contrafigura del hecho comenzado en fase de tentativa²⁴⁹⁶. Esto quiere decir que el desistimiento es incompatible con la tentativa, si existe desistimiento no existe tentativa, y mientras el sujeto no se desista de la comisión criminal existirá tentativa punible, o en su caso, consumación, si se consuma el hecho criminal²⁴⁹⁷. Sin embargo, si el autor se desiste, podrá haber realización de otro tipo de delito por los actos cometidos²⁴⁹⁸, por ejemplo, en el secuestro si hay un desistimiento y no se llega a la consumación al dejar sin efecto la exigencia de la condición para la liberación de la víctima el sujeto podrá ser acreedor a la pena de un delito de detención ilegal.

Hoy la dogmática jurídico-penal puede admitir una doble modalidad de desistimiento, por un lado, mediante la omisión, consistente en dejar de hacer, es decir, en el abandono de la realización criminal emprendida, y la otra vía es la evitación de actividad de la producción del resultado del delito comenzado²⁴⁹⁹.

²⁴⁹³ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 898, y sigs; ID., “El desistimiento como modificación del hecho”, op. cit., pág. 331; ID., “La conducta de desistimiento”, op. cit., págs. 552 y 553; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 578, 579 y 580; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2015, págs. 368 y sigs; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, págs. 226 y 227; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, págs. 252 y 253.

²⁴⁹⁴ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 589 y 590.

²⁴⁹⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2015, pág. 368.

²⁴⁹⁶ JAKOBS, Günther, “El desistimiento como modificación del hecho”, op. cit., pág. 331: “Una fundamentación interna a la institución de la tentativa, es decir, una fundamentación que atiende a por qué es precisamente y tan sólo la tentativa la que conoce una regulación sobre el desistimiento, tiene que efectuar una distinción entre el hecho y el comportamiento posterior al hecho”.

²⁴⁹⁷ STS 8065/2011, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 18): “La esencia del desistimiento es, pues, la evitación voluntaria de la consumación del delito, esto es, la existencia de un *actus contrarius* del autor que comenzó la ejecución del delito que neutraliza la progresión del acontecer delictivo hacia la sesión del bien jurídico”.

²⁴⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, pág. 227; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 253. Como también JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 580 y 581.

²⁴⁹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, pág. 225; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 251.

Estas modalidades alternativas o mixtas de desistir configuran el elemento objetivo del desistimiento²⁵⁰⁰.

En la perspectiva objetiva del desistimiento en la tentativa, el sujeto activo debe evitar la producción del resultado por medio de la actividad propia o, en su caso, de la ayuda externa de un tercero. Su actividad debe dirigirse a la evitación total del resultado, ya que no cabe desistimiento sin la voluntad de renunciar al hecho o de interrumpirlo, y por ello, no es aplicable la fórmula o expresión del “arrepentimiento activo” utilizada con frecuencia para el desistimiento en la fase de la tentativa, pues el arrepentimiento no tiene por qué haber sido el motivo del desistimiento ni aquí ni en ninguna tentativa. El desistimiento también tiene que tener éxito, si a pesar de abandonar el hecho emprendido acaece un resultado o riesgo residual, imputando entonces al autor el delito consumado²⁵⁰¹. Esto quiere decir que todo desistimiento presupone un abandono objetivo de la idea de la consumación, y este abandono es la paralización del riesgo creado por el autor, cuya situación es equivalente a la del autor que desde el principio da comienzo o crea el riesgo bajo la reserva de un control seguro de la misma actuación, por tanto, es la equivalencia de actuar sin dolo. Esto se puede materializar en que el autor tiene que anular de un modo certero la totalidad del riesgo producido, es decir, ha de dar comienzo a la segura anulación del riesgo creado, y si queda una merma de la creación del riesgo (riesgo residual) será acreedor a una imputación²⁵⁰². El autor sabe que eventualmente no serán necesarias otras medidas de evitación y en atención a ello, sin descuidar sus deberes positivos y negativos con los demás con-ciudadanos, se limitará a un primer esfuerzo serio de la evitabilidad del riesgo²⁵⁰³. En consecuencia, sólo puede desistir de un modo plenamente exoneratorio quien da comienzo, al menos, a la completa eliminación del peligro creado, si subsiste un riesgo residual que se abandona a su propio desarrollo falta, en esa medida, el desistimiento y ello es así incluso si este riesgo residual no llega a realizarse. Para los casos de dominio parcial, quien domina todavía parcialmente un riesgo puede revocarlo también parcialmente, ello constituye un desistimiento parcial. Pero este desistimiento no produce ningún efecto en la parte indominada del riesgo, pues éste sigue integrando una tentativa que no ha sido revocada²⁵⁰⁴.

Lo anterior quiere decir que el autor puede desistir siempre que a medida de su actuación pueda revertir todavía de un modo planificable y seguro el camino que conduce hacia la realización del tipo penal del secuestro, esto es, desiste si hace un uso completo de esta posibilidad de reversión o da comienzo a

²⁵⁰⁰ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 584, 586 y 587.

²⁵⁰¹ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 586, 587 y 584.

²⁵⁰² JAKOBS, Günther, “La conducta de desistimiento”, op. cit., págs. 549, 552, 553, 554 y 555.

²⁵⁰³ Vid. JAKOBS, Günther, “La conducta de desistimiento”, op. cit., pág. 556.

²⁵⁰⁴ JAKOBS, Günther, “El desistimiento como modificación del hecho”, op. cit., págs. 333, 334, 338 y 339; ID., “La conducta de desistimiento”, op. cit., págs. 554 y 555.

ello. El autor sólo puede desistir de manera objetiva en aquellos casos en que los cursos de la tentativa van hacia la creación del peligro y su realización aun depende con certeza de su conducta emprendida²⁵⁰⁵.

Por ejemplo, en el delito de secuestro, la omisión de la realización, el dejar de hacer o el abandonar la actividad de la realización del secuestro en la fase de los actos preparatorios o en la fase de los actos ejecutivos del secuestro, hasta el momento de la tentativa, determina el no hacer nada, o mejor dicho, el no aportar nada jurídicamente relevante a la empresa criminal para la realización del secuestro, ya sea que durante la persecución de la supuesta víctima el autor desista y se vaya del lugar de la comisión de los hechos tentados, ya sea que el autor desista de la bomba de humo o de la bomba con gas de inconsciencia que está lista para detonar en el momento en que la víctima se encuentre en su auto o casa, y en tal caso el autor no puede realizar la actividad abandono omisiva, el mero no hacer, sino que debe desarticular activamente la bomba para evitar el riesgo a la integridad de la víctima y de los sujetos que sean eventuales acompañantes de la misma, porque en todo caso existe un riesgo residual²⁵⁰⁶ a la salud e integridad de la víctima y sus acompañantes²⁵⁰⁷.

La base de la exclusión de la punición del desistimiento es la vinculación con el ámbito de libertad del sujeto, pues el ciudadano en derecho puede realizar todo aquello que no está prohibido por una norma legal o expectativa social, y si comienza la ejecución de un acto prohibido pero desiste antes de su consumación y sin constituir otro delito, actúa dentro de su espacio de libertad de organización social, es decir, sin incrementar el umbral del riesgo no permitido²⁵⁰⁸ por la norma y las expectativas sociales. Por ello, se asevera el binomio libertad/responsabilidad, ya que en el mundo social que vivimos nuestras acciones tienen una derivante de la autorresponsabilidad de nuestros actos que sobrepasan el umbral del riesgo permitido por no adecuar la conducta a la autodeterminación de las normas y expectativas sociales.

Sin embargo, el autor único del injusto sólo quedará exento de pena por el delito intentado cuando desiste de manera voluntaria (elemento subjetivo del desistimiento), y ello se puede realizar siguiendo los pautas anteriores mencionados, es decir, de la doble alternativa o posibilidad del desistimiento, ya sea de manera omisiva, desistiendo de proseguir ejecutando el delito ya iniciado, por ejemplo, dejar de hacer la actividad conducente al secuestro, o bien de manera activa, impidiendo la producción del resultado de la privación de la libertad. Cualquiera de las dos modalidades mixtas alternativas del desistimiento

²⁵⁰⁵ JAKOBS, Günther, “El desistimiento como modificación del hecho”, op. cit., págs. 335 y 336; ID., “La conducta de desistimiento”, op. cit., pág. 552 y 553.

²⁵⁰⁶ Vid. JAKOBS, Günther, “La conducta de desistimiento”, op. cit., pág. 559.

²⁵⁰⁷ Vid. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2015, pág. 371.

²⁵⁰⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, pág. 227; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 253. Como también, JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 580 y 581.

(manera omisiva o manera activa) es por sí sola suficiente para surtir el efecto propio del desistimiento²⁵⁰⁹.

Ello quiere decir que el desistimiento presupone la voluntariedad, pero sin embargo este elemento presupone el aspecto subjetivo del desistimiento, que reside en la voluntariedad del abandono de la resolución criminal del secuestro, o de cualquier ilícito penal. Respecto al presupuesto de la voluntariedad²⁵¹⁰, para un sector de la doctrina²⁵¹¹ a la voluntariedad lo único que importa es que el autor se distancie del hecho ya puesto por él en práctica y no se limite después a recoger velas -manteniendo su aprobación de lo hecho hasta entonces- ante la perspectiva de un mayor contenido de injusto y una mayor culpabilidad. De la misma forma en que falta la culpabilidad cuando el autor no está anímicamente dispuesto de un modo infiel hacia el derecho -cualesquiera que sean las razones para ello: cobardía, debilidad de carácter, falta de iniciativa o quizá también sabiduría- se da ya la voluntariedad cuando desaparece la infidelidad del autor hacia el derecho en tanto que no le haya sobrevenido un fracaso y tenga todavía plenamente en sus manos la evitación del resultado; su conducta pierde entonces su inequívoco carácter delictivo. Esta débil configuración de la voluntariedad sólo es compatible con una conducta de desistimiento fuertemente configurada: no puede haber ocurrido todavía nada que tuviese que ser compensado por medio de contribuciones meritorias; con otras palabras: al autor no puede haberse ido de las manos un riesgo que exceda del nivel permitido.

Por ello, la regla general del desistimiento es la involuntariedad cuando el autor sabe o cree haber sido descubierto, por lo que en esta medida debe contar con su castigo, aunque pueda haber impunidad si objetivamente el hecho fue descubierto pero el autor nada sabe o supone del hecho que fue descubierto. El hecho criminal es descubierto si es percibido sustancialmente en su cualidad criminal por parte de un tercero que podría impedir el resultado o iniciar un procedimiento penal, por ejemplo, alguien descubre la tentativa de un secuestro por la persecución vehicular o pie de la víctima, en este supuesto, el sujeto observador de la tentativa de secuestro sólo ha descubierto el hecho cuando percibe que está en marcha la comisión del delito²⁵¹² de secuestro, porque objetivamente, visualizando las actividades del intento de detener a la supuesta víctima del secuestro.

²⁵⁰⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, pág. 227; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 253.

²⁵¹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 584 y 585. Desde una perspectiva psicológica: “Esto significa, que el desistimiento no está motivado por impedimentos forzosos, sino que se ha desarrollado por una razón autónoma (autoimpuesta). Ello presupone que el autor “era todavía era sujeto de sus decisiones”, y que no fue obligado al desistimiento de su conducta por la presión insuperable de la situación fáctica de la comisión de los hechos delictivos...”.

²⁵¹¹ JAKOBS, Günther, “El desistimiento como modificación del hecho”, op. cit., pág. 345.

²⁵¹² JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 587.

Ante lo expresado en este epígrafe, el secuestro presenta una problemática en el desistimiento²⁵¹³, pues el delito de secuestro se consuma con la exigencia por el sujeto activo de la petición de la condicional de hacer, no hacer o dar (rescate), dirigida al sujeto pasivo (víctima) o a un tercero (familiares, etc.), dependiendo del cumplimiento de la condición la puesta en libertad de la víctima privada de libertad ambulatoria. En los delitos consumados la ley penal prevé en algunos tipos penales la exención de la pena para el caso de abandono del hecho, por ejemplo, el arrepentimiento activo en el delito contra una aeronave, y en este supuesto el autor (sujeto activo) debe efectivamente evitar el resultado final, incluso el esfuerzo serio en su impedimento puede conducir a la impunidad en algunas ocasiones²⁵¹⁴. Sin embargo, no es ello aplicable en el secuestro, porque el secuestro se consuma en el momento de la imposición de la condición para la liberación de la víctima²⁵¹⁵ ya sea a ésta o a un tercero, pues con ello ya se logra el *status* perfecto de la tipificación del secuestro, pero se admitirá desistimiento cuando el sujeto activo aún no haya exigido condición alguna pero dentro de su plan delictivo hay constancia objetiva de la intención del secuestro y de la condición, cuya ausencia en todo caso estaríamos ante un supuesto de detención ilegal consumado, que sigue siendo punible a pesar del desistimiento voluntario de la tentativa cualificada²⁵¹⁶ del secuestro. Por esta razón, el legislador español contempla en este caso la atenuación de la pena facultativa al artículo 163.2, a la que remite el mismo artículo 164 incriminador del secuestro.

En el mismo sentido, será aplicable un supuesto desistimiento si el sujeto activo exterioriza la condición pero se arrepiente del secuestro y libera a la víctima dentro de los primeros tres días, sin la obtención de la condicional interpuesta para la liberación, atenuándose la pena por razones político-criminales²⁵¹⁷, ya que, en primer lugar, se consumó un delito detención ilegal que

²⁵¹³ Vid. BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión. Análisis de sus cinco especies delictuales*, op. cit., págs. 385, 386, 451 y 452.

²⁵¹⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 588 y 589.

²⁵¹⁵ Vid. BOLEA BARDÓN, Carolina, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 137. Cfr. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2011, pág. 155; ID., “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2015, pág. 143.

²⁵¹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 588.

²⁵¹⁷ STS 2689/2009, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 7): “El tipo privilegiado a que nos referimos se justifica por razones de política criminal y, unido a ello, por la relevancia punitiva que ha de dársele al autor de la detención que por su exclusiva voluntad, y sin haber obtenido su propósito pone fin a la detención dentro de las 72 horas. Se trata como dice alguna sentencia antigua de esta Sala de una especie de arrepentimiento espontáneo activo -SSTS de 9 de febrero de 1990 y 13 de julio de 1992- pero ello descansa en un acto voluntario, espontáneo y libre del autor, que en cuanto disminuye su culpabilidad -y la antijuridicidad- se hace acreedor a una pena atenuada en sintonía con el principio de proporcionalidad, ya que la pena es la compensación al grado de la culpabilidad y de la gravedad del hecho”. Como también, STS 8065/2011, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, págs. 18 y 19).

no puede quedar impune, en segundo lugar, no se puede comunicar a la ciudadanía que está permitido privar de la libertad ambulatoria, en tercer lugar, porque el legislador español otorga este privilegio al sujeto activo que desiste espontáneamente o se arrepiente en la comisión delictiva procediendo a la liberación del sujeto pasivo y premia un especie de arrepentimiento durante esta fase del nacimiento del delito del secuestro²⁵¹⁸, porque el sujeto activo reconsidera la conducta cometida que no puede quedar impune por la gravedad del delito que se trata, para evitar la mala comunicación a la sociedad de que está permitido privar de la libertad ambulatoria, restaurándose la vigencia de la norma quebrantada por el secuestrador que puso en duda su aplicabilidad y retornando al correcto flujo de comunicación contra-fáctica con el mundo social. Ello rige tanto en el concurso ideal de infracciones como en el concurso de normas, pues un delito consumado no puede permanecer impune cuando el autor incurra en tentativa de otro delito simultáneamente con el mismo hecho²⁵¹⁹.

El abandono del hecho criminal por parte del sujeto activo debe ser un acto por el autor abdique de su proyecto delictivo del secuestro, pues en relación con su perspectiva anterior del plan delictivo sólo podrá realizarse mediante la certeza segura de la abdicación total del riesgo²⁵²⁰. Ciertamente el autor demuestra ahora por medio de su conducta que ni siquiera toleraría el riesgo residual y su actitud es ahora totalmente conforme a Derecho, pero la decisión se le ha ido en parte de las manos por el curso de las cosas y distancia la realización del hecho una vez reducido el riesgo. Si una conducta posterior al hecho indica que el autor está de acuerdo con el fracaso del hecho precedente, esto no modifica en nada el *factum* de la realización de ese hecho precedente, esto es, si el autor opera lesivamente sobre un bien que está de todos modos en peligro y fracasa completamente en su intento y después libera ese bien del peligro originario por un pleno arrepentimiento, también muestra con su acto salvador

²⁵¹⁸ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., págs. 87 y sigs., especialmente páginas 87 y 88: “Efectivamente, nos encontramos ante una regla especial de desistimiento de la continuación de un delito cuya consumación ya se ha producido, mediante la que el legislador aplica la modernamente denominada teoría del “puente de plata”, propia del desistimiento en el delito intentado a un delito ya consumado en el que el mantenimiento temporal de la situación antijurídica creada incrementa la lesión del bien jurídico libertad ambulatoria”. Como también, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2011, págs. 154 y 155; ID., “Delitos contra la libertad”, op. cit., 2015, págs. 141 y 143; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., págs. 140 y 141; LAMARCA PÉREZ, Carmen, (Coord.), “Delitos contra la libertad”, op. cit., págs. 140 y 141. En la jurisprudencia, STS 8065/2011, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, págs. 18, 19 y 22). Cfr. BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión. Análisis de sus cinco especies delictuales*, op. cit., págs. 385, 386, 451 y 452

²⁵¹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 590.

²⁵²⁰ Vid. JAKOBS, Günther, “La conducta de desistimiento”, op. cit., págs. 555 y 556.

cuál es su posición con respecto a su conducta precedente, pero lo hace precisamente a través de una conducta posterior al hecho²⁵²¹.

Para concluir este apartado del capítulo, estimamos que el desistimiento en el secuestro exige tres factores: en primero lugar, en los actos preparatorios del secuestro en donde se muestra o se realiza el desistimiento del delito será impune por quedar en la sola preparación sin exterior algo jurídicamente relevante; en segundo lugar, en la tentativa de secuestro es punible si existe y quedo un riesgo residual para la víctima o terceros en la fase de ejecución del delito de secuestro; y por último, en tercer lugar, si se consuma será punible aunque exista desistimiento por la existencia de la consumación del delito de detención ilegal, por ello, la punición del tipo privilegiado del artículo 163.2 que atenúa la pena por el arrepentimiento espontáneo de la comisión delictiva del secuestro.

²⁵²¹ JAKOBS, Günther, “El desistimiento como modificación del hecho”, op. cit., págs. 341 y 342; ID., “La conducta de desistimiento”, op. cit., pág. 554.

CAPÍTULO X

INTERVENCIÓN DELICTIVA

I. Planteamiento

La dogmática penal ha experimentado un cambio de paradigma en el sentido de la normativización de toda la teoría jurídica del delito, y la autoría y la participación que tradicionalmente se destinaba al estudio de la interacción de los partícipes en la comisión del delito no ha sido excepción de la normativización.

Los fundamentos tradicionales de distinción²⁵²² de la autoría y la participación²⁵²³ se asentaban en una postura naturalista y ontológica que ha seguido la dogmática jurídico-penal en el último cuarto del siglo XX, y la normativización de la teoría jurídico-penal ha traído un cambio de paradigma total, tan drástico que un sector de la doctrina menciona que la anterior teoría de la autoría y la participación ha quedado superada y que incluso la autoría y la participación son dos conceptos demasiado apegados a criterios ontológicos, y que el legislador penal no acierta a diferenciar correctamente dichas distinciones con precisión. Por dicha causa, es técnicamente más correcto aludir a los

²⁵²² Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 204-211. Cfr. BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria. Análisis dogmático y jurisprudencial*, Colección justicia penal, Núm. 1, Editorial Atelier, Barcelona, 2004, pág. 27; ROXIN, Claus, “Las formas de intervención en el delito. Estado de la cuestión”, traducción del alemán por María Teresa CASTIÑEIRA PALOU, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra*, Editorial Civitas, Madrid, 2016, págs. 157-178.

²⁵²³ Según Heiko H. LESCH: “La doctrina tradicional de la intervención en el delito, parte de una diferencia cualitativa entre autoría y participación. El fundamento de esa desigualdad se encuentra en la suposición de que el autor lleva a cabo su propio hecho específico, existiendo por tanto un injusto propio del autor que no es, a la vez, el mismo que el de los partícipes. Esta diferenciación pretenden localizarla en relación a las llamadas normas de comportamiento y -lo que suele ser más habitual- en el plano de la tipicidad; por otra parte, la teoría del dominio del hecho también conduce a ella”. Sin embargo, el autor citado critica estas teorías por ser ontológicas y naturalista llegando a la misma conclusión que sin el dominio del hecho no hay responsabilidad adecuada y por ello de su error e imprecisión dogmático. LESCH, Heiko H., “Intervención delictiva e imputación objetiva”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES, *ADPCP*, tomo 48, Fascículo III, Madrid, 1995, págs. 927 y sigs. Cfr. ROXIN, Claus, “Las formas de intervención en el delito. Estado de la cuestión”, op. cit., págs. 167-169; GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *El concepto de autor del delito. Estudio de legislación, jurisprudencia y doctrina penal*, Editorial Ubijus, Delegación Azcapotzalco, México, D.F., 2007, *passim*.

diferentes grados de responsabilidad penal con el término de intervención delictiva²⁵²⁴.

El concepto de intervención que actualmente denomina a la autoría y participación no alude al acto físico (ontológico) de tomar parte de algo (partícipe) ni al hecho de ser causa de algo (autor), más bien el concepto alude a la vinculación jurídico-penal entre un sujeto jurídicamente responsable (persona en derecho), y un acto penalmente relevante. Esto quiere decir que un delito supone la infracción de una norma jurídica, y por ello infractor de la norma es tanto el “autor” como el “partícipe” también es el infractor de la norma jurídica. Es decir, el infractor de la norma es el interviniente que queda unido al delito mediante un vínculo jurídico denominado intervención delictiva. Esta vinculación entre sujeto y acto será gradualmente cuantificable y cada sujeto responderá por su intervención correspondiente²⁵²⁵. Por ello, la clave para resolver la intervención delictiva es la clarificación de la cuantificación de la responsabilidad penal, cuyo núcleo de resolución estriba en quién responde, cómo responde y por qué responde penalmente por su intervención delictiva²⁵²⁶.

La teoría de la intervención delictiva, desde la perspectiva normativa o funcional, gira en cuatro criterios o posturas de delimitación de la conducta criminal. En primer lugar, la intervención delictiva distingue diferentes grados o estadios que son propiamente grados de cuantificación de la responsabilidad penal que expresan la vinculación entre sujeto y comportamiento delictivo. En segundo lugar, el problema de la intervención delictiva es una cuestión de imputación penal, de tal forma que los diferentes grados de imputación representan magnitudes de imputación en que se verifica la responsabilidad penal, esto es, intervención es igual a imputación según el nivel de protagonismo ejecutivo. En tercer lugar, entre los diferentes grados de intervención delictiva no existe una diferencia fenomenológica ni cualitativa, sino meramente cuantitativa

²⁵²⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, en Claus ROXIN, / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Política criminal y dogmática penal. Cuestiones fundamentales*, Colección dogmática penal, Núm. 10, Editorial Ara, Lima, 2013, pág. 140; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, pág. 231; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 257. Como también, KINDHÄUSER, Urs, “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, *RP*, número 11, Barcelona, 2003, pág. 67; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*. op. cit., pág. 207.

²⁵²⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, op. cit., pág. 140; ID., *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, op. cit., 2013, pág. 231; ID., *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, op. cit., 2016, pág. 257.

²⁵²⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, op. cit., pág. 140; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, pág. 231; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 257.

²⁵²⁷: ya que todos los sujetos que intervienen son igualmente responsables del hecho delictivo, se puede decir que el delito es suyo, de todos aquellos sujetos que, de manera más o menos intensa, quedan vinculados con el delito de manera penalmente relevante. Por último y en cuarto lugar, todo interviniente tiene en común otro aspecto fundamental, pues se considera al interviniente como defraudador de la norma²⁵²⁸ de conducta, y la infracción de la norma confiere el *quid normativista* a cada sujeto que, de este modo, queda identificado frente a los demás sujetos y es acreedor a la categoría técnica del interviniente delictivo, y por eso es penalmente responsable por el hecho criminal²⁵²⁹.

De ahí que el fenómeno y objeto de la responsabilidad jurídico-penal de autor y partícipe es idéntico, siendo si acaso las cuotas de responsabilidad diferentes, por tanto, la autoría, inducción y complicidad señalan fenómenos de determinación de la pena, que han sido integrados en la imputación y que han conducido a la tipificación de las diferentes formas de intervención en el delito. La diferencia entre estas formas de intervención es, de entrada, simplemente cuantitativa²⁵³⁰. Cuantitativa significa que cada una cuota de responsabilidad cuando el delito se organiza en forma de trabajo la división se rige, al menos en principio, según la envergadura de la intervención²⁵³¹.

A continuación se analizará los distintos niveles de intervención delictiva que pueden realizarse en el injusto del secuestro, sin olvidar que el delito del secuestro es un delito de organización, que impone un deber negativo de no privar de la libertad a otro, cuya infracción corrompe el rol social general o común de ser persona en derecho o ciudadano.

II. Autoría directa

El concepto de autor directo e inmediato es determinado en el artículo 28 del Código penal español, que en sus tres primeras líneas contempla el instituto de la autoría, señalando “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos...”

Este primer instituto de responsabilidad penal no plantea aparentemente ningún problema singular, pues se trata del caso común, básico y paradigmático de realización de un delito en concreto. Un sujeto individual²⁵³² que de manera

²⁵²⁷ Vid. JAKOBS, Günther, “La intervención delictiva”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES, *CPC*, número 85, Madrid, 2005, págs. 81 y 82; CARO JOHN, José Antonio, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., págs. 207 y 208.

²⁵²⁸ Vid. LESCH, Heiko H., “Intervención delictiva e imputación objetiva”, op. cit., págs. 946 y sigs.

²⁵²⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, op. cit., págs. 140 y 141; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, pág. 232; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 258.

²⁵³⁰ JAKOBS, Günther, “La intervención delictiva”, op. cit., págs. 81 y 82.

²⁵³¹ LESCH, Heiko H., “Intervención delictiva e imputación objetiva”, op. cit., pág. 946.

²⁵³² Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., pág. 52.

dolosa o imprudente infringe la vigencia de la norma se convierte en autor (único, inmediato, directo) del delito que realizó²⁵³³.

Sin embargo, el punto de partida de la determinación de autor, no sólo es constituido por la parte general del Derecho penal, sino también por la parte especial²⁵³⁴ del Código penal, pues en este lugar describe el actuar de un sujeto infractor a quien se imputa la conducta típica y la doctrina tradicional suele entender comúnmente que la conducta descrita en el tipo penal está referida al comportamiento de un sujeto al que se le conoce como autor del hecho criminal²⁵³⁵. Por ello, tradicionalmente el concepto de autor viene aparejado conforme a aquellas comprensiones del personaje central del delito. Ahora bien, hoy día la doctrina moderna critica el concepto general de autor al que aludía la doctrina tradicional, por entender que el tipo penal en concreto no es la base general de la determinación del autor único, pues la parte especial²⁵³⁶ del Código penal no vincula el hecho a un autor principal, a excepción de aquellos tipos penales donde por razón de política criminal se individualiza la cualidad de un concreto autor o autores a un delito especial²⁵³⁷, por ejemplo, artículo 167 del Código penal español, que sanciona la autoridad o funcionario público que secuestre a un ciudadano.

Esta derivación se debe a que los tipos penales aluden generalmente a un sujeto anónimo, comprendido bajo la descripción genérica “el que”, “quien”, “el particular”²⁵³⁸, por ejemplo, “el que...lesione, mate, o prive...” (arts. 147, 138, 163 CP.), etcétera. Por ello, la descripción anónima del actuante en los términos “el que”, “quien” o “el particular” no tiene por qué coincidir necesariamente con

²⁵³³ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, op. cit., pág. 146; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, págs. 235 y 236; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, págs. 261 y 262.

²⁵³⁴ Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones sobre la ciencia del Derecho penal y su método”, op. cit., pág. 658; GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *El concepto de autor del delito*, op. cit., págs. 69, 70, 132-141.

²⁵³⁵ Vid. VAN WEEZEL, Alex, “Coautoría en delitos de organización”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coord.), *El funcionalismo en Derecho, Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, tomo II, Centro de investigación en filosofía y Derecho, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 289, 290 y 292; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, op. cit., págs. 56, 57, 60, nota al pie de página número 23 y 70; ID., “Prólogo a la segunda edición, julio de 1996”, *Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, Edición preparada por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, con la colaboración de Esteban MESTRE DELGADO, 23ª edic, Editorial Tecnos, 2016, págs. 72 y 73.

²⁵³⁶ Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones sobre la ciencia del Derecho penal y su método”, op. cit., pág. 658; GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *El concepto de autor del delito*, op. cit., págs. 69, 70, 132-141.

²⁵³⁷ CARO JOHN, José Antonio, “Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima”, en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2009, págs. 204 y 205; ID., *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, op. cit., pág. 172.

²⁵³⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 207.

el autor, porque los tipos penales de la parte especial se refieren más bien a un “sistema de intervención”²⁵³⁹, donde pueden converger perfectamente las aportaciones provenientes de una persona individual con las de otras que obran conjuntamente²⁵⁴⁰, pero en todo caso está referido a un colectivo típico integrado por intervinientes con capacidad para infringir la norma contemplada en el tipo penal²⁵⁴¹. Esto es así porque cada interviniente, hasta el cómplice más secundario, tiene un “poder de configuración”²⁵⁴² sobre la realización del tipo, lo que quiere decir que no es aplicable la idea tradicional de que el tipo penal específico otorga directamente a alguien la cualidad de autor por ser el protagonista principal de la escena criminal y que el partícipe ingresa en el ámbito de la tipicidad gracias a que la regla extensiva de la parte general del Código penal así lo permite²⁵⁴³.

A manera de síntesis, la autoría no depende propiamente ni de la configuración típica en el supuesto de la concepción restrictiva de autor, ni tampoco de lo que el autor pretenda en el caso de la teoría subjetiva, ni de la teoría del dominio del hecho en que el sujeto domina el suceso causal. Más bien, se trata de una cuestión netamente normativista, en la que se determina responsabilidad penal para cada interviniente. La diferencia entre autor y partícipe no es cualitativa sino cuantitativa. Esto es, autor es el sujeto responsable que infringe la norma y a quien resulta imputable la perturbación social en que consiste el delito. Desde esta óptica, la autoría es un momento de la imputación²⁵⁴⁴. Es decir, la autoría es un título de imputación penal, que es presupuesto de la imputación derivado de una infracción a un deber jurídico-penal, y en el caso particular del secuestro ese deber es un deber negativo de no

²⁵³⁹ JAKOBS, Günther, “La intervención delictiva”, op. cit., págs. 69 y sigs. Cfr. GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *El concepto de autor del delito*, op. cit., págs. 69-70, 132-141.

²⁵⁴⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 285, 286, 692, 693, 694 y 695.

²⁵⁴¹ Cfr. LESCH, Heiko H., “Intervención delictiva e imputación objetiva”, op. cit., págs. 931-937: “la simple verdad de que autoría es igual a la ejecución de lo recogido en el tipo... De esta forma, cuando se identifica el hecho del autor con la realización típica... queda tan sólo una definición negativa de la participación: participación es la no ejecución propia del hecho, es decir, en cualquier caso algo cualitativamente distinto de la autoría”.

²⁵⁴² JAKOBS, Günther, “La intervención delictiva”, op. cit., págs. 70: “Toda intervención, hasta el más insignificante cómplice, posee un poder de configuración del hecho cuando presta su aporte, pero, sin embargo, respecto de la realización típica, se dice que la misma vendría determinada únicamente por quien ejecuta (aunque éste puede ser, en ocasiones, muy fácilmente sustituible, como en el caso del miembro de una banda); por su parte, cuando son varios los que están ejecutando, la cuestión se complica aún más, y así, sucesivamente”.

²⁵⁴³ CARO JOHN, José Antonio, “Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima”, op. cit., págs. 205 y 206. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, op. cit., págs. 56, 57, 60, nota al pie de página número 23 y 70; ID., “Prólogo a la segunda edición, julio de 1996”, op. cit., págs. 72 y 73.

²⁵⁴⁴ LESCH, Heiko H., “Intervención delictiva e imputación objetiva”, op. cit., pág. 937; JAKOBS, Günther, “La intervención delictiva”, op. cit., págs. 81, 82, 84 y 85.

privar de libertad. En función de este deber infringido se detreminará el *quantum* de la responsabilidad penal²⁵⁴⁵.

Por ello, en este primer nivel de análisis de la intervención delictiva, no existe una distinción entre autoría y participación, no al menos en el ámbito de la tipicidad, por cuanto la imputación objetiva es idéntica para el autor y el partícipe²⁵⁴⁶.

Contextualizando lo expresado en un ejemplo correspondiente al injusto del secuestro, será autor directo el sujeto activo que priva de libertad ambulatoria a otro, condicionando su libertad a la exigencia de un rescate, sin ser necesario que se trate de un solo sujeto individual, pues es también admisible la realización por varios sujetos autores en un supuesto de coautoría en la perpetración del secuestro²⁵⁴⁷.

III. Coautoría

El Derecho penal parte de la posibilidad de que exista una infracción de la norma producida por una conducta en que varias personas se encuentran vinculadas entre sí, y en este ámbito normativo el artículo 28 del Código penal español, en su párrafo primero, inciso segundo, prescribe: “son autores quienes realizan el hecho (...) conjuntamente...”. En base a esta disposición se impone la pena correspondiente al autor a cada uno de los intervinientes en la comisión conjunta del hecho²⁵⁴⁸, tan sólo tiene carácter declaratorio²⁵⁴⁹.

Tradicionalmente la coautoría se ha equiparado a la codelinquencia, incluso se ha dado el caso de que se confunden ambos conceptos en uno solo, si bien la coautoría requiere la autoría de dos o más sujetos en la realización de un delito, en tanto que la codelinquencia es la existencia de dos o más intervinientes, sean o no autores. La codelinquencia es un concepto más amplio que la coautoría,

²⁵⁴⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, op. cit., pág. 150; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, pág. 239; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 265; ID., *El delito de detención ilegal*, op. cit., págs. 205 y 206. Como también, KINDHÄUSER, Urs, “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, op. cit., pág. 56. Cfr. GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *El concepto de autor del delito*, op. cit., págs. 387-416.

²⁵⁴⁶ CARO JOHN, José Antonio, “Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima”, op. cit., pág. 206. Desde una postura equivalente pero aludiendo a un plano normativo BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria*, op. cit., págs. 25 y 91 nota al pie de página número 163. Cfr. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma”, op. cit., pág. 384.

²⁵⁴⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., pág. 52.

²⁵⁴⁸ *Vid.* STS 8065/2011, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 28).

²⁵⁴⁹ KINDHÄUSER, Urs, “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, op. cit., pág. 54.

pues todo supuesto de coautoría es un caso de codelinuencia, pero en cambio la codelinuencia no tiene que ser necesariamente coautoría²⁵⁵⁰.

En la dogmática funcionalista normativa²⁵⁵¹ se considera que la coautoría es un sistema de injusto, configurado como un sistema simple de injusto. En este sentido, la coautoría es entendida como comportamiento solidario conjunto y consistente en un sistema funcional, que pone en peligro bienes jurídicos ajenos o los lesiona. En estos casos, la responsabilidad reside en el sistema, estamos ante una responsabilidad del sistema, y de éste se retrotrae a los miembros del grupo la responsabilidad por el todo, y, en verdad, según el *quantum* del peso social de los aportes (causales) al hecho. A pesar de la anterior definición de la coautoría, en verdad, no hay una uniformidad de conceptos y elementos doctrinales en la concepción de la coautoría²⁵⁵².

Así, se ha definido por KINDHÄUSER²⁵⁵³ la coautoría en base al hecho de haber unido los sujetos sus círculos de organización en función de un determinado esquema de intervención reconocido recíprocamente como vinculante y referido a un riesgo no permitido concreto y manifestado en una simultánea actuación por sí mismo y por el otro o los otros. En cuanto los sujetos se muevan dentro del esquema común de intervención, cometen un hecho que consiste en la creación del riesgo que se determina a partir ese esquema común de intervención. Puesto que a todo coautor se le imputan las acciones de los demás como propias, el riesgo no permitido en cuestión le incumbe directamente del mismo modo que el autor individual.

Son varios los elementos de la coautoría. En primer lugar, la coautoría se fundamenta en una división del trabajo, en la que en la coautoría dos o más coautores hacen la realización criminal en una división de trabajo, es decir, el hecho criminal global²⁵⁵⁴ se divide en aportes en un supuesto de distribución de

²⁵⁵⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, op. cit., pág. 151; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, pág. 239; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 265; ID., *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 207. En la jurisprudencia STS 4533/2007, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 9). Cfr. STS 3057/2009, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, págs. 141, 177, 178, 305, 306).

²⁵⁵¹ JAKOBS, Günther, “La intervención delictiva”, op. cit., pág. 69.

²⁵⁵² Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 725 y 726; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, op. cit., pág. 57. Cfr. GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *El concepto de autor del delito*, op. cit., págs. 409-416.

²⁵⁵³ KINDHÄUSER, Urs, “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, op. cit., pág. 68, 64 y 65.

²⁵⁵⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 727: “No se trata de que el coautor coopere en un hecho ajeno, sino de que jurídicamente todas las aportaciones de los coautores son consideradas equivalentes y son imputadas en su totalidad a cada uno de ellos”. Como también, BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión. Análisis de sus cinco especies delictuales*, op. cit., págs. 370 y 373; BOLEA BARDÓN, Carolina, *La*

tareas, una división vinculante²⁵⁵⁵ entre cada uno de los intervinientes²⁵⁵⁶. Sin embargo, la división de tareas puede ser una división horizontal, en un supuesto en que los sujetos se hallan en el mismo nivel o plano de igualdad de mando, pero también puede ser división vertical, en un supuesto en que existe jerarquía entre los sujetos vinculados entre sí para cometer un ilícito penal, lo que se puede reflejar en que en la competencia de los sujetos unos están sometidos a otros²⁵⁵⁷, en que hay un jefe o líder de la banda²⁵⁵⁸.

Por ejemplo, en el injusto del secuestro, un sujeto (A) sustrae a la víctima de su auto²⁵⁵⁹, otro sujeto (B) espera en el vehículo con el que van a llevar a la

cooperación necesaria. op. cit., pág. 31, 32 y 33. Cfr. KINDHÄUSER, Urs, “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, op. cit., pág. 55.

²⁵⁵⁵ Cfr. KINDHÄUSER, Urs, “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, op. cit., pág. 64. Para este autor existe la coautoría en una representación recíproca de los coautores; GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *El concepto de autor del delito*. op. cit., págs. 409-416.

²⁵⁵⁶ JAKOBS, Günther, “La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación”, traducción del alemán por Miguel POLAINO NAVARRETE, *RCP*, número 6, Editorial Mave, 2000, Buenos Aires, págs. 91, 94, 95 y 105; Günther JAKOBS clasifica la división del trabajo en dos tipos: “los sujetos han aportado algo mediante la división del trabajo, pero, de ellos, sólo algunos mediante una división vinculante del trabajo que les une con la obra, mientras que el resto, en cambio, lo han hecho mediante una división restringida del trabajo, es decir, separada; en el último supuesto, los que han aportado algo sólo tienen que prestar un apoyo fijo, sin tener que preocuparse de lo provechoso que el mismo resultado para la obra. Ambas formas de división del trabajo pueden estar una al lado de la otra, sin mezclarse: por ejemplo, que se vincule al técnico de acústica con la ejecución de conciertos de música clásica, no quiere decir que tenga que ser tratado como garante respecto de las condiciones de ejecución de un concierto de rock. Ambas clases de división del trabajo tienen que ser posibles en una sociedad libre: la división vinculante del trabajo debe serlo como consecuencia de la libertad de poder participar en una obra conjunta, mientras que la división restringida del trabajo debe serlo como consecuencia de la libertad de no tener que preocuparse de los planes del receptor del aporte que, por su parte, es autorresponsable, pues de lo contrario la consecuencia sería una suerte de control y paternalismo que ahogaría toda libertad” JAKOBS, Günther, “La intervención delictiva”, op. cit., págs. 71 y 72; ID., “Una teoría de la intervención delictiva”, traducción del alemán por Miguel POLAINO-ORTS, en JAKOBS, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal. Expectativas normativas, intervención delictiva, Derecho penal del enemigo*, Editorial Servi-Copy, Sevilla, 2014, págs. 60 y 61. En una postura equivalente, aunque siguiendo la teoría del domino del hecho, JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 726; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pág. 205.

²⁵⁵⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, op. cit., pág. 151; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, págs. 239 y 240; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, págs. 265 y 266.

²⁵⁵⁸ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “En los límites de la inducción”, *InDret* 2/2012, pág. 14. (Accesible en: <http://www.indret.com/pdf/884.pdf>). Para este autor, las formas de la coautoría son equivalentes a la establecidas en el texto principal, sin embargo, las denomina “horizontal-correlativa” o vertical-organizativa”. *Vid.* JAKOBS, Günther, “La intervención delictiva”, op. cit., pág. 82. Cfr. BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria*, op. cit., pág. 32, quien estima que sólo existe la estructura horizontal en la coautoría.

²⁵⁵⁹ *Vid.* GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Facultad de Derecho, Editorial Universidad de Madrid, Madrid, 1966, pág. 108; ID., *Autor y cómplice en*

víctima al lugar de la detención, el sujeto (C) espera a los sujetos (A y B) y a la víctima en el lugar de la privación de la libertad, y el sujeto (D) redacta una carta que entrega a los familiares de la víctima exigiendo la condición de un precio o rescate para liberar a la víctima²⁵⁶⁰.

Ahora bien, dentro de la clasificación de la división de trabajo en la coautoría ya sea horizontal o vertical, cada uno de los intervinientes es competente para realizar un cometido determinado de la realización típico del injusto que se trate y esto incluye el injusto del secuestro, aunque en la división vertical el superior jerárquico ha de controlar, en tanto garante y titular de un deber institucional positivo, que sea una conducta socialmente adecuada la realización del trabajo del subordinado. En ambos casos de división de trabajo, es posible la comunidad normativa de la coautoría. Aunque materialmente cada uno sólo lleve a cabo una parte del delito, éste les pertenece, como obra colectiva, a todos por completo y a todos por igual²⁵⁶¹.

Sin embargo, la causalidad de interacción de varias personas, incluso con el conocimiento o la posibilidad de conocer la realización del tipo, que tradicionalmente la doctrina dominante denomina “acuerdo previo”²⁵⁶², no es suficiente para poder afirmar una intervención delictiva, sino que es necesaria la división vinculante del trabajo. Pero ¿cómo saber que existe una vinculación entre los coautores? En este supuesto, ante todo, se ha de contestar una pregunta: ¿cuál es la obra común que vincula a los intervinientes? y la respuesta es clara: la lesión a la norma ya sea en grado de tentativa o consumación de delito del secuestro²⁵⁶³, porque la lesión de la norma es la única obra relevante jurídico-

Derecho penal. Anexo concurso de leyes, error y participación en el delito, op. cit., pág. 89; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 208; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 233.

²⁵⁶⁰ Vid. BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión. Análisis de sus cinco especies delictuales*, op. cit., págs. 370-373.

²⁵⁶¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, op. cit., págs. 151 y 152; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, pág. 240; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 266.

²⁵⁶² Vid. en la jurisprudencia STS 8065/2011, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 28). Cfr. Para los siguientes autores es necesario el acuerdo previo JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 726 y 730; VAN WEEZEL, Alex, “Coautoría en delitos de organización”, op. cit., págs. 281 y 282; QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “El delito de secuestro. Tipo de injusto, dolo y autoría”, op. cit., págs. 766 y 773; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., págs. 172 nota al pie de página número 330; ID., “Las formas de intervención en el delito. Estado de la cuestión”, op. cit., págs. 167-169, 174 y 175. La siguientes jurisprudencia exigen el acuerdo previo como requisito de la coautoría STS 5614/2008, ponente: Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 11); STS 3939/2008, ponente: Diego Antonio RAMOS GANCEDO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 5); STS 7542/2010, ponente: Diego Antonio Ramos GANCEDO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 6).

²⁵⁶³ Cfr. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La participación en el hecho ya consumado por otro, en particular en el delito permanente”, op. cit., pág. 142.

penalmente, por ejemplo, cuando se trata de un autor único la lesión de la norma es relevante y no su preparación, y lo mismo sucede cuando estamos en un supuesto de actuación conjunta en el que igualmente sólo la lesión a la norma constituye el injusto penal, y todo lo demás puede que sea una preparación peligrosísima, próxima al injusto penal, pero no constituye por sí sólo el injusto penal. Esto es, han de excluirse de la obra común a las personas que han realizado un aporte antes de la lesión a la norma, incluso quizás de una forma y modo para ellos ya es irreversible²⁵⁶⁴.

La anterior exigencia se debe delimitar con base en la imputación objetiva²⁵⁶⁵, mediante los institutos del rol social (general/común o especial), el riesgo permitido²⁵⁶⁶ y la prohibición de regreso²⁵⁶⁷, pues la imputación objetiva es la sábana que delimitando el campo de interacción de cualquier tipo penal determina qué conductas son socialmente adecuadas o están dentro del umbral del riesgo permitido, por ser inocuas o cotidianas en las interacciones sociales, por ejemplo en los casos propuestos (lavandera, transportista/ taxista²⁵⁶⁸ y mediador) con relación al instituto de la prohibición de regreso²⁵⁶⁹.

El segundo requisito de la coautoría es una vinculación de organización con la intención de lesionar la vigencia de la norma y la expectativa social que tutela el tipo penal en cuestión, y en el caso en concreto del secuestro esa lesión a la norma es el artículo 164 del Código penal español, que establece el deber negativo de no privar de libertad a terceros. Dentro de la coautoría debe existir una vinculación entre los integrantes para lesionar la vigencia de la norma del secuestro, he aquí el segundo elemento de la coautoría, una vinculación para defraudar la expectativa normativa. Esto se puede explicar en que la coautoría es la vinculación normativa que, por aprovechamiento del sentido de un contexto delictivo, surge entre dos o más sujetos, como lo pone de manifiesto el hecho de

²⁵⁶⁴ JAKOBS, Günther, “La intervención delictiva”, op. cit., págs. 73 y 74; JAKOBS, Günther, “La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación”, op. cit., pág. 97. Cfr., en sentido crítico, BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria*, op. cit., págs. 45 y 46.

²⁵⁶⁵ Vid. JAKOBS, Günther, *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, CCA, Núm. 15, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 1996, págs. 9 y 10; JAKOBS, Günther, “La intervención delictiva”, op. cit., págs. 80 y 81.

²⁵⁶⁶ Vid. JAKOBS, Günther, “La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación”, op. cit., pág. 90.

²⁵⁶⁷ Cfr. KINDHÄUSER, Urs, “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, op. cit., págs. 63 y 64.

²⁵⁶⁸ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 727, 733 y 734; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La participación en el hecho ya consumado por otro, en particular en el delito permanente”, op. cit., pág. 141.

²⁵⁶⁹ Vid. *supra* capítulo IV, Imputación normativa en la tipicidad del secuestro, epígrafe III, Instituciones de la imputación objetiva, letra D), Principio de prohibición de regreso, número 2, Casos de prohibición de regreso, letras a) Caso de la lavandera que lava la ropa del secuestrador y secuestrado, b) Caso del transportista o taxista y c) Caso del mediador del secuestro.

que existe coautoría, sin acuerdo previo, por utilización o por manipulación de una esfera de organización ajena²⁵⁷⁰. En definitiva, el quid de la coautoría depende de lo objetivo-normativo, esto es, de la atribución de sentido delictivo a una conducta imputable a varios sujetos como obra colectiva o en conjunto²⁵⁷¹.

En resumen, son elementos o características de la coautoría: a) dos o más sujetos; b) una división de trabajo vinculante; c) vinculación dirigida a infringir la vigencia de la norma; d) una organización deficiente que sobrepase el costo de lo socialmente permitido, en pocas palabras, defraude la vigencia de la norma y el rol social de ciudadano en derecho como mínimo, demostrando una deslealtad normativa²⁵⁷²; d) un quid de sentido delictivo.

Un supuesto singular de coautoría es el del exceso del plan delictivo de los intervinientes: por ejemplo, y en nuestro caso de secuestro, una vez que se priva de la libertad a la víctima, uno de los coautores decide que es mejor matar a la víctima para que no sean reconocidos los coautores del secuestro. La doctrina dominante²⁵⁷³ ha estimado que la responsabilidad penal común de los coautores sólo llega hasta donde alcanza la resolución delictiva conjunta. Las acciones de cada coautor que vaya más allá de lo planeado, es decir, el exceso en la comisión criminal, sólo puede perjudicar como autor único a quien ejecuta la acción de matar a la víctima del secuestro, y no a los demás secuestradores, por lo que se sancionaría al sujeto que mata a la víctima como homicida y como secuestrador en concurso de delitos entre el homicidio y el secuestro, y a los demás coautores del secuestro sólo se les sanciona como secuestradores. Esto lleva a que tampoco se beneficie a ninguno de los intervinientes por las desviaciones esenciales que tienen lugar en el curso casual. Sin embargo, el exceso durante la ejecución del hecho puede ser acogido tácitamente por la resolución delictiva común²⁵⁷⁴.

²⁵⁷⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, op. cit., pág. 153; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, pág. 241; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 267. En el mismo contexto LESCH, Heiko H., “Intervención delictiva e imputación objetiva”, op. cit., págs. 960 y sigs; JAKOBS, Günther, “La intervención delictiva”, op. cit., pág. 75. Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., págs. 172 y 173; BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria*. op. cit., pág. 48.

²⁵⁷¹ *Ibidem*.

²⁵⁷² *Vid.* KINDHÄUSER, Urs, “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, op. cit., págs. 59, 61-63.

²⁵⁷³ *Vid.* MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, tomo 2, traducción del alemán y notas de Derecho español por Juan CORDOBA RODA, Editorial Ariel, Barcelona, 1962, págs. 346 y 347; WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte general*. op. cit., pág. 158; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 728 y 729. Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 748 y 749.

²⁵⁷⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 728 y 729; BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria*. op. cit., pág. 34 y 35; ROXIN, Claus, “Las formas de intervención en el delito. Estado de la cuestión”, op. cit., págs. 162 y 163.

Otra postura doctrinal sobre el exceso del hecho criminal en coautoría ha postulado extender el delito excedido a todos los coautores, de manera que, habiendo acordado todos los intervinientes un contexto de riesgo, todos han de ser responsables de todo lo que sucede en el seno del mismo, aunque posteriormente se limitaría esta apreciación estimándose que en los casos de exceso se rompería el acuerdo propio de la coautoría²⁵⁷⁵.

Ahora bien, desde el ámbito de la parte especial con relevancia en el injusto del secuestro, se actúa en coautoría en el supuesto en que dos o más intervinientes realizan el injusto del secuestro en una división de trabajo vinculante a la perpetración del secuestro, por ejemplo en el caso antes planteado: el sujeto (A) sustrae a la víctima de su auto, y otro sujeto (B) espera en el vehículo donde van a llevar a la víctima al lugar de la detención, el sujeto (C) espera a los sujetos (A y B) con la víctima en el lugar de la privación de la libertad, y el sujeto (D) redacta una carta que entrega a los familiares de la víctima con el precio o rescate para liberar a la víctima. La realización criminal del secuestro compete a 4 autores (A, B, C y D), que realizan la actividad en división de trabajo vinculante, por lo que se cumple el segundo requisito de la coautoría, consistente en que la conducta y la vinculación de los autores va dirigida a una lesión o infracción de la norma.

El tercer requisito de la coautoría es la infracción al rol social mínimo el rol social de ciudadano en derecho, cuya actividad de secuestrar lesiona el deber negativo de no privar de la libertad ambulatoria a terceros, demostrando una deslealtad normativa, una contradicción a la vigencia de la norma al no mantener la fidelidad normativa por los coautores²⁵⁷⁶. Este elemento lleva a que se tenga un déficit de organización, cumpliéndose el cuarto elemento de la coautoría. Y por último y en quinto lugar, el quid del sentido normativo es totalmente delictivo, pues los coautores privan de la libertad a la víctima defraudando la expectativa social de la libertad ambulatoria que es necesaria para las interacciones sociales.

El injusto del secuestro presenta una problemática para determinar la coautoría, o mejor dicho los niveles de intervención delictiva, en primer lugar, porque es un delito cualificado de detención ilegal, y en segundo lugar, porque es un delito permanente o un delito instantáneo de eventuales efectos permanentes²⁵⁷⁷.

²⁵⁷⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, op. cit., pág. 153; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, pág. 241; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 267.

²⁵⁷⁶ Vid. KINDHÄUSER, Urs, “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, op. cit., págs. 59, 61-63.

²⁵⁷⁷ Vid. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La participación en el hecho ya consumado por otro, en particular en el delito permanente”, op. cit., pág. 142

Respecto a la primera cuestión planteada, el injusto del secuestro, que es un delito cualificado²⁵⁷⁸ de detención ilegal, sólo afecta a aquellos intervinientes que por sí mismos que hayan obrado imprudentemente en relación con la consecuencia más grave²⁵⁷⁹. Esto permite explicar que en los delitos cualificados la coautoría es posible siempre que exista dolo²⁵⁸⁰ en todos los coautores al menos en el delito base de la privación de libertad ambulatoria a la víctima²⁵⁸¹.

Con respecto a la segunda cuestión, relativa a que el delito del secuestro es un delito instantáneo de posibles efectos permanentes, aquí se denota una problemática en cuestión a la intervención delictiva²⁵⁸² y sus formas de aparición, ya que el secuestro es un delito compuesto, mixto o alternativo, de más de un acto (detener, encerrar y condicionar), y el establecimiento del objetivo común correspondiente a la exigencia de una condición permite el adelantamiento de la barrera de punición. Sin embargo, tratándose de actos aislados que en su expresión de sentido relevante jurídico-penalmente ya están terminados, es decir, ya no son reversibles, es absolutamente imposible una posterior vinculación a un objetivo común que supere el correspondiente sentido de esos diversos actos. Sólo estos tipos de actos pueden ser cometidos mediante una comunidad normativa-organizada, con una realización objetiva relevante en el primer y en segundo acto que permite el adelantamiento de la barrera de punición como una consecuencia de la consumación del injusto del secuestro²⁵⁸³. Esto se puede explicar en que sólo existe coautoría en el secuestro hasta la consumación del secuestro y con posterioridad a la consumación sólo habrá otras formas de intervención delictiva, pero con la única salvedad que si existe una división vinculante de trabajo con el secuestro si existiera coautoría²⁵⁸⁴.

Puede pensarse que el segundo acto del secuestro, el elemento condicional, sea un acto de aprovechamiento de la situación creada mediante el primer acto detención y privación de la libertad, pero este segundo acto establece

²⁵⁷⁸ Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 233; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La participación en el hecho ya consumado por otro, en particular en el delito permanente”, op. cit., págs. 146 y 147.

²⁵⁷⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 729 y 730. Como también, WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 158.

²⁵⁸⁰ Vid. QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “El delito de secuestro. Tipo de injusto, dolo y autoría”, op. cit., págs. 766, 768, 770 y 773

²⁵⁸¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 749.

²⁵⁸² Vid. KINDHÄUSER, Urs, “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, op. cit., págs. 54 y 55. Cfr. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La participación en el hecho ya consumado por otro, en particular en el delito permanente”, op. cit., págs. 130 y sigs.

²⁵⁸³ LESCH, Heiko H., “Intervención delictiva e imputación objetiva”, op. cit., págs. 968 y 969.

²⁵⁸⁴ Vid. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La participación en el hecho ya consumado por otro, en particular en el delito permanente”, op. cit., págs. 130 y sigs. GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *El concepto de autor del delito*, op. cit., págs. 409-416.

la conexión²⁵⁸⁵ con el primer ámbito de organización contrario a derecho, el cual es gravado con el deber de la eliminación de la situación creada por el principal riesgo de la privación de la libertad, que es subsecuente con el segundo acto la condicional, por ejemplo, en el secuestro, un sujeto (A) detiene ilegalmente a otro (B), cuya detención es conocida por otro sujeto (C) que es amigo de (A), el tercero (C) quiere aprovecharse de tal situación para obtener un dinero, dicha causa no le interesa al sujeto (A), pero el sujeto (C) conoce la localización de la víctima (B) y el lugar de la privación de la libertad, por esta razón el sujeto (C) envía un comunicado pidiendo un rescate a los familiares de (B); en tal supuesto ya está constituido el injusto del secuestro, y bien podría decirse que el injusto del secuestro se ha realizado colectivamente entre (A y C). El artículo 164 del Código penal español no describe un delito de propia mano, de tal forma que el secuestro y la emisión del comunicado de exigencia de la condición no necesitan ser llevados a cabo por el actor principal que privó de la libertad ambulatoria a la víctima (B), sino que puede ser cometido por cualquiera²⁵⁸⁶, por ello, en una realización del tipo penal del secuestro es posible en división de trabajo. Sin embargo, la dirección del objetivo del secuestro (exigencia de condición) es superflua, puesto que el injusto del secuestro se compone de una detención ilegal (privación de la libertad) y la condición para liberar a la víctima, pero puede ser fundamentada esta actividad en el contexto social sin la relación objetiva del primer acto (detención/privación) sobre el segundo (exigencia de condición). Retomando el ejemplo, el sujeto (A) ha creado una situación de peligro latente para la víctima y le co-incumbe accesoriamente la práctica del comunicado de la exigencia de condición realizada por el sujeto (C); por el contrario, no tiene que responder el sujeto (C) del injusto colectivo del secuestro en calidad de coautor, porque allí interviene la prohibición de regreso, si bien es cierto que el sujeto (C) ajusta de forma meramente fáctica su acción en una situación cuya remoción, ahora como antes, incumbe al sujeto (A), porque el injusto del secuestro es un delito permanente, en tanto que la víctima privada de libertad permanece en el poder de disposición del sujeto (A), porque él controla la injerencia sobre la esfera de la víctima derivándose en una posición de garante que le incumbe al sujeto (A) de mantener con vida y en buen estado físico y mental a la víctima hasta la liberación o el cese total del riesgo creado²⁵⁸⁷, por lo que quien controla el hecho criminal total o global es el sujeto (A), y no el sujeto (C), pues no es menos cierto que no son asunto de (C) tanto el origen como el mantenimiento de

²⁵⁸⁵ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., pág. 108; ID., *Autor y cómplice en Derecho penal. Anexo concurso de leyes, error y participación en el delito*, op. cit., pág. 89; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 208.

²⁵⁸⁶ Vid. KINDHÄUSER, Urs, “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, op. cit., pág. 68.

²⁵⁸⁷ Desde la perspectiva de la injerencia, JAKOBS, Günther, “La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación”, op. cit., págs. 96, 104 y 105. En postura equivalente pero desde la perspectiva de la teoría del incremento del riesgo, véase SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La participación en el hecho ya consumado por otro, en particular en el delito permanente”, op. cit., págs. 143, 145, 146 y 147.

esa situación²⁵⁸⁸ de privación de libertad, aunque podrá responder por otro título (extorsión, amenaza, encubrimiento), por tener un deber de solidaridad mínima con los demás co-ciudadanos. Para concluir este ejemplo, no hay una división vinculante de trabajo que unifique las acciones de los sujetos (A y C), por lo que el sujeto (A) responde por la detención ilegal del artículo 163 del Código penal español, y el sujeto (C) responderá en calidad de encubridor, extorsionador, etcétera²⁵⁸⁹.

Distinto sería en que el coautor interviene después de la consumación del delito con las funciones de vigilancia o custodia del detenido, pues en este caso particular sí existe una división de trabajo vinculada con el hecho punible del artículo 164 del Código penal español²⁵⁹⁰ y a la relevancia propia de un delito permanente²⁵⁹¹, pues la referida colaboración eficaz en la vigilancia y en el encierro de la víctima por cualquiera de los intervinientes, impidiendo en todo momento la liberación de la víctima en tanto dure la privación de libertad, implica una actividad de coautoría²⁵⁹² de un delito permanente, puesto que la persona que después del acto de detención o encierro colabora conscientemente y voluntariamente en la permanencia de tal situación con la vigilancia del encierro con actos indispensables para ello debe ser conceptualizado como coautor²⁵⁹³.

IV. Autoría mediata

La autoría mediata es la tercera modalidad que regula el Código penal español en su artículo 28, párrafo primero, inciso tercero, que a la letra establece lo siguiente: “Son autores quienes realizan el hecho (...) por medio de otro del que se sirven como instrumento (...)”.

La interacción de la autoría mediata es una estructura compleja, en que materialmente la interacción defectuosa es realizada por tres sujetos. El primer sujeto, el autor mediato, es quien comete el delito utilizando a otro sujeto para ello, denominado hombre de detrás, que es el sujeto que maneja los hilos dentro de la interacción delictiva. El segundo sujeto es el ejecutor material, también denominado hombre de adelante, que interviene como instrumento ejecutivo de

²⁵⁸⁸ LESCH, Heiko H., “Intervención delictiva e imputación objetiva”, op. cit., págs. 969 y 970.

²⁵⁸⁹ Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 233. Este autor establece que se trata de una coautoría sucesiva.

²⁵⁹⁰ Cfr. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La participación en el hecho ya consumado por otro, en particular en el delito permanente”, op. cit., págs. 139, 145 y 146.

²⁵⁹¹ BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión. Análisis de sus cinco especies delictuales*, op. cit., págs. 369, misma página nota al pie número 92. 370, 372 y 383.

²⁵⁹² En la jurisprudencia STS 3939/2008, ponente: Diego Antonio RAMOS GANCEDO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 5); STS 3030/2012, ponente: Juan Ramón SORIANO SORIANO, (Fundamentos de Derecho II, pág. 20); STS 4719/2014, ponente Carlos GRANADOS PÉREZ, (Fundamentos de Derecho II, págs. 14 y 21).

²⁵⁹³ MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., págs. 232 y 233. Cfr. VAN WEEZEL, Alex, “Coautoría en delitos de organización”, op. cit., págs. 286, 288 y 289.

la perturbación social, siendo característica del instrumento²⁵⁹⁴ que debe carecer de responsabilidad jurídico-penal, porque en otro caso no nos encontramos ante un supuesto de autoría mediata, sino ante otro instituto de intervención delictiva, como el de coautoría²⁵⁹⁵, inducción o autoría directa, etcétera. La ausencia de responsabilidad del instrumento²⁵⁹⁶ debe derivarse de alguna causa de atipicidad, ya sea por ausencia de dolo o falta de acción o, en su caso, de justificación²⁵⁹⁷ o de inculpabilidad o inimputabilidad del instrumento²⁵⁹⁸. Y por último, el tercer sujeto es el sujeto pasivo del hecho delictivo, titular del bien jurídico protegido que resulta agredido en su esfera de interacción social²⁵⁹⁹.

²⁵⁹⁴ Para Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES “El Código penal habla de «servirse de otro como instrumento», demuestra con ello, en efecto, que no estamos realmente ante una persona, sino ante un mero objeto; si no: ¿se atrevería el Código penal a llamar a una persona «instrumento»? Y es que, si el hombre de delante no tuviese la cualidad de instrumento de la misma manera que la tiene un objeto, lo único consecuente sería afirmar la «autoría mediata» como una forma de participación accesoría. El hombre como instrumento no es más que un *factum* sin cualidad jurídica alguna, que es utilizado por el hombre de atrás sin que esto tenga consecuencia especial en relación a otros casos de autoría” SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológico «trascendencia»”, *ADPCP*, tomo 51, Fascículo 1, Madrid, 1998, págs. 345 y 346.

²⁵⁹⁵ Cfr. ROXIN, Claus, “Las formas de intervención en el delito. Estado de la cuestión”, op. cit., pág. 171.

²⁵⁹⁶ Vid. AMELUNG, Knut, “Sobre el baremo de la responsabilidad de los supuestos de autoría mediata por dominio sobre un sujeto no responsable que se autolesiona”, traducción del alemán por David Felipe I SAVORIT, en J.M^a. SILVA SÁNCHEZ / B. SHÜNEMANN / J. DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.), *Fundamentos de un sistema Europeo del Derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin con ocasión de su doctorado honoris causa por la Universidad de Coimbra*, Editorial José María Bosch, Barcelona, 1995, págs. 325, 326, 332, 333, 334 y 335; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 715; JAKOBS, Günther, “La intervención delictiva”, op. cit., pág. 79.

²⁵⁹⁷ Vid. SANZ MORÁN, Ángel José, “Teoría general de la justificación”, op. cit., pág. 87.

²⁵⁹⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 85, 86 y 95; ID., *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, op. cit., pág. 25 y 26; ID., “La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte”, op. cit., pág. 404; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 716 y sigs. Ya que estos autores establecen que el instrumento debe estar en una situación de inferioridad ya sea por violencia, el error, la incapacidad de culpabilidad. Como también, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, op. cit., págs. 57 y 70, para quien la autoría mediata se castiga por la utilización para cometer el delito a un inimputable, o a una persona que actúa coaccionada o que está sujeta a error, ya que, como aquél, en principio, no realiza actos ejecución y, en principio también, su conducta no es subsumible directamente en el tipo penal correspondiente.

²⁵⁹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, op. cit., pág. 156; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, pág. 243; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 269.

De la anterior clasificación de los sujetos interactuantes en la autoría mediata, la doctrina dominante²⁶⁰⁰ ha clasificado o realizado una distinción por la interacción de los sujetos en dos tipos. La primera categoría de ellas es la de la autoría mediata propiamente antes dicha, en que interactúan tres sujetos en la perturbación social (hombre de atrás, instrumento / hombre de adelante y sujeto pasivo)²⁶⁰¹; Y la segunda es la autoría inmediata, y en este tipo de autoría sólo interactúan dos sujetos, pues existe una coincidencia entre el instrumento / hombre de adelante y el sujeto pasivo, al ser la misma persona²⁶⁰². Sin embargo, un sector doctrinal ha rebatido tal clasificación de autoría mediata e inmediata, desde una postura normativa de la intervención delictiva, y dicho sector menciona con acierto que no procede esta distinción como tal, pues las dos figuras en cuestión son equiparables en el plano normativo, y esta perspectiva es lo único que importa al Derecho penal, porque al momento de establecer la sanción penal mediante la pena, el Código penal español no menciona una pena distinta para cada figura de la intervención de la autoría mediante²⁶⁰³, ya que, es la misma pena para ambas formas por ello es irrelevante dicha clasificación²⁶⁰⁴.

De acuerdo con lo indicado, la autoría mediata es la realización de un acto en el que autor que se denomina como “hombre de detrás”, pero este hombre no comete el delito de propia mano, sino mediante mano ajena, mediante un instrumento, es decir, por una tercera. Pero esa circunstancia es meramente naturalista, por lo que da igual que si el hombre de detrás realiza o no de propia mano el hecho típico, lo jurídicamente relevante es que infringe la norma, mediante una organización defectuosa que materialmente es el hecho típico. Desde este punto de vista, la autoría mediata no es más que una autoría directa disfrazada. El punto medular de la autoría mediata consiste en el instrumentalizar o cosificar al ejecutor, que no actúa como sujeto responsable sino como cosa, como un transmisor de un sentido delictivo que, a él, no le incumbe ni le afecta, pero si en un caso dado le afectará, porque interiorizara el sentido delictivo, incluso lo aceptara, en este caso en particular no estaremos ante un caso de autoría mediata, sino más bien ante un supuesto de coautoría²⁶⁰⁵.

²⁶⁰⁰ Vid. ROXIN, Claus, “Las formas de intervención en el delito. Estado de la cuestión”, op. cit., págs. 158-162, 171 y 172.

²⁶⁰¹ Miguel POLAINO-ORTS, ha denominado esta clasificación en una estructura trilateral de autoría mediata, en cambio, a la otra clasificación la ha llamado autoría mediata dual porque sólo interactúan dos sujetos. POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., págs. 52 y 53; ID., *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*, op. cit., págs. 141 y 142.

²⁶⁰² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológico «trascendencia»”, op. cit., pág. 330. Ampliamente CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. op. cit., págs. 351 y sigs.

²⁶⁰³ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológico «trascendencia»”, op. cit., pág. 336.

²⁶⁰⁴ Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológico «trascendencia»”, op. cit., págs. 319 y sigs.

²⁶⁰⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, op. cit., pág. 157; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 209; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte*

Ahora bien, dentro de los baremos de imputación objetiva, la autoría mediata se encuentra, al igual que toda la intervención delictiva, delimitada por los institutos de la imputación objetiva²⁶⁰⁶, entre ellos, el rol social, riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso²⁶⁰⁷, y el principio de autorresponsabilidad, pues como hemos indicado la imputación objetiva es como una sábana que va delimitando el campo de acción de las interacciones sociales defectuosas limpiando lo ontológico y determinando el contorno de la causalidad que es jurídicamente relevante.

Otra limitación que tiene el autor mediato es que no responderá por acciones punibles en que el instrumento cometa acciones que van más allá de lo planificado por el plan delictivo del autor mediato, ya sea por propia iniciativa o bien por una comprensión equivocada de lo que se proponía el hombre de detrás, por un exceso del instrumento, y la razón reside que el autor mediato no debe responder por el exceso del instrumento porque él no controla el riesgo percutor de la acción defectuosa²⁶⁰⁸.

Ahora bien, con referencia a la autoría mediata en el injusto del secuestro la doctrina penal no es unánime en admitir este instituto de la intervención delictiva en el injusto del secuestro, porque hay un sector que acepta tal forma de intervención delictiva en delito del secuestro y otro sector doctrinal que la niega. El sector doctrinal que la admite es dominante²⁶⁰⁹, y se asienta en el tipo básico

general, op. cit., 2013, pág. 244; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 270. En el mismo sentido, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológico «trascendencia»”, op. cit., págs. 348 y 349.

²⁶⁰⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológico «trascendencia»”, op. cit., págs. 326, 327, 333, 334, 335 nota al pie de página número 39, 339 y 340. Cfr. ROXIN, Claus, “Las formas de intervención en el delito. Estado de la cuestión”, op. cit., pág. 171.

²⁶⁰⁷ Cfr. Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “En los límites de la inducción”, op. cit., pág. 7, para quien la prohibición de regreso no existe, “y por ello es lógico que en ella el autor mediato del delito responda como lo que es, autor de su propia obra delictiva; ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se ha concretado en el resultado, utilizado como instrumento a una persona, la cual, en su cualidad de instrumento, no es distinta que cualquier otro instrumento inanimado (una pistola) o animado (un animal), instrumentos todos”.

²⁶⁰⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 723.

²⁶⁰⁹ Vid. CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., págs. 26 y 27; MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, op. cit., págs. 66 y 67; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 209; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., págs. 234-238; DíEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, op. cit., pág. 345; CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales policiales*, op. cit., págs. 464 y 465; LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, op. cit., págs. 51-53; ID., “*Detenciones ilegales*”, op. cit., págs. 6 y 7; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 718 y 719; MARTIÑÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, op. cit., págs. 189 y 190; QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español*, op. cit., pág. 208; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, op. cit., pág. 140; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, op. cit., pág. 140; MIR

de las detenciones ilegales (art. 163), y al estimar que el secuestro es un tipo cualificado de detención ilegal le será también aplicable la autoría mediata, ya que no hay impedimento alguno en el artículo 164 que obligue a que la acción típica (detener, encerrar, privar, condición) haya de ser realizada directamente por su autor material, sino que éste puede servirse de otra persona como instrumento. Este sector doctrinal cita como casos de autoría mediata aquellos en que el autor, con dolo de detención ilegal, causa una privación de libertad ambulatoria mediante engaño a una autoridad que realiza legalmente la detención, o la falsificación de un documento para que el director de un centro psiquiátrico decreta el internamiento de un enfermo mental²⁶¹⁰, o el falso testimonio o falsa peritación que da lugar a que un sujeto sea condenado a una pena privativa de libertad, o la acusación o denuncia falsa para conseguir que una persona sea detenida²⁶¹¹, y posteriormente se pida un rescate o condición, porque si no estaríamos en un supuesto de detención ilegal.

Al contrario, el sector doctrinal que niega²⁶¹² la aplicabilidad del secuestro o de la detención ilegal en el supuesto de autoría mediata se basa en que la exclusión de la expresión de las acciones típicas de detener o encerrar hacen inadecuada la ejecución de la acción de forma indirecta, mediante la autoría mediata. Por ello, es parte de la teoría que afirma que en los tipos que especifican la actividad que ha de causar la lesión del bien jurídico no es posible subsumir la conducta del autor mediato²⁶¹³.

Sin embargo, el injusto del secuestro, en lo conducente a la forma alternativa y mixta de realización del detener o encerrar, no se refiere a modalidades de acción sino a formas de privación de la libertad de movimiento que impiden la libertad de translación en el mundo social, pues se priva a alguien de la libertad ambulatoria, con independencia del medio utilizado por estas formas alternativas de la acción típica. En el artículo 164 del Código Penal español lo esencial es el resultado de la privación de la libertad ambulatoria de quien es sometido a condición para la puesta en libertad del secuestro, de ahí el hecho de tener un contacto personalísimo que le confiere especial gravedad al hecho. Ello implica que el detener o encerrar pueda ser realizado directa (autor material) o mediata (autoría mediata)²⁶¹⁴.

PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, actualizado y revisado, con la colaboración de Víctor GÓMEZ MARTÍN / Vicente VALIENTE IVÁÑEZ, 10ª. edic., 2ª reimpr, Editorial Reppertor, Barcelona, 2016, pág. 395.

²⁶¹⁰ Cfr. Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 775 nota al pie de página número 152.

²⁶¹¹ MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 234.

²⁶¹² Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, tomo I, vol. II, op. cit., págs. 906 y 907; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., págs. 223-228; ID., *Autor y cómplice en Derecho penal. Anexo concurso de leyes, error y participación en el delito*, op. cit., págs. 193-199.

²⁶¹³ MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 234.

²⁶¹⁴ CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, op. cit., pág. 26; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 235.

Se ha entendido que los casos de autoría mediata por excelencia en la parte especial comprenden tres casos: a) la utilización de un documento falso para que el director de un centro psiquiátrico ordene el internamiento de un supuesto enfermo mental; b) la acusación o denuncia falsa, de forma que presente una apariencia de veracidad que obligue a la policía a detener en el cumplimiento de su cargo; c) el falso testimonio o la peritación falsa que dá lugar a que el tribunal dicte una sentencia injusta que condena al sujeto a la privación de libertad²⁶¹⁵.

Los anteriores supuestos pueden ser constituidos por autoría mediata, ya que se utiliza a un instrumento (director del psiquiátrico, policía y juez) que actúa conforme a derecho en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un oficio, cargo, o profesión, por lo se cumple el requisito de la autoría mediata en que el instrumento ha de estar amparado por una causa de justificación y actuar conforme a derecho desde un punto de vista objetivo de la realización de su actividad profesional, siendo el hombre de atrás (autor mediato) quien realmente domina la realización del delito. Sin embargo, tales supuestos son rebatibles por no haber una unanimidad doctrinal de aplicabilidad de la autoría mediata en el injusto del secuestro²⁶¹⁶.

Con referencia al primer caso planteado en que se utiliza un documento falso²⁶¹⁷ para encerrar a una persona en un centro psiquiátrico, en la actualidad ya no es competencia del director del centro psiquiátrico la decisión de encerrar y mantener al paciente en dicho lugar, pues a partir de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se reformó el Código civil español en materia de tutela, contemplando que el dictamen médico²⁶¹⁸ no se dirige al Director del centro psiquiátrico, sino al Juez que debe autorizar el internamiento. En este caso, y por el cambio de la ley, lo que se discute es sí el Juez puede ser instrumento de un delito que por su propia cuenta emite un dictamen favorable al internamiento a sabiendas de su falsedad²⁶¹⁹.

En cuanto al segundo ejemplo, en que se usa como instrumento a un policía para detener a un sujeto²⁶²⁰, la doctrina tradicional²⁶²¹ menciona que este

²⁶¹⁵ MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 236.

²⁶¹⁶ MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 236.

²⁶¹⁷ *Vid.* Sobre la utilización de documentos falsos en autoría mediata, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica «trascendencia»”, op. cit., págs. 330 y 331. En la jurisprudencia se admite la autoría mediata y la coautoría: STS 6940/2008, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 19); STS 8065/2011, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, pág. 30).

²⁶¹⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 775 nota al pie de página número 152.

²⁶¹⁹ MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 237.

²⁶²⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 718 y 719.

²⁶²¹ MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 237.

supuesto es un genuino caso de autoría mediata, ya que el policía actúa en el ejercicio de su cargo y, por tanto, realiza una conducta típica y no antijurídica. Cabría también entender este supuesto como un caso de error sobre un presupuesto que sirve de base para la detención, lo que conduciría a afirmar que estamos ante una conducta típica y antijurídica pero no culpable y, por tanto, a negar la autoría mediata, porque el artículo 492.4²⁶²² de la Ley de enjuiciamiento criminal obliga al funcionario de policía a detener cuando existen motivos racionales y suficientes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. De esta manera, si el engaño es de tal entidad que revista la denuncia o acusación como veraz, el policía está obligado a detener y actúa conforme a derecho. El hombre de detrás (autor mediato) sí tiene el dominio del hecho.

Con relación al supuesto tercero, la doctrina tradicional establece que también la utilización de un juez como instrumento es viable²⁶²³ y por ello se configura la autoría mediata. Dicho sector doctrinal argumenta que la detención ilegal puede ser cometida en autoría mediata mediante un engaño a un tribunal o juez, como instrumento idóneo para realización de la detención, utilizado por el hombre de atrás (autoría mediata). Dicha opinión doctrinal parte de que en un proceso penal puede hacerse un uso abusivo del juez como mero instrumento en la autoría mediata. Así, la falta de declaración o la peritación falsa²⁶²⁴ ante un tribunal o la destrucción de los medios de prueba que determinan que un juez dicte una sentencia que impone una pena privativa de libertad daría lugar a una responsabilidad por autoría mediata de detención ilegal para el hombre de atrás (autor mediato). Por ello, si el Juzgador es víctima de un error, actúa dentro de su arbitrio judicial en el cumplimiento de un deber y en el ejercicio legítimo de su cargo, profesión que aquí se deduce que cumple con los elementos de la autoría mediata y por eso el hombre de atrás sea autor mediato de la detención ilegal²⁶²⁵.

²⁶²² El artículo 492. La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener ... 3.º Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente. 4.º Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurren las dos circunstancias siguientes: 1.ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2.ª Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.

²⁶²³ Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 718 y 719.

²⁶²⁴ MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., pág. 238, quien “acepta que el testigo o perito falso puede ser autor mediato del delito de detención ilegal, y hay que señalar que para poder ser castigado como autor se exige un conocimiento del hecho por parte del hombre de atrás, el cual sólo se da si el mismo es consciente de la falsedad de su declaración, denuncia o dictamen; de aquí que neguemos la realización del delito de detención ilegal por autoría mediata en la declaración falsa por imprudencia”.

²⁶²⁵ MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., págs. 237 y 238.

Sin embargo, habiendo experimentado la doctrina jurídico-penal un cambio de paradigma, debemos analizar las nuevas posturas dogmáticas en específica relación a la autoría mediata en los delitos contra la libertad.

Para SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES²⁶²⁶, la utilización de un juez como instrumento por el hombre de atrás (autor mediato) es un caso anómalo, porque para él el instrumento debe ser no persona en derecho, si bien advierte que contra ello es posible alegar que existen casos en los que no podría considerarse que el hombre de delante actúa como una simple cosa o instrumento material. Ejemplo: para conseguir librarse de un vecino molesto, alguien consigue mediante la presentación de denuncia y pruebas falsas que un juez dicte la prisión provisional de aquél, realizándose una detención ilegal (art. 163 CP) en autoría mediata por quien formuló la denuncia. Sostener aquí que el instrumento, el juez que dicta la resolución equivocada²⁶²⁷, es una mera cosa, parece ir demasiado lejos. Pero lo cierto es que en referencia al delito de privación de libertad en el que es instrumentalizado, el juez sí ha de ser considerado como un mero factor causal al modo de un simple elemento natural. Si no fuese así, no podríamos afirmar tampoco la autoría mediata. Evidentemente, en casos límites, se puede discutir y dudar si el hombre de delante es realmente un instrumento, si es naturaleza, etc., o no, pero ello no influye en el criterio descrito en el texto: el hombre de delante ha de ser mera naturaleza -no persona- para que haya autoría mediata²⁶²⁸. Concluye el citado autor que por lo demás para estos casos de hipotéticos resultados lesivos por medio de una instrumentalización judicial, el Código Penal deja suficientes puertas abiertas: la víctima del error del juez se puede querellar contra quien provocase dicho error por un delito de estafa procesal del art. 250.2º del CP, incluso por un delito de detención ilegal del art. 163.1 o en su caso art. 163.3 del CP, en autoría mediata (mediante el uso del juez

²⁶²⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológico «trascendencia»”, op. cit., págs. 346 nota al pie de página número 69 y 354 nota al pie de página número 89.

²⁶²⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, op. cit., pág. 227. Este autor menciona que en estos casos en particular y aquellos que son similares como dictamen médico, del policía, y especialmente del juez, que son instrumentalizados para derivación de un injusto ya sea contra la libertad, etc., puede existir en “...delito de prevaricación pero lo delimita, estableciendo que el delito de prevaricación dolosa exige que el juez ha de haber dictado la resolución a sabiendas de su injusticia, pero no que él, mediante error o engaño, llegue a una decisión incorrecta. Si se olvida esto, todo “truco” de un abogado que pueda conducir a una sentencia material o procesalmente incorrecta habría de ser calificado como un delito de prevaricación en autoría mediata. Muchos de los procedimientos civiles acabarían en la vía penal, lo cual, quizá en el caso concreto y de forma puntual, podría calmar ciertos deseos de justicia, pero, en general, iría sin duda demasiados lejos”.

²⁶²⁸ JAKOBS, Günther, “La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación”, op. cit., págs. 103 y 104.

como instrumento, pues aquí no se trataría de un delito de infracción de deber, sino de uno de organización)²⁶²⁹.

Estos casos tienen en común el fundamento de la instrumentalización por parte del autor mediato (hombre de atrás) de terceros: médico, policía, juez, que son utilizados por aquél como instrumentos para la privación de libertad actuando al amparo de una causa de justificación como el ejercicio de un derecho, cargo, oficio o profesión. Ahora bien, y dentro del marco de la nueva doctrina jurídico-penal, la autoría mediata es un problema de imputación objetiva²⁶³⁰, así como toda intervención delictiva y aun la teoría del delito. Dentro del marco de la teoría de la imputación objetiva²⁶³¹ y sus institutos normativos, las conductas del médico, del policía y del juez penal cumplen el rol social especial de cada uno. El policía al detener al supuesto delincuente ejercita su actividad profesional conforme a derecho y al riesgo permitido, pues la Ley de enjuiciamiento criminal faculta a las fuerzas de seguridad a realizar detenciones en casos de manifiestos de indicios de delitos, o por denuncia de un tercero, habiendo de poner a disposición de la autoridad judicial y dentro del término constitucional de 72 horas de la privación de libertad. Al actuar así, el policía obra conforme a su rol social y no cruza el umbral del riesgo permitido. Además otros institutos de imputación normativa blindan la actuación del policía, como el principio de confianza y el principio de prohibición de regreso que delimita el campo de atracción de las conductas defectuosas de otros²⁶³². En conclusión, existe autoría mediata cuando el falso denunciante utiliza como instrumentos al policía o juez, quienes en su actuar están amparados por el desempeño de sus roles sociales especiales de conformidad con el riesgo permitido, el principio de confianza y el principio de prohibición de regreso.

Pero en el caso en particular del secuestro, el autor material ha de exigir una condición, al ser un tipo cualificado de detención ilegal. Sin embargo, los casos anteriormente plantados son supuestos de autoría mediata en el delito de detención ilegal, por lo que se ha de contemplar el supuesto de autoría mediata en el secuestro. En este contexto típico se ha planteado por JAKOBS²⁶³³ el siguiente caso: unos terroristas secuestran a los hijos de una familia con la amenaza de matarlos si el padre no se suicida, son autores mediatos del suicidio casi-

²⁶²⁹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, op. cit., págs. 228. Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 771, 772, 774 y 775.

²⁶³⁰ Vid. JAKOBS, Günther, *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, op. cit., págs. 7 y sigs.

²⁶³¹ Vid. JAKOBS, Günther, *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, op. cit., págs. 9, 10, 13, 14, 17, 18, 33 y 34.

²⁶³² Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “En los límites de la inducción”, op. cit., pág. 7.

²⁶³³ JAKOBS, Günther, “La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte”, op. cit., pág. 408.

justificado²⁶³⁴ del padre que se produce a continuación. En este caso particular se cumplen todos los elementos objetivos del secuestro, la privación de libertad de los hijos y la imposición de condición de los terroristas de que el padre de los secuestrados se suicide, y este tipo de condición es viable en el secuestro, pues es típicamente relevante en el secuestro la condición de un dar, hacer, o no hacer, y en este caso el hacer consisye en el suicidio del padre. Sin embargo, como manifiesta JAKOBS, el hecho de que no pueda compensarse recíprocamente el valor de varias vidas no significa que toda decisión propia de sacrificar la vida sea irracional. Para determinar el límite de lo racional y de lo irracional en este ámbito -de manera totalmente análoga al límite entre conocimiento y desconocimiento del instrumento que yerra acerca de la lesión- deben ponderarse exclusivamente intereses terrenales. Un hecho que de acuerdo con las categorías terrenales es irracional sería sacrificar la vida por la salvación de las almas, pero en este caso particular hay autoría mediata de los secuestradores porque limitan la autorresponsabilidad y decisión de la voluntad del padre por la coacción de matar a sus hijos, pues la voluntad del padre ha sido plenamente anulada por la voluntad superior de los terroristas, por lo que los terroristas son autores mediatos del suicidio del padre de los niños y autores directos del secuestro de los hijos²⁶³⁵.

V. Inducción

Desde una postura tradicional la dogmática jurídico-penal ha definido la inducción como la determinación dolosa de otro a la comisión de un hecho doloso antijurídico²⁶³⁶. Pero el inductor se limita a provocar en el autor la resolución delictiva, es decir, nada más y nada menos que hacer surgir en alguien la resolución de cometer un delito que de otro modo no habría perpetrado²⁶³⁷,

²⁶³⁴ Para Günther JAKOBS, el término “causi-justificable significa lo siguiente: el sujeto que se autolesiona tiene una buena razón para hacerlo; al menos, la perturbación social deviene soportable gracias a esa razón. Si eso es así, es imposible fundamentar que la víctima deba ejecutar el hecho de propia mano”. JAKOBS, Günther, “La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte”, op. cit., pág. 408.

²⁶³⁵ Vid. AMELUNG, Knut, “Sobre el baremo de la responsabilidad de los supuestos de autoría mediata por dominio sobre un sujeto no responsable que se autolesiona”, op. cit., págs. 325, 326, 332, 333, 334 y 335; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 526, 527 776, 777, 780; ID., “La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte”, op. cit., págs. 404-412; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 720 y 721; ZACZYK, Rainer, “Injusto jurídico-penal o autolesión autorresponsable”, op. cit., págs. 293, 294, 296 nota al pie de página número 170 y 313; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., págs. 174, 175, 209-212; POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*, op. cit., págs. 141 y 142.

²⁶³⁶ En una postura equivalente, POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 209; JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 804; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “En los límites de la inducción”, op. cit., pág. 4; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 417.

²⁶³⁷ Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., pág. 53; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, op.

pero no toma parte en el hecho criminal. Por ello, la inducción es siempre el desarrollo de una influencia psíquica sobre el autor, aunque se pudiera entender que la creación de una oportunidad favorable que haga caer al autor en la tentación de la realización del delito no es suficiente para la admisión de una inducción punible²⁶³⁸.

El artículo 28, letra a), del Código penal español describe la inducción como una forma equiparable a la autoría: “También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo”.

La doctrina dominante se muestra crítica al respecto²⁶³⁹, al considerar que la inducción no es propiamente una forma de autoría sino de participación, aunque por cuestiones político-criminales el legislador haya decidido equiparar, mediante la cláusula legal de extensión “también serán considerados autores”, por lo menos a efecto de pena, al inductor y al autor. Aunque ambas formas de autoría e inducción son institutos o títulos de intervención delictiva, el hecho de que su punición sea idéntica puede ser cuestionable, si bien ello se puede explicar por el hecho de que es el inductor el que hace nacer *ex novo* la resolución criminal en el inducido: sin la inducción, el sujeto no hubiera resuelto cometer el delito. Inducir significa, pues, impulsar determinativamente a alguien a ejecutar un delito, creando en él la resolución *ex novo* de llevar a cabo tal acto, que de otro modo no hubiera resuelto ejecutar²⁶⁴⁰.

Para que la inducción sea punible es necesario que cumpla una serie de requisitos esenciales, entre ellos, que sea eficaz y que sea directa²⁶⁴¹. El primer requisito significa que ha de producir el efecto pretendida, no sólo el efecto de “prender la mecha delictiva”, sino que el inducido efectivamente ejecute el delito inducido o, al menos, comience su ejecución en grado de tentativa²⁶⁴². Este

cit., pág. 70. En la jurisprudencia STS 2087/2009, ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER, (Fundamentos de Derecho II, págs. 4 y 5).

²⁶³⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 739, 740 y 741. Como también CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Parte general*, tomo II, vol. 2, teoría del delito, Editorial Dykinson, Madrid, 2009, pág. 290. Cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 805 y 806.

²⁶³⁹ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., pág. 66; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, vol. 2, op. cit., pág. 291.

²⁶⁴⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, op. cit., págs. 160 y 161. Como también POLAINO-ORTS, Miguel, “La normativización de la acción y de la imputación en el ejemplo de los delitos de habla”, op. cit., 2009, págs. 16, 31 y 32; ID., “El sentido de las palabras en Derecho penal. Sobre la normativización de la acción”, op. cit., págs. 66 y 53; ID., *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*, op. cit., pág. 138; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, pág. 246; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 272.

²⁶⁴¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 209.

²⁶⁴² JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 78, 79 y 80; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs.

requisito conlleva que si el inducido consuma el hecho criminal del delito el inductor será sancionado con la misma pena que el autor directo (autor material), y en cambio, si el inducido ejecuta el delito inducido en grado de tentativa, la pena de ésta corresponderá al inductor²⁶⁴³. En contraposición, es impune la inducción ineficaz, en la que el sujeto (supuesto autor material) no ejecuta ni comienza la ejecución del delito inducido, como tampoco cabe inducción en actos preparatorios. El hombre de atrás (inductor) debe ser calificado como una especie de coautor, según la dogmática más moderna²⁶⁴⁴. El segundo requisito es doctrinalmente muy discutido, pues exige que la inducción sea directa, lo que la doctrina mayoritaria interpreta en el sentido de tracto sucesivo, de forma que la inducción sea ejercida personalmente, en otras palabras, que el inductor ha de comunicar, sin intermediarios, el mensaje inductivo al sujeto inducido. Por ello, un sector de la doctrina excluye la inducción en cadena²⁶⁴⁵, por ejemplo, el sujeto A induce al sujeto B, y a su vez B induce a C para secuestrar a D. Sin embargo, otro sector de la doctrina no excluye tal posibilidad de la inducción en cadena²⁶⁴⁶ entre ellos, POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS²⁶⁴⁷, manifestando que es aplicable la inducción en cadena para cualquier hecho delictivo, pues el adverbio

740 y 742; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “En los límites de la inducción”, op. cit., pág. 6.

²⁶⁴³ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 743 y 744; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, vol. 2, op. cit., pág. 302; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “En los límites de la inducción”, op. cit., págs. 5, 8, 14, 15, 34 y 35, según el cual “para efectos de punibilidad, no parece ser tenida en cuenta realmente que estamos ante algo que precisamente no deja de ser sino una participación en un hecho de otro, y que, por ende, puede que merezca una sanción inferior, siquiera sea mínima o simbólica, en todo caso atenuada respecto del hecho principal. El reflejo de una menor culpabilidad no parece haber sido tenida en cuenta por el legislador.”

²⁶⁴⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “En los límites de la inducción”, op. cit., pág. 13. Cfr. OLMEDO CARDENETE, Miguel, *La inducción como forma de participación accesoria*, Editorial Edersa, Madrid, 1999, págs. 173-195, 634 y sigs.

²⁶⁴⁵ *Vid.*, entre los autores que excluyen la inducción en cadena, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., págs. 323-332; ID., *Autor y cómplice en Derecho penal. Anexo concurso de leyes, error y participación en el delito*, op. cit., págs. 287-285; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 419; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español*, vol. 2, op. cit., pág. 295; GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen, *La inducción a cometer el delito*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1995, págs. 118-129; OLMEDO CARDENETE, Miguel, *La inducción como forma de participación accesoria*, op. cit., págs. 433-460; BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria*, op. cit., pág. 30.

²⁶⁴⁶ *Vid.* JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 739; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., págs. 272 y 273; JAKOBS, Günther, “La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación”, op. cit., pág. 97. En una postura equivalente, sobre un criterio de prohibición de regreso que haría imposible la inducción en cadena, pero concluyendo que existe, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “En los límites de la inducción”, op. cit., págs. 7 y 8.

²⁶⁴⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, op. cit., págs. 161 y 162; POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., págs. 53 y 54; ID., *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*, op. cit., págs. 140 y 142; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, pág. 247; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 273.

“directamente”²⁶⁴⁸ significa, según Diccionario de la Real Academia Española, “de un modo directo”, y precisamente “directo”²⁶⁴⁹ es aquello que se hace “derecho o en línea recta” y “que se encamina derechamente a una mira u objeto”. La acción instigadora que se encamina a una mira u objeto, por ejemplo, inducir a alguien a que se suicide, puede realizarse perfectamente con intermediación, sin dejar de ser directa, y también sin dejar de representar un peligro latente, evidente e inminente para el bien jurídico.

Veamos un ejemplo de inducción en cadena en el ámbito del secuestro. A induce a B a que induzca a C a que secuestre a D un conocido empresario de la región, y C secuestra al empresario D: en este caso es punible la inducción de los sujetos A y B sobre C, pero no lo será si C no realizara ninguna actividad para secuestrar a D.

Los tipos de inducción pueden ser: la inducción simple o propiamente dicha, la inducción en cadena, co-inducción, inducción de accesoria, la inducción mediata e inducción por omisión. La co-inducción es aquella inducción llevada a cabo por dos o más sujetos al tiempo sobre el sujeto inducido. La inducción mediata es aquella en la que el inductor no aparece ante el autor sino que se sirve de un tercero como instrumento²⁶⁵⁰. La inducción por omisión es aquella en la que lo que une a un sujeto con el suceso es un aporte del inductor, y en verdad permanece invariable durante todo el transcurso del hecho, con independencia de que primero no existe el dolo, pues no es una inducción activa, y sin embargo, posteriormente, sí existe el dolo en la inducción en comisión por omisión²⁶⁵¹.

La teoría de la imputación objetiva juega un papel trascendental en esta figura de la intervención delictiva, en cuanto instituto normativo de limitación del campo de acción u omisión de la conducta criminal²⁶⁵². El inductor debe instigar a la realización de un riesgo no permitido por el ordenamiento penal, es

²⁶⁴⁸ Diccionario de la Real Academia Española (<http://dle.rae.es/?id=DqvpLgJ>).

²⁶⁴⁹ Diccionario de la Real Academia Española (<http://dle.rae.es/?id=Dr1OIBH>).

²⁶⁵⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 739 y 740; POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, op. cit., pág. 162; POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*, op. cit., págs. 140 y 142; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, pág. 247; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 273.

²⁶⁵¹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “En los límites de la inducción”, op. cit., págs. 34 y 37, para quien es posible la realización de “la inducción en comisión por omisión, pero -como siempre- tiene que poder ser constatado el aporte “inductivo”, que en buena lógica residirá en el pasado, mediante un comportamiento de injerencia, situando al sujeto en posición de garante, que a su vez dará lugar a su responsabilidad -por omisión- cuando no revierta dicho aporte “inductivo” que con posterioridad se va a concretar en el comportamiento del autor”. Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 420, para quien la inducción por omisión es un supuesto de cooperación por omisión y no de inducción por la falta del dolo.

²⁶⁵² Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., págs. 45-48.

decir, “introduce la idea del riesgo no permitido” en la psique del inducido²⁶⁵³: por ejemplo, A induce a B a secuestrar a C, pero la privación de la libertad es un riesgo no permitido por la sociedad y por su ordenamiento penal, y sobre todo poner un precio o condición para liberar al privado de libertad ocasiona un incremento de riesgo sobre la víctima, en su salud, integridad física y mental, y por ello conlleva una injerencia o posición de garante por negar la libertad, en la conducta de una comisión por omisión²⁶⁵⁴ por el aumento del riesgo²⁶⁵⁵ a las esferas vitales del sujeto pasivo o víctima del injusto del secuestro. Otro instituto de la imputación objetiva que es relevante para la inducción es la prohibición de regreso²⁶⁵⁶.

La posición doctrinal que encarna SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES²⁶⁵⁷ ha entendido que la numerosísima doctrina que se ha ocupado de la prohibición de regreso y de las acciones neutrales lo ha hecho precisamente para establecer límites normativos a las diversas formas de participación criminal (también a la inducción), de modo que un comportamiento que carezca de sentido delictivo unívoco pero que sea aprovechado por un tercero no conlleva responsabilidad participativa²⁶⁵⁸, y no se entiende por qué cuando tiene sentido delictivo entonces el comportamiento del tercero (el autor) no debiera tener repercusión alguna en el juicio de imputación al partícipe; antes bien, parece que sí deba tener esa repercusión, desde luego, en el sentido apuntado: si hay verdadera inducción,

²⁶⁵³ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 804-806; KINDHÄUSER, Urs, “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, op. cit., pág. 69.

²⁶⁵⁴ Vid. JAKOBS, Günther, “La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación”, op. cit., págs. 100, 101, 104, 105 y 96; ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices*, op. cit., págs. 71-78; POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., pág. 55. En la jurisprudencia Vid. STS 2087/2009, ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER, (Fundamentos de Derecho II, págs. 5-10, especialmente página 7). En esta Sentencia del Tribunal Supremo se imputa a un líder del grupo terrorista Grapo por un delito de comisión por omisión de detención ilegal cualificado por pedir un rescate (secuestro), la base de la sentencia es que el líder de la organización tenía el poder de mando para evitar el secuestro y cesar la detención ilegal, pues, podía evitar el riesgo y peligro para los intereses jurídicos de la víctima del injusto del secuestro. Cfr. STS 2087/2009, ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER, (Correspondiente al voto particular de Perfecto Andrés IBÁÑEZ, pág. 12).

²⁶⁵⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “En los límites de la inducción”, op. cit., págs. 28, 32, 33 y 34. Como también, ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., págs. 531 y 537.

²⁶⁵⁶ Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, págs. 93 y 94; POLAINO-ORTS, Miguel, “La normativización de la acción y de la imputación en el ejemplo de los delitos de habla”, op. cit., 2009, págs. 30 y 31; ID., “El sentido de las palabras en Derecho penal. Sobre la normativización de la acción”, op. cit., págs. 65 y 66; POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., pág. 55.

²⁶⁵⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “En los límites de la inducción”, op. cit., págs. 11, 34 y 36.

²⁶⁵⁸ Cfr. MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, op. cit., págs. 63-98, desde una postura subjetivista, en la que se muestra crítico a los institutos de la imputación objetiva.

debe existir una aminoración de la pena para el inductor en virtud de las bases de la imputación objetiva.

Desde esta misma coyuntura se presenta una problemática, en el supuesto en que el inducido que secuestra a alguien ya tenía la idea en su psique de realizar el delito, por lo que no se trata de una cuestión propia de la inducción, sino de la imputación objetiva y de la posición de garante, y sin embargo las acciones ambivalentes del inductor no suponen responsabilidad, y la mera creación de una situación que favorece la ejecución a otro, en principio habrá de ser vista como una tal acción neutral o inocua, es decir, socialmente adecuada²⁶⁵⁹.

La inducción al igual que otras figuras de la intervención delictiva tiene otras limitaciones, correspondientes al exceso de la inducción o la desviación del hecho inducido. Por ello, el inductor responde hasta el punto en que la inducción coincide con la idea del riesgo no permitido inducido. Sin embargo, desde la postura tradicional dominante se delimita el exceso de la inducción por el dolo del inductor²⁶⁶⁰. Y por ello la dogmática dominante distingue entre dos tipos de exceso, cualitativo y cuantitativo. En el exceso cualitativo²⁶⁶¹ el autor comete otro hecho diverso al que fue determinado por el inductor, por ejemplo, A induce a B a que secuestre a C, pero B en vez de secuestrar mata al sujeto C²⁶⁶². En cambio, en el exceso cuantitativo el autor en el marco del hecho al que ha sido instigado hace más de lo proyectado por el inductor, por ejemplo, A induce a B a que realice una detención ilegal de C, pero B aprovechando la situación pide un rescate a la familia de C²⁶⁶³. Sin embargo, en los supuestos de desviación hay que tener en cuenta que los límites del dolo del inductor deben ser delimitados más ampliamente que los del dolo en otra forma de intervención delictiva, entre ellas, de la coautoría o de la autoría mediata. Y ello porque es algo característico a la esencia de la inducción que el instigador deje los detalles de la ejecución a criterios del autor²⁶⁶⁴.

²⁶⁵⁹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “En los límites de la inducción”, op. cit., págs. 16 y 17. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., págs. 66-72 y 94.

²⁶⁶⁰ Vid. GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen, *La inducción a cometer el delito*, op. cit., págs. 471-525; OLMEDO CARDENETE, Miguel, La inducción como forma de participación accesoria, op. cit., págs. 739-780; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 742.

²⁶⁶¹ Vid. STS 2087/2009, ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER, (Fundamentos de Derecho II, pág. 5).

²⁶⁶² Cfr. GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen, *La inducción a cometer el delito*, op. cit., pág. 474 y nota al pie de página número 1255, para quien este tipo de casos de desviaciones es un problema de prueba de si el nuevo tipo que ejecuta el autor material, dolosamente, también quedaba comprendido por el dolo del inductor.

²⁶⁶³ Vid. GÓMEZ RIVERO, M^a del Carmen, *La inducción a cometer el delito*, op. cit., págs. 474 y nota al pie de página número 1255, 476 y 477.

²⁶⁶⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 742.

La moderna dogmática resuelve los excesos y las desviaciones del hecho inducido mediante la teoría de la imputación objetiva. Así, SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES²⁶⁶⁵ entiende que las desviaciones al respecto deben hacer que inmediatamente decaiga la figura de la inducción. De otro modo, no puede ser justificada la imposición al inductor de la misma pena que al autor. Por ello, la mera creación de una situación que favorezca el delito, o que sea aprovechada por otro para delinquir, no conduce a la responsabilidad por inducción, sino que, conforme a los postulados generales de la imputación objetiva, debe recibir un doble tratamiento: o bien el sujeto garante ha sobrepasado el riesgo permitido, pero su forma de responsabilidad no es la inducción, sino la complicidad en un caso de complicidad psíquica, o bien esa creación de las condiciones para el delito no traspasa, empero, los límites del riesgo permitido, aunque el autor se aproveche de las mismas, de suerte que el comportamiento del supuesto “inductor” será una acción neutral y no dará lugar a una responsabilidad. Sea como fuera, no hay “inducción”, sino ausencia de responsabilidad en unos casos, y, en otros, complicidad. La solución adecuada para estos supuestos no se encuentra en sede de la dogmática de la inducción, sino que ha de ser extraída de los parámetros de la teoría de la imputación objetiva. Y en mi opinión, esta postura del autor mencionado es la correcta, pues la teoría de la imputación objetiva es un filtro o baremo normativo de la conducta de las acciones u omisiones sociales.

Ahora bien, desde un plano de la parte especial de Derecho penal, la inducción tiene una relevancia importante en cualquier delito, porque la inducción se puede asemejar a un genuino delito del habla o un acto del habla, pues el inductor induce al autor material o hombre de delante mediante la utilización de actos del habla, por ejemplo, A induce a B, mediante el verbo o acto de habla a que secuestre a C para poder cobrar un rescate, salir del país y dar la vuelta al mundo. Por ello, es totalmente evidente que no se puede secuestrar a un persona mediante la utilización de las palabras, pues mediante las palabras se puede insultar, coaccionar, amenazar, vejear, pero no privar de la libertad, sin embargo, sí se puede inducir oralmente a cometer un secuestro y cobrar un rescate por la puesta en libertad de la víctima, o a la comisión de cualquier delito de la parte especial, como secuestrar, detener, encerrar, privar, condicionar, matar, abortar, etcétera. Esto quiere decir que en todos los tipos delictivos del Código penal puede participarse como inductor, mediante la utilización de palabras, lo cual aumenta extraordinariamente el ámbito de transcendencia de la emisión de enunciados verbales en el Derecho penal²⁶⁶⁶. Este problema de la emisión de un acto del habla en la inducción será resuelto mediante los criterios

²⁶⁶⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “En los límites de la inducción”, op. cit., págs. 35, 18, 21 y 22.

²⁶⁶⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Cometer delitos con palabras*, op. cit., págs. 63, 64, 89-100; POLAINO-ORTS, Miguel, “La normativización de la acción y de la imputación en el ejemplo de los delitos de habla”, op. cit., 2009, págs. 16, 31 y 32; ID., “El sentido de las palabras en Derecho penal. Sobre la normativización de la acción”, op. cit., págs. 53, 65 y 66. Como también, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “En los límites de la inducción”, op. cit., págs. 15, 16 y 26.

de la imputación objetiva así como también el análisis de los actos prelocucionarios.

VI. Cooperación necesaria

El artículo, 28 letra b), del Código penal español establece la figura de la cooperación necesaria, que menciona lo siguiente: “b) Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

Esta figura de la intervención delictiva ofrece la misma problemática que las anteriores figuras analizadas, pues el legislador penal español la estructura como una forma de autoría, sobre la que no hay un consenso uniforme en la dogmática jurídico-penal, pues un sector está a favor de que la cooperación necesaria sea una figura de autoría, pero otro sector está a favor de la distinción entre autoría y participación, estimando que es erróneo entender que el cooperador necesario sea autor, porque de acuerdo a su intervención integra una forma de participación y no de autoría²⁶⁶⁷, no obstante ser equiparado en pena a la autoría²⁶⁶⁸.

Esta figura de la intervención delictiva presenta una problemática no sólo de aplicabilidad y de delimitación con las demás figuras de la intervención delictiva especialmente con la coautoría y la complicidad²⁶⁶⁹. De acuerdo con la postura doctrinal seguida en este trabajo²⁶⁷⁰, no existe delimitación o distinción de índole material objetiva entre la coautoría y la cooperación necesaria, pues ambas figuras de intervención delictiva infringen la vigencia de la norma y según el criterio de división del trabajo del hecho criminal contribuyen con un aporte fundamental sin el cual el delito no existiría, siendo sancionadas con idéntica pena. Ambas figuras interactúan entre sí, y su interacción pisa el contorno de la coautoría. La distinción entre ambas figuras es complejas, y la cuestión se resolvería eliminando la cooperación necesaria, puesto que materialmente es coautoría, a la que resulta equiparada hasta en la pena²⁶⁷¹.

²⁶⁶⁷ Vid. POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., pág. 54; POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, op. cit., pág. 163; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, pág. 248; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 274.

²⁶⁶⁸ Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “En los límites de la inducción”, op. cit., pág. 12.

²⁶⁶⁹ Sobre la problemática de la delimitación entre ambas figuras de la intervención delictiva, no sólo es a nivel doctrinal, como también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Véase STS 1023/2005, ponente: José Manuel MEZA MARTÍN (Fundamentos de Derecho II, págs. 4 y 5); STS 2689/2009, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA (Fundamentos de Derecho II, pág. 8); STS 3057/2009, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, págs. 199, 305 y 306); STS 7542/2010, ponente: Diego Antonio RAMOS GANCEDO (Fundamentos de Derecho II, págs. 5 y 6).

²⁶⁷⁰ Ibemd nota de los Profesores POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS.

²⁶⁷¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, op. cit., pág. 164; POLAINO NAVARRETE,

En mi opinión, la cooperación necesaria es un factor medular de la intervención delictiva y en muchas ocasiones dicho factor influye para que sea catalogada como un aporte necesario para el hecho criminal, y por ello, como una figura de interacción equivalente a la coautoría porque hay una vinculación al hecho criminal²⁶⁷².

Otro sector de la doctrina sustenta otra delimitación de la cooperación necesaria. Así, GIMBERNAT ORDEIG²⁶⁷³ formula la teoría de los bienes escasos²⁶⁷⁴ introduciendo un tema de moda en la dogmática jurídico-penal cual es el de las conductas neutrales o conductas cotidianas²⁶⁷⁵. Para él el cooperador necesario es el partícipe que, sin ser partícipe ejecutivo, contribuye a la realización del delito con un acto preparatorio caracterizado por ser un “acto no-neutral (un acto no-cotidiano)” o, expresado con términos menos precisos, con una “conducta con un carácter inequívocamente criminal²⁶⁷⁶” o un “bien escaso”.

Sintetizando las anteriores tesis expuestas sobre la cooperación necesaria, estamos ante una acción u omisión que se realiza en la fase preparatoria del

Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, pág. 249; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 275. En una línea equivalente, MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., págs. 238-240.

²⁶⁷² Cfr. STS 2689/2009, ponente: JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 8): “el cooperador puede ser tal ayuda con carácter previo a la ejecución o en el momento de la ejecución, en este último caso, la figura del cooperador se confunde con la del autor porque en definitiva viene a ser un coautor conjunto con otros con los que tiene un efecto codominio del hecho porque puede, cesando su actividad, abortar la realización de la acción típica”.

²⁶⁷³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, op. cit., págs. 70 y 158.

²⁶⁷⁴ Sobre la primera postura de los bienes escasos GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., págs. 151-204; ID., *Autor y cómplice en Derecho penal. Anexo concurso de leyes, error y participación en el delito*, op. cit., págs. 127-178. Dicha teoría ha tenido una aceptación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, y el mismo Enrique GIMBERNAT ORDEIG lo admite en su último trabajo sobre la materia, en “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, op. cit., pág. 65. En la jurisprudencia, STS 2689/2009, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA (Fundamentos de Derecho II, pág. 8). Cfr. JAKOBS, Günther, “La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación”, op. cit., pág. 102; BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria*, op. cit., págs. 68-73. Cfr. JAKOBS, Günther, “La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación”, op. cit., pág. 102.

²⁶⁷⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo II, op. cit., pág. 291; ID., “Las formas de intervención en el delito. Estado de la cuestión”, op. cit., pág. 177; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, op. cit., pág. 68.

²⁶⁷⁶ En la primera fórmula de Enrique GIMBERNAT ORDEIG, toda actividad claramente criminal es aquella en que el ciudadano ordinario no está dispuesto a llevar a cabo es escasa y constituye de cooperación necesaria. Por ello, no es claramente criminal, por ejemplo, el trasladar en automóvil al delincuente al lugar del delito; pues, ocultando las intenciones delictivas, tenemos a nuestra disposición taxis y otros medios de transporte que no llevan al punto que determinemos. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., pág. 168; ID., *Autor y cómplice en Derecho penal. Anexo concurso de leyes, error y participación en el delito*, op. cit., pág. 143.

delito, cuya conducta del interviniente no es neutral, no cotidiana, que se adhiere al plan delictivo, realizando una división de trabajo vinculante para sustentar un sentido delictivo hacia el hecho criminal²⁶⁷⁷, cuya punición será equiparable a la del autor, por un supuesto de vinculación al hecho criminal en coautoría.

Ahora bien, el nivel de intervención delictiva de la cooperación necesaria tiene un baremo objetivo y normativo a la vez, y dicho nivel de limitación del campo de la interacción de las acciones sociales es representado por la imputación objetiva, que ayudará a determinar si realmente estamos ante una figura con signo delictivo (infracción de una norma) o ante una conducta socialmente adecuada o estereotipada, por lo que es necesario analizar los criterios de la imputación objetiva, como el riesgo permitido, el principio de confianza, la imputación a la víctima, con especial relevancia de la prohibición de regreso, que es el factor delimitador de la accesoriedad de las conductas adecuadas en la sociedad (conducta neutral²⁶⁷⁸)²⁶⁷⁹.

Dentro de los casos posibles que pueden ser constitutivos de cooperación necesaria en el delito del secuestro, se plantea el caso de la vigilancia de un seguimiento a la futura víctima del secuestro, respecto al que un sector doctrinal aprecia intervención delictiva del cómplice²⁶⁸⁰, otro sector cooperación necesaria²⁶⁸¹, y otro coautoría por una división de trabajo.

Por mi parte, me adhiero a la postura de GIMBERNAT ORDEIG, pero con reservas en cuanto al título de intervención, pues en mi opinión no hay una distinción cuantitativa de la cooperación necesaria y la coautoría, sino una distinción fenológica que no lleva a una restricción de la pena para ambas figuras como formas de autoría. Por ejemplo, A se encarga de vigilar los movimientos de la vida²⁶⁸² diaria de la víctima D con un mes de anterioridad conforme a un plan

²⁶⁷⁷ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 78, 79, 80 y sigs; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., págs. 63 y 64; POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., pág. 55.

²⁶⁷⁸ JAKOBS, Günther, “La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación”, op. cit., pág. 104, para quien “la cuantificación ha de anteponerse la cuestión de quién es partícipe efectivo, y quién aporta una contribución neutral, que no le conecta con el colectivo y por tanto tampoco hace suya la ejecución. La respuesta a esta cuestión permite distinguir sobre la base de un salto cualitativo entre el partícipe y, en el sentido antes indicado, el no-partícipe”.

²⁶⁷⁹ Vid. *supra* capítulo IV, Imputación normativa en la tipicidad del secuestro, epígrafe III, Instituciones de la imputación objetiva, letra D) Principio de prohibición de regreso, número 2, Casos de prohibición de regreso, letras a) Caso de la lavandera que lava la ropa del secuestrador y secuestrado, b) Caso del transportista o taxista y c) Caso del mediador del secuestro.

²⁶⁸⁰ Vid. BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria*. op. cit., págs. 86 y 87.

²⁶⁸¹ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., págs. 168, 169 y 197; ID., *Autor y cómplice en Derecho penal. Anexo concurso de leyes, error y participación en el delito*, op. cit., págs. 143, 144 y 171. Cfr. BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria*, op. cit., págs. 72 y 73.

²⁶⁸² Vid. STS 1937/2013, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA (Antecedentes de Derecho I y Fundamentos de Derecho II, págs. 1 y 3). En esta sentencia se analiza el caso equivalente al

trazado por A, B y C, con el objetivo de saber cuál es el lugar adecuado para detener a D y pedir un rescate a sus familiares. Estamos en un supuesto de cooperación necesaria, ya que se cumplen los requisitos de la misma: en primer lugar, es un acto preparatorio estudiar los movimientos y el lugar idóneo para secuestrar a la víctima (D); en segundo lugar, la actividad de vigilar y seguir a la víctima del secuestro es una conducta no neutral, carente de cotidianidad; en tercer lugar, dicha conducta está plasmada en un sentido objetivo con el carácter inequívocamente criminal del secuestro, y es un bien escaso²⁶⁸³, porque ningún ciudadano en derecho romperá su rol social básico o común de persona en derecho, infringiendo el deber negativo²⁶⁸⁴ de no dañar a otro, y no perturbar las esferas ajenas. La vigilancia se presenta como actividad claramente criminal propia del cooperador necesario en cuanto condiciona el resultado, pues no cabe hablar de condición necesaria de un resultado respecto de una conducta que no ha sido siquiera condición, esto es, que no ha influido materialmente en el resultado²⁶⁸⁵. Hay un supuesto de coautoría²⁶⁸⁶ cuando se infringe la norma de conducta mediante una división vinculante de trabajo para realizar el secuestro, con un aporte fundamental de estudio previo y vigilancia de la víctima del secuestro, sin el cual el delito no se realizará. Dicha actividad se sanciona como coautoría por ser una forma de autoría prevista en el artículo 28 del Código penal español²⁶⁸⁷.

mencionado en el apartado principal, pues, el imputado se encargaba de vigilar y seguir los pasos a la víctima y se lo comunicaba a los demás intervinientes para realizar el secuestro.

²⁶⁸³ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., págs. 168, 169 y 197; ID., *Autor y cómplice en Derecho penal. Anexo concurso de leyes, error y participación en el delito*, op. cit., págs. 143, 144 y 171; ID., “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, op. cit., págs. 68, 69 y 70. En la jurisprudencia, STS 2689/2009, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA (Fundamentos de Derecho II, pág. 8). Cfr. JAKOBS, Günther, “La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación”, op. cit., pág. 102.

²⁶⁸⁴ Vid. JAKOBS, Günther, “La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación”, op. cit., pág. 105.

²⁶⁸⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., pág. 168 y 169; ID., *Autor y cómplice en Derecho penal. Anexo concurso de leyes, error y participación en el delito*, op. cit., págs. 143 y 144.

²⁶⁸⁶ Vid. JAKOBS, Günther, “La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación”, op. cit., págs. 96, 97, 99 y 102.

²⁶⁸⁷ En el mismo contexto, sin embargo, concluye que bien podría ser un supuesto de coautoría o complicidad: “En cambio el seguimiento de un concejal si puede estar, en la fase de previa preparación material de un secuestro o de un asesinato. Por eso, en este caso si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigara el hecho como coautoría o complicidad”. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, “Apología del terrorismo”, en Emilio Octavio DE TOLEDO Y UBIETO / Manuel GURDIEL SIERRA / Emilio CORTÉS BECHIARELLI (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 569. En una postura equivalente, pero calificándolo de cooperación necesaria, véase la jurisprudencia STS 1937/2013, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA (Fundamentos de Derecho II, pág. 3): “Por lo que se refiere a la petición de rebaja en dos grados de la pena correspondiente al art. 164 del Código penal, tampoco puede ser acogida. De entrada hay que recordar que el recurrente fue considerado autor por cooperación necesaria ya que, de un lado era el único que conocía a la víctima, el que facilita las informaciones necesarias para que los autores materiales pudieran actuar y por otro lado, con independencia de que él no participase en actos típicos, es claro que

VII. Complicidad

El artículo 29 del Código penal español regula la complicidad señalando: “son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior (artículo 28 del mismo ordenamiento), cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

La complicidad es una figura afín o complementaria a la de la cooperación necesaria, planteando la problemática de la distinción entre la coautoría y la complicidad, a las que la cooperación necesaria es afín²⁶⁸⁸. Sin embargo, una diferencia legal estriba en el momento en que se lleva a cabo el aporte, pues en la complicidad el aporte puede ser simultáneo pero también anterior a la ejecución del delito²⁶⁸⁹. Por ello, POLAINO NAVARRETE y POLAINO-ORTS²⁶⁹⁰ estiman que la complicidad es una figura de adhesión²⁶⁹¹ que puede ser tanto previa a la ejecución delictiva, esto es, adhesión a los actos preparatorios²⁶⁹², como simultánea a la comisión del delito en sí, pero cuestionan la viabilidad de la adhesión al hecho criminal, porque si el acto preparatorio del delito es impune ¿cómo se castigará al cómplice del delito?, y entienden que sólo será viable sancionar como complicidad la adhesión al acto preparatorio que va seguido de la ejecución, con lo que se hace depender de la conducta del autor el hecho de que la complicidad sea punible. Si la complicidad fuera posterior al hecho, se

sin su colaboración no hubiera podido llevarse a cabo el acto -al margen de que el secuestro no se consumase-. La autoría es patente dado el concepto amplio de autor que se recoge en el art. 28 del Código penal y se justifica *in extenso* en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida”.

²⁶⁸⁸ Vid. STS 5614/2008, ponente: Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 11); STS 3057/2009, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, págs. 305 y 306).

²⁶⁸⁹ Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, op. cit., pág. 45.

²⁶⁹⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, op. cit., págs. 164 y 165; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2013, pág. 249; ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, op. cit., 2016, pág. 275. Cfr. GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, *El concepto de autor del delito*. op. cit., págs. 415 y 416.

²⁶⁹¹ Para Urs KINDHÄUSER, la “adhesión significa que el partícipe contribuye al incremento del riesgo mediante su iniciativa o su actividad de fomento, pero no une su acción con la del autor en el sentido de una representación recíproca. En la complicidad, sin embargo, el cómplice pone a disposición de otro, del autor, su contribución “sin compromiso”. La aportación del partícipe no vincula al autor en función de un esquema común de interpretación, de acuerdo con el cual la omisión de la acción del autor supondría la defraudación de una expectativa del cómplice reconocida por el autor. El cómplice no es quien establece el objetivo; se somete, por el contrario, a objetivos ajenos. Un indicio de ello viene dado por el hecho de que el cómplice reciba una remuneración aparte por su contribución o que, en todo caso, deba obtener “honorarios provenientes del botín únicamente en caso de éxito de la empresa”. KINDHÄUSER, Urs, “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, op. cit., págs. 68 y 69.

²⁶⁹² Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 745.

sancionará como encubrimiento, que es un delito autónomo que atenta contra la Administración de Justicia, o en su caso como receptación de los efectos de un delito. En un sentido similar, GIMBERNAT ORDEIG²⁶⁹³ considera que el cómplice realiza un aporte al autor principal de acto preparatorio por ser un “acto neutral o cotidiano”, o una conducta no claramente criminal representativa de un bien no escaso.

La complicidad, como las demás figuras de intervención delictiva, se atiene a un baremo objetivo y normativo cual el de la imputación objetiva²⁶⁹⁴, que ayudará a determinar si estamos ante una figura con signo delictivo por una infracción a la norma, o ante una conducta socialmente adecuada o estereotipada, por lo que es necesario analizar los criterios de riesgo permitido y prohibición de regreso, para verificar si la conducta está dentro del umbral de la permisibilidad o no, y dentro del contexto de acciones adecuadas o estereotipadas en la sociedad, esto es, conductas neutrales. Y de hecho la complicidad presenta un problema de accesoriedad y del ámbito de la prohibición de regreso²⁶⁹⁵.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, una sentencia²⁶⁹⁶ examina si la conducta de Constanza de alquilar un bien inmueble (chalet) para encerrar al secuestrado y alquilar un bien mueble (vehículo) para ejecutar el secuestro es constitutiva de cooperación necesaria o de complicidad. Esta STS 2689/2009 condena²⁶⁹⁷ a Constanza como cómplice del injusto del secuestro. Estimamos correcto recurrir como hacer la sentencia aludida a la teoría de los bienes escasos, considerando lo siguiente: “La cuestión se centra en determinar la línea divisora entre la complicidad y la cooperación necesaria. Estima el Ministerio Fiscal en su argumentación que, de acuerdo con las SSTS 790/2007 de 8 de octubre, y 371/2006 de 27 de marzo, por la calidad del aporte efectuado por Constanza, ésta debe ser considerada cooperadora necesaria²⁶⁹⁸ y no cómplice. Dejando al margen la polémica doctrinal sobre la autonomía de la figura del cooperador respecto del autor, hay que decir que, en primer lugar y como elemento común de ambas figuras, tanto el cooperador como el cómplice conocen y quieren colaborar con el hecho delictivo que efectúan los autores materiales con un aporte a la consecución del objetivo -STS 528/2007 de 28 de

²⁶⁹³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, op. cit., pág. 70.

²⁶⁹⁴ BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria*, op. cit., pág. 85.

²⁶⁹⁵ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 80-96.

²⁶⁹⁶ *Vid.* STS 3057/2009, ponente: José Manuel MAZA MARTÍN, (Fundamentos de Derecho II, págs. 3-8), que es de importancia ya que se utiliza el carácter neutral de la conducta de lavar la ropa del secuestrador y del secuestrado. Cfr. *supra* capítulo IV, Imputación normativa en el injusto del secuestro, epígrafe III, Instituciones de la imputación objetiva, letra D) Principio de prohibición de regreso, número 2, Casos de prohibición de regreso, letra a) Caso de la lavandera que lava la ropa del secuestrador y secuestrado.

²⁶⁹⁷ *Vid.* STS 2689/2009, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA, págs. 1-8.

²⁶⁹⁸ Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, op. cit., págs. 239, 240 y 241, quien se inclina por la figura de la cooperación necesaria al partícipe que colabora con el lugar para privación de la libertad.

mayo-. En segundo lugar, como elemento diferenciador, el cooperador necesario efectúa un aporte que es muy relevante para el éxito de la operación, en tanto que el cómplice presta una colaboración ciertamente eficaz pero accesoria y por tanto prescindible. En tercer lugar, en cuanto al momento del aporte, el cooperador puede prestar su ayuda con carácter previo a la ejecución o en el momento de la ejecución, en este último caso la figura del cooperador se confunde con la del autor porque en definitiva viene a ser un coautor conjunto con otros con los que tiene un efectivo condominio del hecho. Cuando su aporte es previo a la ejecución es claro que no es autor porque no interviene en el hecho, pero por la calidad del aporte -esencial- es considerado cooperador necesario. Este es el verdadero cooperador necesario al que se refiere el art. 28, b) del CP. Por lo que se refiere al cómplice, nunca tiene el dominio del hecho, porque su aporte es prescindible y periférico ya sea efectuado antes de la ejecución -lo más usual- o en el mismo momento de la misma. En el caso de autos, Constanza efectuó un doble aporte objetivo: alquiló la casa y alquiló el coche, ambos utilizados en el secuestro. Su ayuda fue anterior a la ejecución del hecho, por ello no pudo tener dominio del hecho porque ella no intervino en el hecho típico. ¿Puede estimarse muy relevante -necesario- su aporte para que otros llevaran a cabo el secuestro? Estimamos que no. La calidad de su aporte, tanto desde la teoría de los bienes escasos, como desde su imprescindibilidad, no aparece clara. Que evidentemente una casa y un vehículo son necesarios para llevar a cabo un secuestro resulta claro, y en ese sentido debe calificarse como una ayuda eficaz, ahora bien, la facilitación de tales elementos podría aportarse por cualquier persona, y en modo alguno alquilar una casa y un coche son operaciones difíciles o arriesgadas, por ello la actividad de Constanza no fue imprescindible. Ni es difícil alquilar una casa o un coche, ni la intervención de Constanza parece necesaria para ello. La calificación de cómplice que le dio la sentencia sometida al presente control casacional es correcta”.

La sentencia utiliza la teoría de los bienes escasos, cuyo precursor fue GIMBERNAT ORDEIG²⁶⁹⁹, quien la ha reformulado estableciendo criterios o elementos equiparables de la teoría de la imputación objetiva, por virtud de los cuales se considera que es cómplice quien aporta un “acto neutral o acto cotidiano” o una “conducta no claramente criminal” o un “bien no-escaso”²⁷⁰⁰, esto es, elementos de acción equiparables a la prohibición de regreso en la teoría de la imputación objetiva. Para verificar si el arrendamiento adquiere sentido delictivo en ordena la comisión de un secuestro, deben existir datos objetivos²⁷⁰¹ que demuestren una adaptación o adhesión al hecho criminal²⁷⁰². En este caso se puede afirmar la existencia de complicidad en el delito del secuestro, pues la

²⁶⁹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, op. cit., pág. 70.

²⁷⁰⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, op. cit., págs. 70, 68 y 69.

²⁷⁰¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., pág. 74. Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., págs. 310-311.

²⁷⁰² *Vid.* ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., págs. 308-318.

aportación de los bienes mueble e inmueble se realiza especialmente para que encaje con el proyecto delictivo de los autores materiales del secuestro. Es por ello que estamos ante una genuina conducta de adaptación al plan delictivo²⁷⁰³, cuyo baremo es susceptible de reconocer en los supuestos fácticos, porque dentro del plan delictivo se acordó que se iba a rentar una casa (chalet) y un vehículo para evitar sospechas de las autoridades²⁷⁰⁴. Se ha de comprobar minuciosamente la existencia de la adaptación del actuar del cómplice con el plan del delito, ya que la renta de bienes muebles (auto) e inmuebles (casa) es un acto cotidiano del flujo comercial de las interacciones sociales que cualquier sujeto puede efectuar sin límites, ni problemas, pero la neutralidad se rompe cuando hay una adhesión al sentido delictivo del autor material²⁷⁰⁵, y al adherirse el tercero al plan delictivo contrae el sentido delictivo del autor material del secuestro (pareja sentimental)²⁷⁰⁶ comparte el riesgo de adaptarse a las exigencias del caso concreto que sólo están definidas delictivamente²⁷⁰⁷. La adhesión al sentido delictivo del autor principal del secuestro puede explicar la accesoriedad de la participación en un riesgo no permitido (privación de libertad, detención, secuestro) que incumbe al partícipe sólo de modo mediato. La participación no fundamenta una posición de garante por injerencia, sino que el riesgo del que ha de responder el partícipe es el peligro de la comisión del hecho principal²⁷⁰⁸ o, en su caso, de que se logre el hecho principal, cuyo resultado es la realización típica del injusto del secuestro²⁷⁰⁹. La relevancia penal del comportamiento como intervención en un delito es indudable en cuanto la conducta adquiere cualquier grado de solidaridad con la futura conducta del autor, en pocas palabras, hay una

²⁷⁰³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, op. cit., pág. 210.

²⁷⁰⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 317.

²⁷⁰⁵ Vid. JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 842-847; ID., *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 78 y sigs; ID., “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., págs. 217 y 218; FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, op. cit., págs. 300 y sigs; ID., *La imputación objetiva del resultado*, op. cit., págs. 81 y 82; ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, op. cit., págs. 1007 y 1008; ID., “Las formas de intervención en el delito. Estado de la cuestión”, op. cit., págs. 177 y 178, quien lo denomina un contexto delictivo.

²⁷⁰⁶ En un caso equivalente la STS 5614/2008, ponente: Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, (Fundamentos de Derecho II, pág. 16). “De acuerdo a nuestros precedentes jurisprudenciales la calificación de la aportación en la complicidad, art. 29 del Código penal se refiere a aquellos que, sin poder ser tenidos como autores, “cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”, lo que significa -como destaca la doctrina- obligadamente y en primer lugar la existencia de “una aportación causal al hecho en el sentido de una condición, que posibilite, refuerce o facilite, la ejecución del hecho”. Esa aportación, en el caso concreto de la acusada consiste en colaborar con el otro condenado, del que era pareja, en acomodar una habitáculo para la realización del secuestro y en proporcionar, a su marido y al ilegalmente detenido, comida y tabaco, aportaciones que si bien no suponen actos de ejecución en el delito contra la libertad, sí que suponen una colaboración con el plan del autor en la realización del secuestro en los términos que tiene diseñados”.

²⁷⁰⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 317.

²⁷⁰⁸ Cfr. BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria* op. cit., pág. 83.

²⁷⁰⁹ KINDHÄUSER, Urs, “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, op. cit., pág. 68.

solidaridad con el resultado²⁷¹⁰. La adhesión al plan delictivo implica que está vinculada, asociada, comunicada o acoplada con la realización del tipo del secuestro, de tal manera que se ha de ver el riesgo típico o la realización del tipo como el fruto de una organización colectiva en la que está incluido el comportamiento²⁷¹¹.

En mi opinión, existiría complicidad en el secuestro si un sujeto sólo se limita a aportar los teléfonos celulares con los que se comunican los coautores del secuestro entre sí para extorsionar y amenazar la familia de la víctima del secuestro²⁷¹². Pero si el vendedor de los teléfonos no tiene el conocimiento especial y no sabe nada sobre los hechos, está realizando una conducta neutral, estereotipada, inocua en las interacciones sociales y dentro del riesgo permitido; responderá por omisión de socorro si tiene conocimiento especial sobre los hechos (art. 450 CP) sin tener una adhesión al plan delictivo; y responderá como cómplice del injusto del secuestro si se adhiere al plan delictivo de tal forma que otorgue teléfonos satelitales o teléfonos que sean difíciles de rastrear acreditando una adhesión al proyecto delictivo futuro del secuestro²⁷¹³. Para saber si realmente hay una figura de adhesión al plan delictivo se tiene que analizar el contexto de la interacción del partícipe, y asentarse en datos objetivos de apoyo para interpretar el sentido delictivo de la acción. Hay dos datos de especial relevancia, la relación espacio-temporal con el hecho y la disponibilidad de la aportación. Cuando más evidente y cerca sea el hecho, más fácil será determinar la existencia de una conducta adaptada especialmente²⁷¹⁴ al plan delictivo. Así, si el sujeto entrega teléfonos celulares satelitales difícil rastreo, hay complicidad del suministrador del teléfono, por adhesión al hecho criminal y plan delictivo, y si sólo facilita teléfonos celulares comunes está dentro de su rol social y sólo responderá si tiene algún conocimiento especial²⁷¹⁵ por omisión de socorro²⁷¹⁶ o por omisión de denunciar²⁷¹⁷ la comisión de un delito grave.

²⁷¹⁰ Vid. JAKOBS, Günther, “La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación”, op. cit., págs. 96 y 97.

²⁷¹¹ FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, op. cit., págs. 78 y 79.

²⁷¹² Cfr. BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión. Análisis de sus cinco especies delictuales*, op. cit., págs. 422 y 423, para quien el hecho de adquirir los teléfonos es un supuesto de participación necesaria del secuestro extorsivo.

²⁷¹³ Vid. ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., págs. 308-318.

²⁷¹⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 315.

²⁷¹⁵ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 748.

²⁷¹⁶ Vid. JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, op. cit., págs. 86, 89 y 90; POLAINO-ORTS, Miguel, “Homicidio y asesinato”, op. cit., pág. 55.

²⁷¹⁷ Vid. JAKOBS, Günther, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, op. cit., pág. 217.

CONCLUSIONES

Capítulo I

1 El secuestro ha azotado a la humanidad desde sus orígenes hasta nuestros tiempos, pues ha sido utilizado como un medio de enriquecimiento de las poblaciones ya sea en estado de guerra o por la acción de grupos rivales, por lo que ha sido sancionado por las sucesivas legislaciones.

2 En los Códigos penales españoles no ha habido uniformidad de criterio de incriminación del secuestro, que en sus primeras tipificaciones lo consideró como rapto bajo rescate como forma de robo dentro de los delitos patrimoniales. La evolución científica permitió tipificarlo dentro de los delitos contra la libertad, pero se empleó una doble punición tanto como delito contra la libertad cuanto como delito contra el patrimonio hasta el Código penal de 1983, siendo superado tal criterio definitivamente en el Código penal español de 1995 en que se tipifica el secuestro exclusivamente como delito contra la libertad.

3 Distinto ha sido el proceso legislativo de la codificación mexicana, pues aunque se ha marcado una línea horizontal que considera el secuestro como delito contra la libertad desde el primer texto legal (1871) se tipificó como plagio, en el sentido tradicional del derecho romano del “delito de *plagiariis*” que afectaba el patrimonio, y con base en ello se ha mantenido la concepción del secuestro como delito contra la libertad y el patrimonio.

4 Dentro de las distintas variantes de las codificaciones española y mexicana que han existido a lo largo del tiempo, se advierte una similitud en la utilización de leyes especiales anti-secuestro derivadas de exigencias político-criminales por el alta tasa criminal de secuestro y la generación de alarma social, que encontraron reflejo en leyes especiales contra el bandolerismo y más recientemente contra el terrorismo en España.

Capítulo II

1 El concepto de secuestro tiene diversas variantes, etimológicas, legales, jurisprudenciales, doctrinales y legislativas tanto a nivel interno como internacional, pero de los Tratados internacionales, pero todas ellas comparten el entendimiento de que el secuestro es un delito grave que afecta la libertad de movimiento, con el objetivo de obtener algún tipo de beneficio económico o

político, que expresa una forma de comisión delictiva recurrente en todo el mundo.

2 El delito de secuestro comprende básicamente dos modalidades: el secuestro económico y el secuestro político, ya sea el perpetrado por grupos organizados o por autoía individual. Sin embargo, la realidad de cada sociedad es distinta, pues mientras que en una sociedad (como la mexicana) existe singular alarma social por el secuestro económico, en otra sociedad (como la española) se valora de modo singular el cometido por grupos subversivos.

Capítulo III

1 La acción del secuestro es comunicativa y expresa una manifestación de inconformidad con la vigencia de la norma, en la que el delito es una infracción a la norma que pone en duda el sujeto activo, y de la que deriva el binomio o sinalagma delito/pena, libertad/autorresponsabilidad, en un mundo social en que el delito contiene un sentido de defraudación, de inconformidad respecto a las normas de la sociedad, y mediante la pena se contrarresta el sentido negativo de la comunicación defectuosa.

2 El acto típico de secuestro se puede realizar por dos formas mixtas o alternativas de comisión, encerrar o detener, produciéndose la privación de libertad ambulatoria de una persona. A diferencia de la detención ilegal, el tipo de secuestro requiere la exigencia de una condición para poner en libertad al sujeto pasivo. El carácter de la condición debe ser jurídicamente relevante en cuanto su imposición supedita la puesta en libertad al cumplimiento de su contenido.

Capítulo IV

1 En el cuarto capítulo analizamos la teoría de la imputación normativa en el injusto del secuestro. Como primer punto, se examina la teoría de los roles sociales. El rol social juega un papel de interacción social cuyo desempeño correcto blinda o protege todo contacto social, aunque sea anómalo por un tercero. El rol social que incumbe al delito del secuestro es el rol social común o básico de la persona en derecho, ciudadano con deberes y obligaciones en el mundo social, y la realización del secuestro infringe un deber negativo de no privar de libertad ambulatoria a otro ciudadano, y por dicha acción se debe responder por un déficit normativo.

2 La imputación objetiva surgió para dar respuesta a los procesos causales desde una posición normativa. En cuanto al primer instituto del riesgo permitido, la norma permite lesionar momentáneamente la libertad ambulatoria en supuestos en que no se sobrepasa el umbral del riesgo permitido al amparo de una normativa especial que permite la viabilidad de retenerlos (por ejemplo, durante el trayecto de un avión u otro medio de transporte).

3 En cuanto al instituto de la imputación objetiva del principio de confianza, en aquellos casos de eventos públicos en que hay una gran afluencia social, existen normas reguladoras de las entradas y salidas del lugar del evento público, estando la libertad de ambulatoria de todos los afectados sujeta a dichas normas para un correcto desarrollo de la actividad propia del evento público.

4 El instituto de la imputación a la víctima expresa un cambio de paradigma de la actual dogmática jurídico penal. Como caso de imputación a la víctima puede plantearse el auto-secuestro, que no obstante está tipificado en la legislación mexicana, constituyen en la española un tipo de delito simulado (art. 457 CP), habiendo de imputarse a la víctima que emprende conjuntamente con el autor la acción del auto-secuestro, pero también al autor aunque con una posible atenuante de la pena. El auto-secuestro en el caso mexicano vulnera el riesgo permitido porque sobrepasa el umbral de lo permitido en la sociedad al ser una actividad anti-social, plagada de un sentido delictivo o sentido objetivo hacia la comisión de un delito y la puesta en duda de la vigencia de la norma.

5 El instituto de la prohibición de regreso juega un trascendental papel como un baremo objetivo de limitación del retroceso de las acciones sociales. Se analizó la neutralidad de tres conductas inocuas, estereotipadas, cotidianas, de la vida diaria en sociedad y adecuadas en la misma, entre ellas la conducta de lavar la ropa del secuestrado y del secuestrador por parte de la pareja sentimental del secuestrador, la del taxista o transportista que recoge el botín del rescate y la del mediador del secuestro. Ahora bien, el fundamento general de estas conductas reside en que las carecen de sentido delictivo por ser conductas socialmente adecuadas que están al margen de lo socialmente prohibido, y sobre todo porque no hacen ningún aporte objetivo al plan delictivo, por lo que no hay una adhesión al mismo, y mucho menos, una vinculación del trabajo. Por ello, dichas actividades se encuentran dentro del rol social y del umbral del riesgo permitido, y a lo sumo pueden infringir un deber de solidaridad mínimo de denunciar el secuestro objeto de conocimiento del sujeto.

6 En cuanto a la concurrencia de riesgos, las sociedades modernas viven un constante cambio de interacciones sociales y en muchas ocasiones estas interacciones sociales están plagadas de riesgos y estos riesgos son concurrentes en desarrollo de nuestra vida diaria. Por ejemplo, si el secuestrador que lleva a la víctima del secuestro en la cajuela o maletero del automóvil, y en el trayecto sufre un siniestro al ser arrollado por otro vehículo por la parte trasera del vehículo donde se encuentra la víctima que muere por causa del impacto. El secuestrador no asume la responsabilidad por la muerte de la víctima, pues se crea otro riesgo que es incumbencia de un tercero y por el que responderá el autor del mismo.

Capítulo V

1 El bien jurídico protegido por el artículo 164 del Código penal español es la libertad ambulatoria que se materializa en la libertad de translación en entorno social, permitiendo la interacción social de su titular con los demás ciudadanos. Para llegar a esta conclusión tuvimos que analizar las posturas de la filosofía *kantiana* y *hegeliana*, que determinan la libertad como una fuente de importancia para la persona, de forma que, mientras para *Kant* la libertad hace a la persona miembro de un mundo, para *Hegel* la libertad es la forma en que la persona se desarrolla en el mundo social, adquiriendo tal noción de libertad pleno sentido jurídico en el marco de una sociedad determinada, que no es otro caso que la vigencia de la norma. Por ello, el bien jurídico del injusto del secuestro es la libertad ambulatoria que emana de la vigencia de la norma, ya que el bien jurídico es la contra-cara de la vigencia de la norma, pues sin norma no hay bien jurídico que tutelar, si bien la vigencia de la norma protege sólo aquellos bienes jurídicos que tienen una importancia y función en la sociedad para desenvolver el entorno social, permitiendo las interacciones sociales con las demás personas.

2 El bien jurídico de la libertad ambulatoria en sentido amplio tiene expresión en cuatro esferas de actividad o de interacción social, la primera es la esfera de la capacidad personal de libre voluntad locomotriz, la segunda es la libre formación de la voluntad de movimiento, la tercera es la libre decisión de la voluntad de movimiento individual, y la cuarta es el libre ejercicio de la voluntad de movimiento individual, materializándose todas estas esferas en el campo de interacción de la libertad ambulatoria en el mundo social como una libertad personal de translación que faculta a su titular a ambular por la sociedad y poder interactuar como persona en derecho con el entorno social.

3 Ahora bien, el supuesto bien jurídico del patrimonio en el delito del secuestro es erróneo y responde a la concepción histórica de una aparente pluriofensividad. Para atacar tal argumento defendido sobre todo en América latina, se han de tener en cuenta básicamente tres factores: en primer lugar, la norma penal sólo protege bienes jurídicos importantes y prevalentes en las interacciones sociales; en segundo lugar, si partimos de la *ratio* de la ley, el único bien jurídico de función social en el delito del secuestro es la libertad ambulatoria personal constitucionalmente y penalmente tutelada; y en tercer lugar, es preciso distinguir entre el objeto de protección de la norma y los elementos subjetivos que configuran el ataque típico del autor al bien jurídico protegido y pueden fundamentar una condición objetiva impropia de la punibilidad que hace elevar la pena del tipo básico de los delitos contra la libertad.

Capítulo VI

1 En el capítulo sexto se analizó la imputación subjetiva del injusto del secuestro, contemplándose la culpabilidad como elemento de la imputación subjetiva, en tanto juicio personal normativo de reproche jurídico-penal por la

comisión del injusto típico. Tal juicio de reproche tiene su fundamento en un déficit de lealtad normativa, una falta de auto-determinación conforme a la norma al no respetarse las esferas ajenas de interacción que afectan a la libertad ambulatoria personal. La culpabilidad tiene una función comunicativa en la que se expresa una defraudación a las expectativas sociales y normativas.

2 El delito del secuestro constituye un tipo doloso, en que se imputa el conocimiento penalmente relevante que debía conocer el sujeto activo, es decir, un deber saber relativo a la ilicitud del acto que el mismo realiza, que ha de estar encaminado al contexto social en el que la norma del artículo 164 prohíbe secuestrar y privar de la libertad a otro, y que se materializa en la creación del riesgo jurídicamente relevante que el sujeto debió haber evitado por constituir una incidencia en las esferas o posiciones (bienes jurídicos) de la víctima objeto de protección penal.

3 El delito del secuestro presenta una problemática aparente en el caso del error en los elementos esenciales, porque es poco probable que el sujeto activo del secuestro actúe en un caso de error de esta especie, que implica un desconocimiento total de las normas de prohibición penales, pero el problema es aparente, ya que al ser el secuestro configurado como un delito eminentemente doloso no cabe valorar el déficit de conocimiento cognitivo de los elementos objetivos del tipo penal que fundamentan el contenido global del injusto, y sólo podría apreciarse error en los elementos accidentales, que daría lugar a la punición por el tipo privilegiado del secuestro o en su defecto por el tipo básico de detención ilegal. Por ello, en el secuestro el error del tipo tiene trascendencia para determinar la punibilidad del delito, pues puede suceder que la privación de libertad ambulatoria haya durado más de quince días, o a la inversa, menos de 3 días. en suma estamos ante un supuesto de error cronológico.

4 El error de prohibición no es apreciable, salvo en el caso de la actuación de un sujeto inimputable, ya que estamos ante el supuesto de una norma transcendental para la sociedad, de importancia nuclear para el entorno social, cual es la que salvaguarda la expectativa social de la libertad ambulatoria, por lo que sólo cabría apreciar en el ámbito del secuestro un error de prohibición evitable, porque la expectativa social que tutela la norma es conocida por todos los miembros del entorno social, y el juzgador no puede dejar una ventana abierta a la ilegalidad jurídica en un caso como este.

5 La *aberratio ictus* con referencia al injusto del secuestro no excluye la imputación dolosa para quienes han seguido en su conducta el plan delictivo, por afectar a una esfera o bien jurídico personal de importancia transcendental para el entorno social y por el carácter básico de la dañosidad social que presenta esta conducta.

6 El error en la persona es irrelevante en el art. 164 del CP, pues no se exige dentro de los elementos típicos del tipo penal del secuestro identidad

alguna de la víctima, con exclusión de aquellos sujetos que sean menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección o supuestos que fundamentan el tipo cualificado del art. 165 del CP y que por ello un error sobre estas cualidades es un simple error en los motivos que implica un error del tipo.

Capítulo VII

1 El capítulo séptimo se ocupa de las causas de justificación y de exculpación. Las causas de justificación encuentran su fundamento en que el ordenamiento penal no sólo contiene normas prohibitivas, sino también normas permisivas que autorizan bajo determinados presupuestos acciones típicas.

2 La legítima defensa del secuestrado puede ejercitarse durante todo el tiempo en que se mantiene el status de tipicidad, es decir, desde el momento de que empieza a realizarse las conductas de detener y encerrar hasta el momento en que perdura la privación de libertad de la víctima. Incluso es admisible el exceso de legítima defensa en aquellos casos que exista un peligro inminente a la vida de la víctima, ya que la libertad ambulatoria es una posición jurídica de relevancia social y por ello es viable la defensa propia o de un tercero.

3 El estado de necesidad en el injusto del secuestro tiene singular relevancia penal, ya que permite lesionar posiciones jurídicas de otras personas para salvaguardar legítimos intereses. Pero las cosas se complican respecto de si el pago del rescate puede constituir un supuesto de ejercicio de estado de necesidad justificante: en mi opinión, sí lo es, en primer lugar porque existe una situación de peligro ajena que se evita mediante la entrega de un dinero, infringiendo un deber, pues el importe satisfecho puede ser destinado a la acción de una banda arma o grupo terrorista, pero al estar dentro del umbral de lo permisible por el estado de necesidad no adquiere título de imputación; en segundo lugar, se evita un mal mayor salvando la vida y libertad del sujeto privado de libertad; en tercer lugar, es admisible estado de necesidad cuando el pago es realizado por el padre o familiar del secuestrado que al ser garante por injerencia tiene el deber de salvaguardar las posiciones jurídicas de las víctimas.

4 El cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, no es susceptible de aplicación en el secuestro, pero sí en la detención al amparo de la normativa vigente: por ejemplo, se detiene a un delincuente *in flagranti*, ya sea por un policía realizando su rol social especial o por un ciudadano, ya que la normativa penal y extra-penal enmarca tal conducta dentro del umbral del riesgo permitido, del mismo modo que se puede detener a un sujeto enfermo mental que tenga alguna enfermedad patológica que precise internamiento en un centro sanitario. En cambio, no es relevante el derecho de corrección en el injusto del secuestro, aunque por ejemplo se condicione la liberación de un menor a que se porte bien o pida disculpas por su travesura, porque la condición de portarse bien o pedir disculpas no es jurídicamente

relevante, pero sí pudiera dar lugar a un delito de detención ilegal, siempre y cuando sea idóneo y proporcional el castigo, es decir, que no exceda del riesgo permitido.

5 Entre las causas de exculpación del secuestro, son de considerar el exceso de legítima defensa, el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable. La primera de ellas, el exceso de legítima defensa, abarca el exceso intensivo y extensivo. El exceso intensivo, en mi opinión, no es aplicable en el delito del secuestro porque afecta a una esfera/posesión jurídica o a un interés o bien jurídico de trascendencia social que necesita la máxima de protección contra ataques eminentes a dicha esfera. Sin embargo, el Tribunal Supremo imputa a la víctima del secuestro por excederse para lograr su libertad en el supuesto en que mata a uno de los secuestradores apuñalándolo seis veces y arroja al otro secuestrador aceite hirviendo. En cambio, el exceso extensivo sí es aplicable en el secuestro como una forma de exculpación en donde ya no es eminente el peligro a la esfera de libertad ambulatoria, por ejemplo, la víctima logra escapar y encerrar al secuestrador, pero en vez de escapar y denunciar los hechos decide matar al secuestrador.

6 El estado de necesidad exculpante en el delito de secuestro pudiera constituir una variante de esta causa de exculpación: por ejemplo, en el caso del padre de un paciente que precisa un trasplante o una intervención de corazón, y por dicha causa secuestra a un doctor de un hospital reconocido para que realice la intervención quirúrgica. El secuestro del cardiólogo sobrepasa el umbral del riesgo permitido, y al no poderse legitimarse acciones de esta naturaleza debe imputarse al sujeto por secuestro, si bien podría exonerarse por inexigibilidad de otra conducta o disminuirse la responsabilidad por eximente de estado de necesidad incompleto.

Capítulo VIII

1 En este capítulo se analiza la punibilidad del delito de secuestro, mediante el análisis de cinco apartados: necesidad de pena, merecimiento de pena, prevención general negativa, condiciones objetivas impropias de punibilidad y circunstancias modificativas de la punibilidad. La necesidad de la pena en el delito de secuestro es expresión de estabilidad normativa, restaurando el Estado mediante la pena la comunicación contra-fáctica que el sujeto activo quebrantó, manifestando que existe una expectativa social de trascendencia social que es protegida por ser una expectativa social de singular trascendencia para el desenvolvimiento de las interacciones sociales, ya que protege la esfera de la libertad de translación en el mundo social permitiendo la adecuada interacción social con los demás conciudadanos.

2 El merecimiento de la pena del delito de secuestro estriba en una defectuosa organización del sujeto activo o autor en el mundo social, por haber realizado una injerencia en la esfera de un tercero, quebrantando su rol de

ciudadano y deber de no dañar a otro, y debiendo el sujeto responder porque tiene una vinculación al ordenamiento social y punitivo al ser parte de la sociedad.

3 La pena tiene un papel de importancia en orden a la restauración del orden social quebrantado por la conducta defectosa del secuestrador, de modo que la pena ayuda a reafirmar la expectativa corrompida y a la vez restaura el orden social y la comunicación contra-fáctica entre los tres niveles de los interactuantes: sujeto infractor, juzgador y ciudadanía, manifestando que esa expectativa sigue vigente para confiar en el sano desarrollo de esa función de translación social que es la libertad ambulatoria, y ello se materializa mediante la prevención general negativa.

4 Con referencia a que la condición de dar, hacer u omitir, se trata de una condición impropia de punibilidad en el delito de secuestro, en base al hecho de que el delito del secuestro es un tipo autónomo cualificado de detenciones ilegales, no sólo históricamente si en la actualidad, porque siendo la acción típica (detener y encerrar) y el resultado (privación de la libertad) la base principal para dar comienzo al delito de secuestro, el elemento condicional de hacer, omitir, o dar despliega un efecto fundamentador de la responsabilidad penal, en cuanto elemento que constituye una condición objetiva impropia de la punibilidad y, al mismo tiempo, una causa de limitación de la pena, pues sólo con la imposición de la exigencia de la condición pasa a ser punible la conducta como secuestro, en lugar de como detención ilegal.

5 La punibilidad en el secuestro afecta a dos tipos, uno privilegiado y otro cualificado. El tipo privilegiado es establecido en el artículo 164, inciso cuarto, del CP, que remite al artículo 163.2 CP, en donde se atenúa la pena por un factor cronológico de liberación de la víctima dentro de los tres días de la privación de libertad, sin que se logre el objetivo de la privación.

6 Los tipos cualificados del art. 165 CP abarcan cuatro supuestos: que la privación de libertad ha durado más de quince días; la cualidad de la víctima por especial vulnerabilidad; que el sujeto activo simule ser autoridad o cualidad público; que la víctima sea un funcionario público en ejercicio de sus funciones. En cambio, el delito *sui generis* de secuestro por no dar razón del paradero del secuestrado del art. 166 CP, constituye un tipo ultraagravado o hiperagravante, en base a cualidades de la víctima: que sea menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección; que exista atentado contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima.

Capítulo IX

1 En el capítulo noveno se examina el *iter criminis*, y en él se integran tres subtemas de relevancia para el nacimiento del delito del secuestro: en primer lugar, los actos preparatorios de la conspiración, proposición y

provocación; en segundo lugar, la ejecución de la tentativa y la consumación del delito, y por último, el desistimiento en el delito de secuestro.

2 Por regla general en el Derecho penal los actos preparatorios son punibles solamente en aquellos casos de tipos delictivos que expresamente los prevean, en virtud de la cláusula de *numerus clausus*, estando previstos para el secuestro en el artículo 168 del CP, que contempla la conspiración, proposición y la provocación, excluyéndose la apología delictiva.

3 Los actos ejecutivos son dos: el imperfecto de la tentativa y la perfecta ejecución de la consumación, pero estas categorías conceptuales han experimentado un cambio de paradigma en la moderna teoría jurídico-penal, ya que la acción comunicativa ha configurado un cambio en razón a que ambos son actos ejecutivos del delito, por ello, la tentativa y la consumación están llenas de un sentido, de una expresión de contrariedad a derecho, de quebrantamiento de la norma y por ello, una comunicación defectuosa en el seno del sistema social, que conlleva una pena para reafirmar la validez de la norma penal quebrantada.

4 La configuración de la tentativa en el secuestro se origina en el momento de la ejecución de las conductas de detener y encerrar, pero con la imposición de una condición. Para dilucidar si hay tentativa o consumación de secuestro, las distintas formas de resolución dogmática a este dilema van desde el plan objetivo o plan delictivo del autor, exigiendo que el sujeto sabía y quería realizar la acción, o derivando del contexto global la determinación del hecho criminal, o bien basándose en la imputación objetiva para establecer desde una postura objetiva si realmente hay tentativa de secuestro, partiendo del rol social que quebranta el sujeto activo en el orden general o especial.

5 La consumación es el acto ejecutivo perfecto de la ejecución delictiva. El secuestro se consuma no sólo cuando el sujeto activo infringe la norma de conducta, y realiza todos los elementos del tipo penal del secuestro, entre ellos, el detener, encerrar, privar de la libertad y condición o rescate, además de estos elementos, sino que es necesario que se genere el resultado típico de la lesión de libertad ambulatoria personal mediante la privación de libertad subsumible en el tipo de secuestro.

6 En el secuestro es irrelevante el agotamiento representado por el logro del rescate o la condicional impuesta para liberar a la víctima, porque el logro del importe del rescate es un efecto derivante o sobreviniente de la misma condición, que puede ser representado por una finalidad o ánimo no relevante a efectos de la punición, y cuya obtención no corresponde al sentido formal de la descripción típica del delito de secuestro del artículo 164 CP, pues hay ya una realización típica con la exigencia de la condición y aquí es donde se consuma el secuestro, no antes ni después.

7 El desistimiento del delito del secuestro admite una modalidad ejecutiva doble: mediante una acción u omisión, por dejar de ejecutar la conducta típica hacer lo pretendiente a la realización del secuestro, en pocas palabras en el abandono de la realización criminal, o evitar la evitación de la actividad de la producción del resultado típico del delito comenzado. Si a pesar del desistimiento existiera un riesgo residual, se imputará al sujeto activo por ese riesgo residual, pues él es autorresponsable de su interacción deficiente en el mundo social. El desistimiento en el secuestro puede referirse a tres ámbitos: en primer lugar, en los actos preparatorios del secuestro por la falta de exteriorización de algo jurídicamente relevante; en segundo lugar, en la tentativa de secuestro sólo se podrá imputar en caso de su existencia un riesgo residual para la víctima o terceros; y por último, en tercer lugar, si hay consumación habrá responsabilidad en su caso a tenor del tipo privilegiado del art. 163.2 conforme al cual se impondrá la pena inferior en grado si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto.

Capítulo X

1 En el delito del secuestro es factible la realización de cualquiera de las formas de intervención delictiva, ya sea desde la autoría directa realizada por un solo sujeto, ya sea en coautoría cuando hay una decisión vinculante de trabajo entre los interactuantes del injusto del secuestro, realizando una división de papeles o roles para realizar el secuestro.

2 La autoría mediata existe cuando se utiliza a un sujeto como instrumento para secuestrar, pues dicho instrumento es no persona en derecho, es decir, un sujeto, inimputable, por lo que presenta cierta problemática en orden a la realización del secuestro, siendo en cambio viable en el tipo básico de las detenciones ilegales.

3 La inducción es ampliamente viable en el delito de secuestro, ya sea simple inducción de un sujeto a otro, ya sea inducción en cadena, ya que no hay un límite de interactuantes que puedan inducir para realización del secuestro.

4 Es viable la cooperación necesaria en el delito del secuestro en aquellos casos en que la acción u omisión del cooperador sea previa a la puesta en práctica de la ejecución delictiva, pero dicha conducta no debe ser neutral, ya que hay una vinculación al plan delictivo de los secuestradores, por división de trabajo vinculante para sustentar el sentido delictivo del secuestro.

5 Por último, estamos ante un caso de complicidad en el secuestro cuando se realiza un aporte al plan delictivo en la fase previa, caracterizado por ser una conducta neutral del mundo social pero transida de sentido contrario a la norma por la adhesión al sentido delictivo de la conducta delictiva.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. “Delitos contra la libertad, con especial referencia a la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en Carlos SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (Coord.), *Manual de Derecho penal*, tomo II, Parte especial, 3ª. edic, Editorial Thomson civitas-Aranzadi, 2005, págs. 129 y sigs.
- AA.VV. “Delitos contra la libertad”, en Luis RODRÍGUEZ RAMOS (Director), *Código penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, 4ª. edic, Editorial La ley, Madrid, 2011, págs. 730 y sigs. También AA.VV. “Delitos contra la libertad”, en Luis RODRÍGUEZ RAMOS (Director), *Código penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, 5ª. edic, Editorial La ley, Madrid, 2015, págs. 889 y sigs.
- AA.VV. *Diccionario del español jurídico*, Santiago MUÑOZ MACHADO (Director), Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2016.
- ABAD CASTELOS, Montserrat, “La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito”, *ADPCP*, tomo 50, fascículo I, Madrid, 1997, págs. 457 y sigs.
- EAD., *La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y el Derecho internacional. Obligación estatales previas, coetáneas y posteriores a la comisión del delito*, Editorial Ministerio del interior, Secretaría general técnica, Madrid, 1997.
- ACALE SÁNCHEZ, María, “Delitos contra la libertad”, en Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (Director), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*, Tomo III, Derecho penal. Parte especial, vol. 1, 2ª. edic, Editorial Iustel, Madrid, 2016, págs. 101 y sigs.
- ACHENBACH, Hans, “Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad”, traducción del alemán por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, en Bernd SHÜNEMANN (Compilador), *El sistema moderno del Derecho penal, cuestiones fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pág. 134 y sigs.
- AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Editorial Edersa, Madrid, 1999. Como también EAD., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2012.
- EAD., *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal. Manifestaciones del principio de inexigibilidad de las categorías del delito*, Editorial Comares, Granada, 2004.
- ALONSO ÁLAMO, Mercedes, *Bien jurídico penal y Derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Editorial Ediciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 2014.
- ALONSO PÉREZ, Francisco, *Detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Editorial La Ley-actualidad, Madrid, 1997.
- AMELUNG, Knut, “Sobre el baremo de la responsabilidad de los supuestos de autoría mediata por dominio sobre un sujeto no responsable que se autolesiona”, traducción del alemán

por David Felip I SABORIT, en J.M. SILVA SÁNCHEZ / B. SCHÜNEMANN / J. DE FIGUEIREDO DIAS (Coords.), *Fundamentos de un sistema Europeo del Derecho penal, Libro homenaje a Claus Roxin con ocasión de su doctorado honoris causa por la Universidad de Coimbra*, Editorial José María Bosch, Barcelona, 1995, págs. 323 y sigs.

ID., “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, traducción del alemán por Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, en Roland HEFENDEHL, (ED.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER GUIRAO / María MARTÍN LORENZO / Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 227 y sigs. Como también, ID., “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, traducción del alemán por Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, en Roland HEFENDEHL, (ED.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER GUIRAO / María MARTÍN LORENZO / Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2016, págs. 221 y sigs

AMESCUA CHÁVEZ, Cristina, “El secuestro virtual en el continuum de la violencia. Visibilizar lo que se oscurece”. *Trace*, número 57, México, D.F., junio 2010, págs. 111 y sigs.

AMORÓS RICA, Narciso / MERLIN WALCH, Olivier, *Dictionnaire juridique (Diccionario jurídico)*, español-francés, 3ª. edic, Editorial Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1993.

ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal. Parte general*, revisado y actualizado por Luigi CONTI, traducción del italiano por Jorge GUERRERO / Mariano AYERRA REDÍN, 8ª. edic., Editorial Temis, Bogotá, 1988.

ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal. Parte especial*, por J.A. RODRÍGUEZ MUÑOZ / T. Jaso ROLDAN / J.Mª RODRÍGUEZ DEVESA, tomo II, Editorial Gráfica, Madrid, 1946.

ID., “Historia del Código Penal de 1822”, *ADPCP*, tomo 18, fascículo II, Madrid, 1965, págs. 263 y sigs.

ID., “Historia del Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco PACHECO”, *ADPCP*, tomo 19, fascículo III, Madrid, 1965, págs. 473 y sigs.

ID., “Historia del Código Penal de 1870”, *ADPCP*, tomo 23, fascículo II, Madrid, 1970, págs. 229 y sigs.

ID., “Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código Penal español”, *ADPCP*, tomo 25, fascículo II, Madrid, 1972, págs. 249 y sigs.

ID., “Recensión a: José Antonio SAINZ CANTERO, Aspectos criminológicos y jurídicos del secuestro de aeronaves”, *ADPCP*, tomo 25, fascículo I, Madrid, 1972, págs. 205 y sigs.

ID., *Derecho penal. Parte general*, anotado y puesto al día por José Julián HERNÁNDEZ GUIJARRO / Luis BENEYTEZ MERINO, 2ª. edic, Editorial Akal, Madrid, 1986.

ANZIT GUERRERO, Ramiro, *Derecho penal y paradigma criminológico en América Latina*, Editorial Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2011.

- AÑEZ CASTILLO, María Alejandra / LEONTE HAN-CHEN, Pablo, “Metamorfosis del delito de secuestro en el Estado Zulio, Venezuela”, *RC*, vol. LII, Núm. 2, Bogotá, Diciembre 2010, págs. 15 y sigs.
- ID., “La política en Venezuela. Especial referencia a la conflictividades social en torno al delito de secuestro”, *Política criminal, Revista electrónica semestral de políticas públicas en materia penales*, vol. 6, Núm. 11, Chile, julio 2011, págs. 19 y sigs. (Accesible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos>).
- ID., *La política en Venezuela. Especial referencia al delito de secuestro*, Editorial Académica española, U.S.A., 2012.
- APARICIO GALLEGO, Javier, “Los precedentes aeronáuticos del Convenio de Roma para la protección penal del tráfico marítimo internacional”, en *Liber amicorum. Libro homenaje al Prof. Luis Tapia Salinas*, Editorial Asamblea general del Instituto iberoamericano de Derecho aeronáutico, Madrid, 1989, págs. 15 y sigs.
- ARBOLEDA RIPOLL, Fernando, “La teoría de la pena de Günther Jakobs”, en AA.VV. *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Editorial Legis, Bogotá, 2005, págs. 13 y sigs.
- ARELLANO TREJO, Efrén, *Secuestro actualización del marco jurídico*, Editorial Centro de Estudios Sociales y de opinión pública, México, D.F., 2009.
- ARIAS EIBE, Manuel José, *El error en Derecho penal en el Código de 1995*, Cuadernos Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, Núm. 33, Editorial Dykinson, Madrid, 2007.
- ARIEL GALPERN, Mariano, “El secuestro virtual. ¿estafa o extorsión?”, *RDyPC*, número 10, Buenos Aires, noviembre 2013, págs. 29 y sigs.
- ARMIDA, Delia, *Duelo en secuestro información y terapia a víctimas*, Editorial Quimera, México, D.F., 2009.
- ARNDT, Andreas, “Espaciosos de la libertad. Universalidad abstracta y concreta en la filosofía del Derecho de Hegel”, en Miguel GIUSTI (editor), *Dimensiones de la libertad. Sobre la actualidad de la Filosofía del Derecho de Hegel*, Editorial Anthropos, Madrid, 2014, págs. 25 y sigs.
- ARROYO ZAPATERO, Luis, “El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea”, *RP*, número 3, Barcelona, 1999, págs. 5 y sigs.
- ARTOLA, Miguel, *La burguesía revolucionaria (1808-1869)*, Editorial Alfaguara, Madrid, 1973.
- BAEZA AVALLONE, Vicente, “Los delitos del terrorismo en las leyes 56/1978 y 82/1978”, *Escritos penales*, Instituto de criminología y departamento de Derecho penal, José Ramón CASABÓ RUIZ (Director), Editorial Artes Gráficas Soler, Valencia, 1979, págs. 35 y sigs.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Los delitos de estafa en el Código penal*, Editorial Universitaria ramón areces, Madrid, 2004.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / DÍAZ MORATO Y VILLAREJO, Julio, *Manual de Derecho penal. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, 3ª. edic, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1995.

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel / PÉREZ MANZANO, Mercedes / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Manual de Derecho penal. Delitos patrimoniales y económicos*, 2ª. edic, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- BARBER BURUSCO, Soledad, *Los actos preparatorios del delito*, Editorial Comares, Granada, 2004.
- BARBERO SANTOS, Marino, “El Bandolerismo en la legislación vigente”, *ADPCP*, tomo 23, fascículo II, Madrid, 1970, págs. 253 y sigs.
- BARROSO Y ARRIETA, José M, *Código Penal vigente, texto orígenes y doctrina legal*, Editorial Tipo-lit.de J. Casamojón, Barcelona, 1907.
- BASSIOUNI, Cherif, “El Derecho penal internacional. Historia, objetivos y contenido”, traducción del inglés por José L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *ADPCP*, tomo 35, fascículo I, Madrid, 1982, págs. 5 y sigs.
- BECAS FERNÁNDEZ, Jesús Ramón, “La participación europea en la lucha internacional contra la piratería en el cuerno de África. La operación Atalanta”, en AA. VV., *Crisis somalí, piratería e intervención internacional*, Editorial Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2009, págs. 149 y sigs.
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, traducción del alemán por Jorge NAVARRO / Daniel JIMÉNEZ / Mª. Rosa BORRÁS, Editorial Paidós ibéricos, Barcelona-Buenos Aires-México, 2002.
- BENAVENT, Julia / BERTOMEU, María José, *El secuestro que ordenó Carlos V*, Editorial Universidad de Valencia, Valencia, 2012.
- BENEYTEZ MERINO, Luis, *Libertad protegida. Introducción al estudio de los delitos contra la libertad y seguridad de las personas*, Editorial Colex, Madrid, 1994.
- BERBELL BUENO, Carlos / RODRÍGUEZ VIDALES, Yolanda, *Historia de la justicia*, Editorial La ley, Madrid, 2009.
- BERGÉS, Alfredo, “El Derecho como sistema de niveles de libertad”, en Miguel GIUSTI (editor), *Dimensiones de la libertad. Sobre la actualidad de la filosofía del Derecho de Hegel*, Editorial Anthropos, Madrid, 2014, págs. 38 y sigs.
- BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Bandolerismo y delincuencia subversiva en la baja Andalucía*, Editorial Establecimiento tipográfico de Fortanet, Madrid, 1912.
- ID., *Derecho penal. Parte especial*, 2ª. edic, Editorial José M. Cajica, Jr., S.A., México-Buenos Aires, 1957.
- BERRUEZO, Rafael “El tipo subjetivo. El dolo”, en Carlos A. PINEDO SANDOVAL (Coord.), *Imputación subjetiva. Seis aportes fundamentales al debate jurídico-penal contemporáneo*, Editorial Ara, Lima, 2012, págs. 125 y sigs.
- BESARES ESCOBAR, Marco Antonio / GÓMEZ TORRES, Israel de Jesús, *El secuestro. Análisis dogmático y criminológico*, 3ª. edic, Editorial Porrúa, México, D.F., 2003.
- BINDING, Karl, *La culpabilidad en Derecho penal*, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, y estudio preliminar de Germán ALLER, Editorial B de F, Buenos Aires - Montevideo, 2009.

- BIRNBAUM, Johann Michael Franz, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, traducción del alemán y estudio preliminar por José Luis GUZMÁN DALBORA, Editorial B de F, Buenos Aires–Montevideo, 2010.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, “Negocios socialmente adecuados y delitos de blanqueo de capitales”, *ADPCP*, tomo 50, fascículo I, Madrid, 1997, págs. 263 y sigs.
- ID., “Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales. La situación en Alemania tras la sentencia del tribunal constitucional alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3.2004)”, *RGDP*, número 3, 2005, págs. 1 y sigs. (Accesible en: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8&numero=3).
- ID., “Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado”, en Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª. edic, Editorial La ley, Madrid, 2011, págs. 855 y sigs.
- BLANCO LOZANO, Carlos, “Libertad y tutela jurídico-penal”, en Juan José GONZÁLEZ RUS (Coord.), *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Editorial Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996, págs. 73 y sigs.
- ID., *Tratado de Derecho penal español*, tomo II, El sistema de la parte especial, vol. 1, Delitos contra bienes jurídicos individuales, Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 2005.
- ID., “Extorsión. Usurpación”, en Miguel POLAINO NAVARRETE (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo II, Adaptadas a las leyes orgánicas 2/2010 y 5/2010 de reforma del Código penal, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, págs. 83 y sigs.
- BOLEA BARDÓN, Carolina, *La cooperación necesaria. Análisis dogmático y jurisprudencial*. Colección justicia penal, Núm. 1, Editorial Atelier, Barcelona, 2004.
- EAD., “Delitos contra la libertad”, en Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Directora), *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, tomo I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 111 y sigs. Como también, EAD., “Delitos contra la libertad”, en Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Directora), *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, tomo I, actualizado con las LLO., 1/2015 y 2/2015, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 105 y sigs.
- BOLEA BARDÓN, Carolina / ROBLES PLANAS, Ricardo, “La tipificación de las detenciones ilegales policiales”, *Indret* 4/2006, págs. 1 y sigs. (Accesible en: http://www.indret.com/pdf/381_es.pdf).
- BRAUER, Daniel, “Libertad y autoconciencia. Acerca de los fundamentos de la normatividad en la Filosofía práctica de Hegel”, en Miguel GIUSTI (editor), *Dimensiones de la libertad. Sobre la actualidad de la Filosofía del Derecho de Hegel*, Editorial Anthropos, Madrid, 2014, págs. 53 y sigs.
- BREGLIA ARIAS, Omar, *Extorsión. Análisis de sus cinco especies delictuales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011.
- BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Delitos contra la propiedad. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Mave, Buenos Aires, 1998.
- ID., *Delitos contra la libertad. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Mave, Buenos Aires, 1999.

- BURKHARFT, Björn, “Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez, una aportación contra la confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”, traducción del alemán por Nuria PASTOR MUÑOZ, en Jürgen WOLTER / Georg FREUND (Eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 153 y sigs.
- BUROZ ARISMENDI, René, *Secuestro*, Editorial Cojo, Caracas, 1973.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “El delito de práctica ilegal de la detención por parte del funcionario público, art. 184 CP”, *CPC*, número 20, Madrid, 1983, págs. 335 y sigs.
- ID., *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2ª. edic, Editorial Ariel, Barcelona, 1991.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan / VALENZUELA BEJAS, Manuel, *Derecho penal latinoamericano comparado. Parte general*, tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1981.
- CABANELLAS, Guillermo, / ZAMORA Y CASTILLO, Luis Alcalá, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, tomo V, 12ª. edic, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1730.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, actualizado por Guillermo CABANELLAS DE LA CUEVAS, Tomo 7, 29ª. edic, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Código Penal comentado*, Editorial Deusto, Bilbao, 2005.
- CALSAMIGLIA, Albert, *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, 2ª edic, Editorial Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1978.
- CAMPOS AZUARA, Alejandro, *El secuestro económico la nueva forma de criminalidad en el México neoliberal*, Editorial Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, D.F., 2003.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. Imputación a la víctima”, *RDPC*, número 2, 2ª época, Madrid, 1998, págs. 49 y sigs.
- ID., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª edic, Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 2001.
- ID., Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Editorial Ángel editor, México, D.F., 2001.
- ID., “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, en Jacobo López BARJA DE QUIROGA / José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (Coords.), *Dogmática y la ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 67 y sigs. También publicado en: Reyna ALFARO (coord.), *Sistemas penales iberoamericanos. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, Ara editores, Lima, Perú, 2004, pp. 685 a 712; también en: *Derecho penal contemporáneo. Revista internacional*, (Bogotá, Colombia), N°. 10 (2005), pp. 43 a 74; también en: *Revista Latinoamericana de Estudios en Ciencias Penales y Criminología* 001-2 (2006), (Lima, Perú), en: <<http://www.ilecip.org/revista2006.html>>; también publicado en: <<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/>> (Departamento de Derecho penal la Facultad de Derecho de la Université de Fribourg (Suiza) - enero 2008).

- ID., “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”, en María Eloísa QUINTERO / Miguel POLAINO-ORTS (Coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2ª. edic, Editorial Flores editor, México, D. F., 2012, págs. 493 y sigs; También ID., “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coord.), *Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, tomo I, Editorial Universidad externado de Colombia, Centro de investigaciones en filosofía y derecho, Bogotá, 2003, págs. 211 y sigs; ID., “Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva”, en AA.VV. *Imputación objetiva y dogmática penal*, Editorial Universidad de los andes, Mérida, Venezuela, 2005, págs. 205 y sigs.
- ID., “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, en Enrique DÍAZ ARANDA / Manuel CANCIO MELIÁ, *Imputación ¿objetiva? ¿normativa! del resultado a la conducta. Bases teórico-prácticas para la solución de casos complejos. Guardería ABC, new's divine, casino royal, lobohombo, contergan, etc.*, Editorial Flores editores, México D.F., 2013, págs. 147 y sigs. Como también ID., “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”, en AA.VV. *Imputación objetiva y dogmática penal*, Editorial Universidad de los andes, Mérida, Venezuela, 2005, págs. 87 y sigs.
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “El rasterfahndung en el derecho procesal penal alemán y su aplicación en la lucha antiterrorismo”, *RECPC* 06/2003, págs. 1 y sigs. (Accesible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06.html>).
- ID., “Caso de la Luftsicherheitsgesetz”, en Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª. edic, Editorial La ley, Madrid, 2011, págs. 911 y sigs.
- CAPITA REMEZAL, Mario, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Editorial Colex, Madrid, 2008.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos / GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, en Tomás S. VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1996, págs. 838 y sigs. También, IDS., “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, en AA. VV. *Derecho penal. Parte especial*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 180 y sigs.
- CARMIGNANI, Giovanni, *Elementos de Derecho criminal*, traducción del italiano por Antonio FORERO OTERO / Jorge GUERRERO, Editorial Temis, Bogotá, 1979.
- CARO JOHN, José Antonio, “Conductas neutrales y prohibición de regreso”, en José ANTONIO CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2009, págs. 163 y sigs.
- ID., “Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima”, en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2009, págs. 203 y sigs.
- ID., “Imputación subjetiva”, en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2009, págs. 259 y sigs.

- ID., *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudio de Derecho penal funcionalista*, Editorial Ara, Lima, 2010.
- ID., *Manual teórico-práctico de la teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, Editorial Ara, Lima, 2014.
- CARO JOHN, José Antonio / POLAINO-ORTS, Miguel, “Neutralidad y acción en Derecho penal. Consecuencias dogmáticas”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS / José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO / Juan C. GEMIGNANI, *Legitimación del Derecho penal*, Editorial Ara, Lima, 2012, págs. 109 y sigs.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, “El proyecto de reforma penal de 1949”, *ADPCP*, tomo IV, fascículo III, Madrid, 1951, págs. 569 y sigs.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl / CARRANCA Y RIVAS, Raúl, *Código penal anotado*, 12ª. edic, Editorial Porrúa, México, D.F., 1987.
- ID., *Derecho penal mexicano. Parte general*, 19ª. edic, Editorial Porrúa, México, D.F., 1997.
- CARRANZA PIÑA, Jorge Eduardo, *La inculpabilidad y la exigibilidad penal*, 2ª. edic, Editorial Leyer, Bogotá, 2012.
- CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*, traducción del italiano por ORTEGA TORRES, José J. / GUERRERO, Jorge, vol. II, 4ª. edic, Editorial Temis, Bogotá, 1986.
- ID., *Programa de Derecho Criminal*, traducción del italiano por ORTEGA TORRES, José J. / GUERRERO, Jorge, vol. IV, 4ª. edic, Editorial Temis, Bogotá, 1987.
- CARRIÓN TIZCAREÑO, Manuel, *El secuestro en México*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2010.
- DE LAS CASAS, Tere, *Banda del Automóvil gris*, Editorial Selector, México, D.F., 2003.
- CASTEJÓN, Federico, *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944*, Editorial Reus, Madrid, 1946.
- CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho penal. Parte general*, 37ª. edic, Editorial Porrúa, México, D.F., 1997.
- CASTILLO V., María del Pilar / BALBINOTTO, Giacomo, “Las Farc y los costos del secuestro”, *REI*, vol. 14, número 27, segundo semestre, Bogotá, 2011, págs. 147 y sigs.
- CASTRO MORENO, Abraham, *El error sobre las circunstancias atenuantes. El error sobre las circunstancias atenuantes genéricas modificativas de la responsabilidad y sobre los elementos accidentales de los tipos privilegiados*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2003.
- CERDA RUÍZ-FUNES, Joaquín, *Consideraciones sobre el hombre y sus derechos en Las Partidas de Alfonso el Sabio*, Editorial Universidad de Murcia, Murcia, 1963.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, con la colaboración de Alicia GIL, tomo I, 6ª. edic, 2ª. reimpr, Editorial Tecnos, Madrid, 2006.

- CHINOY, Ely, *La sociedad. Una introducción a la sociología*, traducción por Francisco LÓPEZ CÁMARA, 14ª reimpr. Editorial Fondo de cultura económica, México, D.F., 1985.
- CHIRINOS RIVERA, Sonia, “El delito de robo con toma de rehenes. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1986”, *PJ*, 2ª época, Número 6, Madrid, junio de 1987, págs. 123 y sigs.
- CLIMENT DURÁN, Carlos, *Detenciones ilegales policiales*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- ID., *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionarios público*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- CLUTTERBUCK, Ricardo, *Secuestro y rescate*, traducción del inglés por Andrés LINARES, Editorial Fondo de cultura económica, Madrid, 1979.
- COBO DEL ROSAL, Manuel, “La punibilidad en el sistema de la parte general del Derecho penal español”, *Estudios penales y criminológicos*, número 6, Santiago de Compostela, 1983, págs. 10 y sigs.
- COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal. Parte general*, puesto al día por María Isabel VALLDECABRES ORTIZ, 4ª. edic, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- COBOS GÓMEZ DE LINARES, Miguel Ángel / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, tomo II, Editorial Akal, Madrid, 1990.
- COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Imputación objetiva del comportamiento”, *RDyPC*, número 9, Buenos Aires, Octubre 2012, págs. 33 y sigs.
- ID., *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, Editorial Bosch, Barcelona, 2014.
- ID., *La evolución de la Política criminal*, Editorial Flores editor, México, D.F., 2016.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso-presunción de inocencia e in dubio pro reo”, en José Luis DÍEZ RIPOLLÉS / Carlos María ROMEO CASABONA / Luis GRACIA MARTÍN / Juan Felipe HIGUERA GUIMERA (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003, págs. 593 y sigs;
- EAD., *El delito imprudente. Criterio de imputación del resultado*, 2ª edic, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005. Como también EAD., *El delito imprudente. Criterio de imputación del resultado*, Editorial PPU, Barcelona 1989.
- CÓRDOBA LOBO, Fernando, *De terrorismo, secuestros y sotanas*, Editorial Gernika, México, D.F., 2008.
- CÓRDOBA RODA, Juan, “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, *ADPCP*, tomo 17, fascículo III, Madrid, 1964, págs. 383 y sigs.
- ID., “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, *ADPCP*, tomo 18, fascículo I, Madrid, 1965, págs. 1 y sigs.

- ID., *Culpabilidad y pena*, Editorial Bosch, Barcelona, 1977.
- ID., “El proyecto de Código penal”. Presentación, *RJC*, Editorial Bosch, Barcelona, 1980, págs. 3 y sigs.
- DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica del terrorismo*, Editorial Alianza, Madrid, 2006.
- ID., “¿Hasta qué punto convergen el terrorismo global y la criminalidad organizada?. Parámetros generales y escenario crítico”. *RIEEE*, 1/2013, págs. 1 y sigs. (<http://revista.ieee.es/index.php/ieee/article/view/41/37>).
- COROMINES, Joan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, Editorial Gredos, Madrid, 2008.
- CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, tomo I, 6ª. edic, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998.
- CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del derecho en México*, Editorial Oxford, México, D.F., 1999.
- CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal. Conforme al nuevo Código penal, texto refundido de 1944*, tomo II, 6ª. edic, Editorial Bosch, Barcelona, 1948.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español. Curso de iniciación a la parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, tomo 1, 2ª. edic, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- ID., *El Derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª. edic, Editorial Dykinson, Madrid, 2002.
- ID., “Sobre el tipo de tentativa”, en AA.VV. *Libro homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 253 y sigs.
- ID., *El Derecho penal español. Parte general*, tomo II, vol. 2, teoría del delito, Editorial Dykinson, Madrid, 2009.
- ID., “¿Participación imprudente y por omisión o prohibición de regreso”, *CPC*, número 106, Madrid, 2012, págs. 97 y sigs.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Editorial Tecnos, Madrid, 2011. También, IDS., *Curso de Derecho penal. Parte general*, 2ª. edic, Editorial Tecnos, Madrid, 2014. IDS., *Curso de Derecho penal. Parte general*, 3ª. edic, Editorial Tecnos, Madrid, 2015.
- DAHRENDORF, Ralph, *Homo sociologus. Un ensayo sobre la historia, significado y crítica de la categoría del rol social*, traducción por José BELLOCH ZIMMERMANN, Editorial Instituto de estudios políticos, Madrid, 1973.
- DAZA BONACHELA, María del Mar / JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Compensación a las víctimas de delitos violentos en España. Distintos raseros”, *CPC*, número 110, Madrid, 2013, págs. 115 y sigs.
- DÍAZ PALOS, Fernando, “Los delitos en especie. Glosa al «tratado» de Quintano RIPOLLÉS. Infracciones patrimoniales”, *ADPCP*, tomo 22, fascículo I, Madrid, 1969, págs. 15 y sigs.

- ID., “Infracciones contra el patrimonio”, El proyecto de Código penal, *RJC*, Editorial Bosch, Barcelona, 1980, págs. 60 y sigs.
- DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1994.
- Diccionario de la Real Academia española (Accesible en: <http://www.rae.es/>).
- DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 18ª. edic, Editorial Tecnos, Madrid, 2013.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1990.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis / GRACIA MARTÍN, Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales vida humana independencia y libertad*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1993.
- DOMÍNGUEZ IRIBARREN, Florencio, “El enfrentamiento de ETA con la democracia”, en Antonio ELORZA (coord.), *La historia de ETA*, Editorial Temas de Hoy, Madrid, 2006.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho penal parte especial*, tomo II-A, Editorial Rebinzal-culzoni, Buenos Aires, 2001.
- ID., *Derecho penal parte especial*, tomo II-B, Editorial Rebinzal-culzoni, Buenos Aires, 2001.
- DURKHEIM, Emile, *Las reglas del método sociológico*, traducción de Ernestina DE CHAMPOURCÍN, 2ª reimpr. Cuaderno de la gaceta, Núm. 30, Editorial Fondo de cultura económica, México, D.F., 2001.
- ELLIS, Geoffrey, *Napoleón*, traducción por Pilar PLACER PEROGORDO, 3ª. edic, Editorial Ediciones folio, edita ABC., Madrid, 2004.
- ESCRIHUELA CHUMILLA, F. Javier, *Todo penal*, Editorial La ley, Madrid, 2011, págs. 1 y sigs (accesible en: laleydigital.es, la ley 373/2012).
- ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1976.
- ESCUCHURI AISA, Estrella, “Detenciones ilegales y robo con intimidación. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2003”, *RDPC*, 2ª. Época, número 13, Madrid, 2004, págs. 325 y sigs.
- DE ESTEBAN, Jorge, *Las constituciones de España*, Editorial Taurus, Madrid, 1981.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, tomo III, 3ª. edic, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- EUNAT, *Estrategias de prevención y respuesta. Secuestro, toma de rehenes, extorsión*, Oficina de publicidad de la unión europea, Luxemburgo, 2012.
- FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, *Delimitación entre error de tipo y de prohibición. Las remisiones normativas, un caso problemático*, Editorial Civitas, Navarra, 2009.
- FALCÓN CARO, María del Castillo, “El delito de detención ilegal con desaparición forzada”, *CPC*, número 67, Madrid, 1999, págs. 131 y sigs.

- FARALDO CABANA, Patricia, “Sobre la doble (y confusa) regulación de la piratería aérea en el Derecho penal español”, *Diario La Ley*, número 7843, Madrid, 23 de abril de 2012, págs. 1 y sigs.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, Editorial Colex, 1997.
- ID., “La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo”, *CPC*, número 65, Madrid, 1998, págs. 269 y sigs.
- ID., *Límites de la participación criminal. ¿Existe una «prohibición de regreso» como límite general del tipo en Derecho penal?*, Editorial Comares, Granada, 1998. Como también ID., *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, Editorial Ángel editor, México, D.F., 2002, págs. 31 y sigs.
- ID., “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, *RDPCICPC*, vol. 21, número 69, Bogotá, 2000, págs. 37 y sigs. Como también ID., “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal. Fundamento y consecuencia dogmáticas”, *RDPC*, número extra 1, Madrid, 2000, págs. 93 y sigs; ID., *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, Editorial Ángel editor, México, D.F., 2002, págs. 103 y sigs.
- ID., *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*, Editorial José María Bosch, Barcelona, 2001.
- ID., *Comportamiento de terceros en Derecho penal*, Editorial Ángel editor, México, D.F., 2002.
- ID., *Imputación objetiva en Derecho penal*, Monografías penales, número 2, Editorial Grijley, Lima, 2002.
- ID., *Teoría de la imputación objetiva. Estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución*, 2ª. reimpr, Editorial Ángel editor, México, D. F., 2003.
- ID., *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007.
- ID., *La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
- FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, *Nuevo política criminal para el combate del delito de secuestro*, Editorial Ubijus, México, D.F., 2010.
- ID., “Observaciones críticas a la ley general para prevenir y sancionar los delitos de secuestro: delitos graves y libertad”, en *La situación actual del sistema penal en México: XI jornadas sobre justicia penal*, Coordinadores Sergio GARCÍA RAMÍREZ y Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2011.
- FERNÁNDEZ BARRUTIA, Jesús, *Datos prácticos sobre el Código penal de 1944*, Editorial Viuda de Juan Pueyo, Madrid, 1945.
- FERRERO HIDALGO, Fernando / RAMOS REGO, Ma. Ángeles, *Delitos de lesiones y contra la libertad y seguridad individual*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998.

- VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, traducción de la 14ª. edición alemana por Eugenio Raúl ZAFFARONI / Irma HAGEMEIERS, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- FLORES ARNAUD, Gerardo / MARTÍNEZ RÍOS, Selene, “La política criminal bajo la cínica sombra del secuestro”, *RSP*, número 5, Editorial Ubijus, México, D.F., 2009, págs. 149 y sigs.
- FRISCH, Wolfgang, “Ejemplificación del cambio de perspectiva en la discusión sobre la autopuesta en peligro. Líneas básicas de una teoría de la conducta típica a la vista de la posible conducta de la víctima”, traducción del alemán por Beatriz DE LA GÁNDARA VALLEJO, en Enrique BACIGALUPO (Dir.), supervisor y coordinador de la traducción Arturo VENTURA PÜSCHEL, *Tipo penal e imputación objetiva*, Editorial Colex, Madrid, 1995, págs. 117 y sigs.
- ID., “La imputación objetiva. Estudio de la cuestión”, traducción del alemán por Ricardo ROBLES PLANAS, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra*, Editorial Civitas, Madrid, 2000.
- ID., *Comportamiento típico e imputación del resultado*, traducción del alemán por Joaquín CUELLO CONTRERAS / José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2004.
- ID., “Pena, delito y sistema del delito en transformación”, traducción del alemán por Ivó COCA VILA, *Indret* 3/2014, págs. 1 y sigs. (Accesible en <http://www.indret.com/pdf/1065.pdf>)
- ID., *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, traducción del alemán por Ivó Coca Vila, y estudio preliminar de Ricardo ROBLES PLANAS, Editorial Atelier, Barcelona, 2015.
- GALLAS, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, traducción del alemán por Juan CÓRDOBA RODA, Editorial Bosch, Barcelona, 1959.
- GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco, “Prólogo de la tercera edición”, en Marco Antonio BESARES ESCOBAR / Israel de Jesús GÓMEZ TORRES, *El secuestro. Análisis dogmático y criminológico*, 3ª. edic, Editorial Porrúa, México, 2003, págs. VII y VIII.
- ID., *El concepto de autor del delito. Estudio de legislación, jurisprudencia y doctrina penal*, Editorial Ubijus, Delegación Azcapotzalco, México, D.F., 2007.
- ID., *Etapas de realización del delito. Iter criminis*, Editorial Ubijus, Delegación Azcapotzalco, México, D.F., 2015.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “¿Dogmática penal sistema? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, *DOXA*, Cuadernos de filosofía del derecho, número 23, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2000, págs. 233 y sigs.
- GARCÍA CAVERO, Percy, “La imputación subjetiva en el Derecho penal”, en Carlos A. PINEDO SANDOVAL (Coord.), *Imputación subjetiva. Seis aportes fundamentales al debate jurídico-penal contemporáneo*, Editorial Ara, Lima, 2012, págs. 15 y sigs.
- ID., “La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS / José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO / Juan C.

- GEMIGNANI, *Legitimación del Derecho penal*, Editorial Ara, Lima, 2012, págs. 177 y sigs.
- GARCÍA DE CORTÁZAR, José Ángel, *La época medieval*, Editorial Alfaguara, Madrid, 1973.
- GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel, *Noticias de un secuestro*, Editorial Random House Mondadori, Barcelona, 1999, (reproducido ahora en 2ª. edición facsímil por Debolsillo Editorial, Barcelona, 2010).
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 53ª. edic, Editorial Porrúa, México, D.F., 2002.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1977.
- GARCÍA ROVERSI, Susana P., “El rol de la mujer en el delito de secuestro. ¿Delincuente, cómplice o víctima?”, *El perfilador*, número 7, Madrid, marzo 2012, págs. 59 y sigs.
- GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Manual de historia del Derecho español*, tomo I, 5ª. edic, Editorial Artes Gráficas, Madrid, 1973.
- GEMIGNANI Juan Carlos, “Autoría, participación e imputación objetiva”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS / José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO / Juan C. GEMIGNANI, *Legitimación del Derecho penal*, Editorial Ara, Lima, 2012, págs. 199 y sigs.
- GENTILI, Alberto Adrián María (Coord.), “El delito de secuestro extorsivo en la República Argentina”, *La Gaceta caese*. El secuestro en américa latina, número 18, Bogotá, 2006, págs. 13 y sigs.
- GIDDENS, Anthony, *Sociología*, traducción por Teresa ALBERO, con la colaboración de Jesús ALBORÉS, Ana BALBÁS, José Antonio OLMEDA, José Antonio PÉREZ ALVAJAR y Miguel REQUENA, con la revisión técnica de Jesús CUELLAR MENEZO, 3ª. edic, Editorial Manuales, Madrid, 1998.
- GIL PÉREZ, Javier, “La piratería en el estrecho de Malaca. Lecciones para el caso somalí”, en AA. VV., *Crisis somalí, piratería e intervención internacional*, Editorial Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2009, págs. 97 y sigs.
- GIL VARGAS, Lidiette, “La Doctrina moderna del dolo eventual”, en María Eloísa QUINTERO / Miguel POLAINO-ORTS (Coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2ª. edic, Editorial Flores editor, México, D. F., 2012, págs. 622 y sigs.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “El delito de detención ilegal con desaparición forzada”, en *Libro homenaje al Prof. Agustín Fernández-Albor*, Editorial Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, págs. 361 y sigs. También publicado en *Estudios de Derecho penal*, 3ª. edic, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, págs. 103 y sigs.
- ID., *Estudios de Derecho penal*, 3ª. edic, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- ID., “Justificación y exculpación en Derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad. Legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes”, en Albin ESER / Enrique GIMBERNAT ORDEIG / Walter PERRON (Edit.), *Justificación y exculpación en Derecho penal. Coloquio Hispano-Alemán de Derecho penal*, Editorial Gráficas arias montano, S. A., Madrid, 1995, págs. 63 y sigs.

- ID., “Imputación objetiva y conducta de la víctima”, *ADPCP*, tomo 58, fascículo III, Madrid, 2005, págs. 733 y sigs. También ID., *Imputación objetiva y conducta de la víctima*, Editorial Ubijus, México, D.F., 2007.
- ID., *Autor y cómplice en Derecho penal. Anexo concurso de leyes, error y participación en el delito*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- ID., “Presentación”, en Roland HEFENDEHL (ED.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER GUIRAO / María MARTÍN LORENZO / Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 11 y sigs. Como también “Presentación”, en Roland HEFENDEHL (ED.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER GUIRAO / María MARTÍN LORENZO / Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2016, págs. 11 y sigs.
- ID., *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, Colección de maestros del Derecho penal número 24, 2ª. edic, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007. Como también ID., *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- ID., “Piratas sin pata de palo”, *Diario El Mundo*, 24 de noviembre del 2009. (Accesible en: <http://www.elmundo.es/opinión/tribuna-libre/2009/11/21232370.html>).
- ID., “De nuevo sobre el caso Haidar”, *Diario El Mundo*, 15 de diciembre del 2009. (Accesible en: <http://www.elmundo.es/opinión/tribuna-libre/2009/12/21531902.html>).
- ID., *Cursos Causales irregulares e imputación objetiva*, Colección de maestros del Derecho penal número 35, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011.
- ID., “Autor y cómplice en Derecho penal. Medio siglo después”, *Jueces para la democracia*, número 81, Madrid, 2014, págs. 56 y sigs.
- ID., “Prólogo a la segunda edición, julio de 1996”, *Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, Edición preparada por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, con la colaboración de Esteban MESTRE DELGADO, 22ª edic, Editorial Tecnos, 2015. Como también ID., “Prólogo a la segunda edición, julio de 1996”, *Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, Edición preparada por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, con la colaboración de Esteban MESTRE DELGADO, 23ª edic, Editorial Tecnos, 2016.
- GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Editorial Bosch, Barcelona, 1993.
- GIUSTI, Miguel, “Introducción”, en Miguel GIUSTI (editor), *Dimensiones de la libertad. Sobre la actualidad de la filosofía del derecho de Hegel*, Editorial Anthropos, Madrid, 2014, págs. 7 y sigs.
- GÓMEZ CARDOZO, Rubén, “Los delitos aeronáuticos”, en *Libro homenaje al Prof. Enrique Mapelli López*, Instituto iberoamericano de derecho aeronáutico y del espacio, y de la aviación comercial, Madrid, 2008, págs. 195 y sigs.
- GÓMEZ INIESTA, Diego, “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, en AA.VV. *Comentarios al Código penal*, Editorial Iustel, Madrid, 2007, págs. 397 y sigs.

- GÓMEZ PAVÓN, Pilar, “De los delitos contra la libertad y seguridad”, en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / Luis RODRÍGUEZ RAMOS, *Código Penal comentado*, Editorial Akal, 1990.
- GÓMEZ RIVERO, Ma. Del Carmen, *La inducción a cometer el delito*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1995.
- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *Evolución del secuestro en México y las decisiones del Poder Judicial de la Federación en la Materia*, 2ª. edic, Editorial Porrúa, México, D.F., 2005.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Ángel, *Manual de historia de la filosofía*, 3ª. edic, Editorial Gredos, Madrid, 1964.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Coord.), “Delitos contra la libertad, de las detenciones ilegales y secuestro”, *Derecho penal. Parte especial*, Actualizada a la Ley Orgánica 1/2015, 4ª. edic, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2015, págs. 133 y sigs.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *El Código penal comentado*, 4ª. edic, Editorial Porrúa, México, D.F., 1978.
- GONZÁLEZ PLACENCIA, Luis, “El secuestro en México”, *La Gaceta caese*, El secuestro en américa latina, número 18, Bogotá, 2006, págs. 3 y sigs.
- GONZÁLEZ RUS, J. J., “Los Robos”, en Manuel COBO DEL ROSAL (Dirigido), *Manual de Derecho penal. Delitos contra la propiedad*, vol. 2, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ SERRANO, José María, “Decreto –ley sobre represión de los delitos de bandidaje y terrorismo”, *ADGRN*, tomo II, Madrid, 1940-44, págs. 3 y sigs.
- GRACIA MARTÍN, Luis, “Prólogo”, en María Ángeles RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídicas-penales en el ámbito de lo injusto*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001, págs. 7 y sigs.
- ID., *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho penal moderno*, Serie Derecho penal, Núm. 2, Editorial Ubijus, Delegación Azcapotzalco, México, D.F., 2011.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo V, Editorial Esteban-hermanos, Salamanca, 1893.
- ID., *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo VI, Editorial Esteban-hermanos, Salamanca, 1896.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito, *Examen histórico del Derecho penal*, Editorial librería de Sánchez, Madrid, 1866 (reproducido ahora en edición facsimil por Analecta Editorial, Pamplona, 2003).
- GUTIÉRREZ SANTOS, Óscar, *Conducta típica e imputación objetiva en Derecho penal. Referencia al tipo penal de delincuencia organizada*, Editorial Flores editores, México, D.f., 2015.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Estudio preliminar”, en Johann Michael FRANZ BIRNBAUM, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, traducción del

alemán por José Luis GUZMÁN DALBORA, Editorial B de F, Buenos Aires–Montevideo, 2010, págs. 7 y sigs.

HABERMAS, Jürgen, “Reconciliación mediante el uso público de la razón”, traducción del alemán por Gerard VILAR ROCA, en Jürgen HABERMAS / John RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, Editorial Paidós, Barcelona- Buenos Aires-México, 1998, págs. 41 y sigs.

ID., *Acción comunicativa y razón sin transcendencia*, traducción del alemán por Pere FABRA ABAT, Editorial Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 2002.

HANDLIN, Oscar y Mary, *Las dimensiones de la libertad*, traducción del inglés por Andrés M. MATEO, Editorial Novaro, México D. F., 1963.

HASSEMER, Winfried, “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”, traducción del alemán por Francisco MUÑOZ CONDE, *CPC*, número 18, Madrid, 1982, págs. 473 y sigs.

ID., “Los elementos característicos del dolo”, traducción del alemán por María del Mar DÍAZ PITA, *ADPCP*, tomo 53, Fascículo III, Madrid, 1990, págs. 909 y sigs.

ID., “Consideraciones sobre la víctima del delito”, traducción del alemán por Rocío CANTARERO BANDRÉS, *ADPCP*, tomo 43, fascículo I, Madrid, 1990, págs. 241 y sigs.

ID., “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, traducción del alemán por Elena LARRAURI, *RPE*, número 1, Madrid, 1991, págs. 23 y sigs.

ID., “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico”, traducción del alemán por Beatriz SPÍNOLA TÁRTALO, en Roland HEFENDEHL (ED.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER GUIRAO / María MARTÍN LORENZO / Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 95 y sigs. Como también, ID., “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico”, traducción del alemán por Beatriz SPÍNOLA TÁRTALO, en Roland HEFENDEHL (ED.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER GUIRAO / María MARTÍN LORENZO / Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2016, págs. 91 y sigs.

HEFENDEHL, Roland, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, traducción del alemán por María MARTÍN LORENZO, en Roland HEFENDEHL (ED.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER GUIRAO / María MARTÍN LORENZO / Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 179 y sigs. Como también ID., “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, traducción del alemán por María MARTÍN LORENZO, en Roland HEFENDEHL (ED.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER GUIRAO / María MARTÍN LORENZO / Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2016, págs. 173 y sigs.

ID., “Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico”, traducción del alemán por María MARTÍN LORENZO, en Roland HEFENDEHL (ED.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER GUIRAO / María MARTÍN

- LORENZO / Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 409 y sigs. Como también ID., “Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico”, traducción del alemán por María MARTÍN LORENZO, en Roland HEFENDEHL (ED.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER GUIRAO / María MARTÍN LORENZO / Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2016, págs. 399 y sigs
- HEGEL, *Líneas fundamentales de la filosofía del derecho*, traducción del alemán por F.E.G. VICENTE, Editorial Revista de Occidente, Madrid, 1933.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier / BACH FABREGO, Roser / YLLANES SUÁREZ, Juan Pedro, “Jurisprudencia procesal-penal del Tribunal Supremo. Un análisis crítico”, *DPP*, número 18, Navarra, 2007, pág. 182 y sigs.
- HERNÁNDEZ, Tajero (coordinador), *El Digesto de Iustiniano*, tomo III, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1975.
- HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima. Compendio de Victimología*, Prólogo del Prof. Dr. Miguel POLAINO NAVARRETE, Editorial Edersa, Madrid, 1996.
- EAD., “Estafa. Apropiación indebida. Defraudación de fluido electrónico”, en Miguel POLAINO NAVARRETE (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo II, Adaptadas a las leyes orgánicas 2/2010 y 5/2010 de reforma del Código penal, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, págs. 91 y sigs.
- HERRARO RUBIO, Alejandro, *Secuestro internacional de personas. Discurso de apertura del curso 1968-69*, Editorial Universidad de Valladolid, Valladolid, 1968.
- HEYCK PUYANA, Caterina, *Derecho internacional, acuerdo humanitario y resolución pacífica del secuestro*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2011.
- HIRSCH, Hans Joachim, “Acerca de la crítica al “Finalismo””, traducción del alemán por Eduardo DENETRIO CRESPO, *ADPCP*, tomo 50, fascículo I, Madrid, 2005, págs. 5 y sigs.
- VON HIRSCH, Andrew, “El concepto de bien jurídico y el principio del daño”, traducción del alemán por Rafael ALCÁCER GUIRAO, en Roland HEFENDEHL (ED.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER GUIRAO / María MARTÍN LORENZO / Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 37 y sigs. Como también ID., “El concepto de bien jurídico y el principio del daño”, traducción del alemán por Rafael ALCÁCER GUIRAO, en Roland HEFENDEHL (ED.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER GUIRAO / María MARTÍN LORENZO / Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2016, págs. 33 y sigs.
- HOMERO, *Iliada*, traducción del griego al francés por LECONTE DE LISLE, Charles Marie René, y traducción del francés al español por Germán GÓMEZ DE LA MATA / Domingo PLÁCIDO SUÁREZ, Editorial la esfera de los libros, Madrid, 2009.
- IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético sociales*, Editorial Comares, Granada, 1999.

- JAKOBS, Günther, “Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal”, traducción del alemán por Joaquín CUELLO CONTRERAS, *ADPCP*, tomo 52, fascículo II, Madrid, 1989, págs. 637 y sigs.
- ID., *El concepto jurídico-penal de acción*, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, *CCA*, Núm. 11, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 1996. Como también ID., “El concepto jurídico-penal de acción”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 101 y sigs.
- ID., *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, *CCA*, Núm. 15, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- ID., *Derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción del alemán por Joaquín CUELLO CONTRERAS / José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2ª. edic, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ID., “Culpabilidad y prevención”, traducción del alemán por Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 73 y sigs.
- ID., “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el principio de confianza”, traducción del alemán por Enrique PEÑARANDA RAMOS, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 209 y sigs.
- ID., “Representación del autor e imputación objetiva”, traducción del alemán por Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 223 y sigs.
- ID., “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 241 y sigs. Como también ID., “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, en Wolfgang NAUCKE / Harro OTTO / Günther JAKOBS / Claus ROXIN, *La prohibición de regreso en Derecho penal*, traducción por Manuel CANCIO MELIÁ / Marcelo A. SANCINETTI, Colección de estudios número 11, Centro de investigaciones de Derecho penal y filosofía del derecho, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 1998, págs. 93 y sigs.
- ID., “Concurrencia de riesgos. Curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal”, traducción del alemán por Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 271 y sigs.
- ID., “Criminalización en el estudio previo a la lesión de un bien jurídico”, traducción del alemán por Enrique PEÑARANDA RAMOS, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de

Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 293 y sigs.

- ID., “El desistimiento como modificación del hecho”, traducción del alemán por Enrique PEÑARANDA RAMOS, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 325 y sigs.
- ID., “El principio de culpabilidad”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 365 y sigs. También ID., “El principio de culpabilidad”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, *ADPCP*, tomo 45, fascículo III, Madrid, 1992, págs. 1051 y sigs; También en *Derecho penal y criminología*, Revista del instituto de ciencias penales y criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, número 50, mayo-agosto 1993, págs. 125 a 155; También en *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, número 2, julio-diciembre de 1993, págs. 503 a 542; También ID., *Fundamentos del Derecho penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, págs. 13 y sigs; También ID., *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Editorial Palestra editores, Lima, 2000, págs. 133 y sigs.
- ID., “La organización de autolesión y heterolesión especialmente en caso de muerte”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 395 y sigs.
- ID., “Las coacciones por medio de amenazas como delito contra la libertad”, traducción del alemán por Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho penal*, y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 461 y sigs.
- ID., *La imputación objetiva en el Derecho penal*, traducción de alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997. Como también ID., *La imputación objetiva en el Derecho penal*, traducción de alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, y estudio preliminar de Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Editorial Civitas, Madrid, 1996. ID., *La imputación objetiva en el Derecho penal*, traducción de alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, Centro de investigación en filosofía y derecho, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 1994.
- ID., “La omisión. Estado de la cuestión”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, págs. 129 y sigs. Como también, ID., “La omisión. Estado de la cuestión”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra*, Editorial Civitas, Madrid, 2016, págs. 129 y sigs.
- ID., “La relevancia del dominio del acto para la determinación de la participación”, traducción del alemán por Miguel POLAINO NAVARRETE, *RCP*, número 6, Editorial Mave, 2000, Buenos Aires, págs. 87 y sigs.
- ID., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ / Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Editorial Civitas, Madrid, 2000.

- ID., “Actuar y omitir”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, en Manuel CANCIO MELIÁ / Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2003. Como también ID., “Actuar y omitir”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, en María Eloísa QUINTERO / Miguel POLAINO-ORTS (Coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2ª. edic, Editorial Flores editor, México, 2012.
- ID., “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, traducción del alemán por Teresa MANSO PORTO, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Editorial Civitas, Madrid, 2004, págs. 27 y sigs. Como también, ID., *La Ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, Traducción del alemán por Teresa MANSO PORTO, CCA, número 24, Centro de investigaciones de Derecho penal y filosofía del derecho, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- ID., “Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Editorial Civitas, Madrid, 2004, págs. 75 y sigs.
- ID., “La imputación penal de la acción y de la omisión”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Editorial Civitas, Madrid, 2004, págs. 99 y sigs. También ID., “La imputación penal de la acción y de la omisión”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *ADPCP*, tomo 49, Fascículo III, Madrid, 1996, págs. 835 y sigs.
- ID., “Acción y omisión en Derecho penal”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES / Luis Carlos REY SANFIZ, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Editorial Civitas, Madrid, 2004, págs. 149 y sigs. Como también ID., “Acción y omisión en Derecho penal”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES / Luis Carlos REY SANFIZ, *CPC*, número 74, Madrid, 2001, págs. 277 y sigs.
- ID., “Omisión” traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Editorial Civitas, Madrid, 2004, págs. 171 y sigs.
- ID., “La conducta de desistimiento”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, en AA.VV. *Libro homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 249 y sigs.
- ID., “La pena como reparación del daño”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, en AA.VV. *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Editorial Legis, Bogotá, 2005, págs. 339 y sigs.
- ID., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE, *El Derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política-criminal*, Editorial Flores editor, México, D. F., 2006, págs. 17 y sigs.
- ID., “La intervención delictiva”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES, *CPC*, número 85, Madrid, 2005, págs. 69 y sigs.

- ID., “La pena estatal. Significado y finalidad”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ / Bernardo FEJOO SÁNCHEZ, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Eduardo LÓPEZ BETANCOURT, *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática pos-finalista. Estudio de Derecho penal funcionalista*, Editorial Porrúa, México, 2006, págs. 15 y sigs. Como también ID., *La pena estatal. Significado y finalidad*, traducción del alemán y estudio preliminar por Manuel CANCIO MELIÁ / Bernardo FEJOO SÁNCHEZ, Editorial Civitas, Navarra, 2006.
- ID., *El Derecho penal como disciplina científica*, traducción del alemán de Alex VAN WEEZEL, Editorial Civitas, Navarra, 2008.
- ID., “Dolus malus”, traducción del alemán por Yamila FAKHOURI GÓMEZ, *Indret* 4/2009, págs. 1 y sigs. (Accesible en <http://www.indret.com/es>).
- ID., “¿Daño social?. Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho penal”, traducción del alemán por Miguel POLAINO-ORTS, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Editorial Ara, Lima, 2010, págs. 13 y sigs. También ID., “¿Daño social?. Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho penal”, traducción del alemán por Miguel POLAINO-ORTS, *CPC*, número 100, Madrid, 2010, págs. 29 y sigs. ID., “¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho penal”, traducción del alemán por Miguel POLAINO-ORTS, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS / José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO / Juan C. GEMIGNANI, en *Legitimación del Derecho penal*, Editorial Ara, Lima, 2012, págs. 11 y sigs.
- ID., “¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege?. Contradicción y prevención de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, en María Eloísa QUINTERO / Miguel POLAINO-ORTS (Coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2ª. edic, Editorial Flores editor, México, 2012, págs. 1 y sigs.
- ID., “El lado subjetivo del hecho”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, en María Eloísa QUINTERO / Miguel POLAINO-ORTS (Coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2ª. edic, Editorial Flores editor, México, D. F., 2012, págs. 45 y sigs; También ID., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Editorial Thomson civitas, Madrid, 2003, pág. 75 y sigs.
- ID., “Expectativas normativas”, traducción del alemán por José Antonio CARO JOHN, en Günther JAKOBS, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal. Expectativas normativas, intervención delictiva, Derecho penal del enemigo*, Editorial Servi-Copy, Sevilla, 2014.
- ID., “Prólogo”, traducción del alemán por Miguel POLAINO-ORTS, en Günther JAKOBS, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal. Expectativas normativas, intervención delictiva, Derecho penal del enemigo*, Editorial Servi-Copy, Sevilla, 2014.
- ID., *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal. Expectativas normativas, intervención delictiva, Derecho penal del enemigo*, traducción del alemán de Miguel POLAINO-ORTS / José Antonio CARO JOHN, Editorial Servi-Copy, Sevilla, 2014.
- ID., “Una teoría de la intervención delictiva”, traducción del alemán por Miguel POLAINO-ORTS, en JAKOBS, Günther, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal. Expectativas normativas, intervención delictiva, Derecho penal del enemigo*, Editorial Servi-Copy, Sevilla, 2014, págs. 55 y sigs. Como también ID. “Una teoría de la

intervención delictiva”, traducción del alemán por Miguel POLAINO-ORTS, *CJHRFD*, número 13, Navarra, 2015, págs. 157 y sigs.

JAREÑO LEAL, Ángeles, *Las amenazas y el chantaje en el Código penal de 1995*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

JESCHECK, Hans Heinrich, “Evolución del concepto jurídico penal de culpabilidad en Alemania y Austria”, traducción del alemán por Patricia ESQUINAS VALVERDE, *RECPC* 05/2003, págs. 1 y sigs. (Accesible en <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01.pdf>).

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción de la 5ª. edición alemana por Miguel OLMEDO CARDENETE, Editorial Comares, Granada, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La legislación penal de la República española*, vol, LI, Editorial Reus, Madrid, 1932.

ID., *Tratado de Derecho penal*, tomo I, Concepto del Derecho penal y de la Criminología, historia y legislación penal comparada, 4ª. edic, actualizada por la Editorial Losada, Buenos Aires, 1964.

JIMÉNEZ-BLANCO, José, “Presentación”, en Ralph DAHRENDORF, *Homo sociologus. Un ensayo sobre la historia, significado y crítica de la categoría del rol social*, traducción por José BELLOCH ZIMMERMANN, Editorial Instituto de estudios políticos, Madrid, 1973, págs. 9 y sigs.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José, “Medidas relativas a reuniones, manifestaciones y establecimientos públicos. Obstáculos en vías públicas”, en Manuel COBO DEL ROSAL (Dir.) / Miguel Bajo Fernández (Coord.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo XV, vol. 1º. Ley de protección de la seguridad ciudadana. Ley Orgánica de 21 de febrero de 1992, Sentencia del tribunal constitucional 341/1993, de 18 de noviembre, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1994, págs. 85 y sigs.

EAD., *Seguridad ciudadana y derecho penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2006.

EAD., *El exceso intensivo en la legítima defensa*, Editorial Comares, Granada, 2007.

EAD., “Recensión a: AA.VV., Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil, administrativa del médico y otros agentes sanitarios”, *CPC*, número 100, Madrid, 2010, págs. 267 y sigs.

EAD., “Sociedad del riesgo e intervención penal”, *RECPC* 16/2014, págs. 1 y sigs. (Accesible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>).

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho penal mexicano*. La tutela penal del honor y de la libertad, tomo III, 5ª. edic, Editorial Porrúa, México, D.F., 1984.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Elementos de Derecho penal mexicano*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2006.

JIMÉNEZ ORNELAS, René A. / ISLAS DE GÓNZALEZ MARISCAL, Olga, *El secuestro problemas sociales y jurídicos*, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2002.

- JIMÉNEZ VILLAREJO, José (Director), “Formas particulares del error de tipo”, en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Editorial Consejo general del poder judicial, Madrid, 1994.
- JORGE BARREIRO, Agustín (Coord.), “Delitos contra la libertad”, en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (Director), *Comentarios al Código Penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 460 y sigs.
- ID., “Prólogo”, en Mario MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2009, págs. 21 y sigs.
- K. MERTON, Robert, *Teoría y estructura sociales*, traducción de la 3ª edición en inglés por Florentino M. TORNER / Rufina BORQUES, 3ª. Editorial Fondo de cultura económica, México, D. F., 1995.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, traducción del alemán por Manuel G. MORENTE, Editorial Celpe, Madrid, 1921.
- KASER, Max, *Ius Gentium*, traducción del alemán por Francisco Javier Andrés SANTOS, Editorial Comares, Granada, 2004.
- KAUFMANN, Armin, “El dolo eventual en la estructura del delito. Las respuestas de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo”, traducción del alemán por Rodrigo Fabio SUÁREZ MONTES, *ADPCP*, tomo 13, Fascículo II, Madrid, 1960, págs. 185 y sigs. También, ID., “El dolo eventual en la estructura del delito. Las respuestas de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo”, traducción del alemán por Rodrigo Fabio SUÁREZ MONTES, *Estudios de Derecho penal*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2013, págs. 101 y sigs.
- ID., *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, traducción del alemán por Enrique BACIGALUPO / Ernesto GARZÓN VALDÉS, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1977.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducción por Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, 2ª edic, 5ª reimpr, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1995.
- KINDHÄUSER, Urs, “La estafa como autoría mediata tipificada”, traducción del alemán por Jorge Fernando PERDOMO TORRES, en José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO (edits.), *Estudios de Derecho penal patrimonial*, Editorial Grijley, Lima, 2002.
- ID., “Prólogo”, en José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO (edits.), *Estudios de Derecho penal patrimonial*, Editorial Grijley, Lima, 2002, págs. 13 y sigs.
- ID., “Fundamentos y sistemática de los delitos contra los derechos patrimoniales”, traducción del alemán por José Antonio CARO JOHN, en José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO (edits.), *Estudios de Derecho penal patrimonial*, Editorial Grijley, Lima, 2002, págs. 23 y sigs.
- ID., “Sobre el perjuicio patrimonial en la estafa”, traducción del alemán por Nuria PASTOR MUÑOZ, en José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO (edits.), *Estudios Derecho penal patrimonial*, Editorial Grijley, Lima, 2002, págs. 125 y sigs.

- ID., “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, *RP*, número 11, Barcelona, 2003, págs. 53 y sigs.
- ID., “Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimación y fundamentación ético-jurídico de la pena criminal”, traducción del alemán por Juan Pablo MAÑALICH R, en Urs KINDHÄSER / Juan Pablo MAÑALICH R, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011, págs. 3 y sigs.
- ID., “Culpabilidad jurídico-penal en el estado democrático de derecho”, traducción del alemán por Juan Pablo MAÑALICH R, en Urs KINDHÄSER / Juan Pablo MAÑALICH R, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011, págs. 211 y sigs; También ID., “Culpabilidad jurídico-penal en el estado democrático de derecho”, traducción del alemán por Juan Pablo MAÑALICH R, en Urs KINDHÄSER / Juan Pablo MAÑALICH R, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial Ara, Lima, 2009, págs. 211 y sigs; También ID., “Culpabilidad y prevención en el estado democrático de derecho”, traducción del alemán por Juan Pablo MAÑALICH R., *RD*, vol. 10, Piura, 2009, págs. 137 y sigs; También ID., “Culpabilidad y prevención en el estado democrático de derecho”, traducción del alemán por Juan Pablo MAÑALICH R., en Urs KINDHÄSER / Miguel POLAINO- ORTS / Fernando CORCINO BARRUETA, *Imputación normativa. Aspectos objetivos y subjetivos de la imputación penal*, Editorial Contexto, Resistencia, Chaco, 2011, págs. 89 y sigs.
- ID., “La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad”, traducción del alemán por Percy GARCÍA CAVERO con la revisión de Juan Pablo MAÑALICH R, en Urs KINDHÄSER / Juan Pablo MAÑALICH R, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2011, págs. 68 y sigs; También ID., “La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad”, traducción del alemán por Percy GARCÍA CAVERO, en Diego-Manuel LUZÓN PEÑA / Santiago MIR PUIG, *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1999, págs. 185 y sigs; También ID., “La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad”, traducción del alemán por Percy GARCÍA CAVERO con la revisión de Juan Pablo MAÑALICH R., en Urs KINDHÄSER / Juan Pablo MAÑALICH R, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial Ara, Lima, 2009, págs. 77 y sigs.
- ID., “Retribución de culpabilidad y pena”, traducción del alemán por Nuria PASTOS, en Urs KINDHÄSER / Juan Pablo MAÑALICH R, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2011, págs. 147 y sigs; ID., “Retribución de culpabilidad y pena”, traducción del alemán por Nuria PASTOS, en Urs KINDHÄSER / Juan Pablo MAÑALICH R, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial Ara, Lima, 2009, págs. 151 y sigs.
- ID., “Acerca de la génesis de la fórmula el derecho no necesita ceder ante el injusto”, traducción del alemán por Juan Pablo MAÑALICH R., en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2013, págs. 65 y sigs.
- VON KIRCHMANN, Julius Hermann, *La jurisprudencia no es ciencia*, traducción del alemán por Antonio TRUYOL Y SERRA, 2ª. edic, Editorial Civitas, Madrid, 1961.
- KÖHLER, Michael, “La imputación subjetiva. Estudio de la cuestión”, traducción del alemán por Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, págs. 69 y sigs.

- La Santa Biblia, 17ª. edic, Editorial ediciones Paulinas, Madrid, 1964.
- L. BERGER, Peter / LUCKMANN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, traducción de Silvia ZULETA, 10ª. reimpr. Editorial Amorrortu editores, Buenos Aires, 1991.
- LALINDE ABADÍA, Jesús, *Derecho histórico español*, Editorial Ariel, Barcelona, 1974.
- LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Número 3, Colección temas penales, Editorial Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaria general técnica, Madrid, 1985.
- EAD., “La mediación en detención ilegal. ¿Una conducta atípica o justificante?”, *Jueces para la democracia*, número 20, Madrid, 1993, págs. 51 y sigs.
- EAD., (Coord.), “Delitos contra la libertad”, *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3ª. edic, Editorial Colex, Madrid, 2015, págs. 129 y sigs.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Detenciones ilegales y secuestro*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ID., “*Detenciones ilegales*”, *Diario la ley*, número D-165, Madrid, 2001, págs. 1 y sigs. (Accesible en: laleydigital.es, la ley 22826/2001).
- LARRAURI, Elena, *Libertad y amenazas*, Editorial PPU, Barcelona, 1987.
- LESCH, Heiko H., “Intervención delictiva e imputación objetiva”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES, *ADPCP*, tomo 48, Fascículo III, Madrid, 1995, págs. 911 y sigs.
- ID., *La función de la pena*, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Editorial Dykinson, Madrid, 1999.
- LEVENE, Ricardo / ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Los Códigos penales latinoamericanos*, tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1978.
- VON LISZT, Franz, *Derecho internacional público*, obra revisada por Max FLEISCHMANN, traducción del alemán por Domingo MIRAL, 12ª. edición alemana, Editorial Gustavo Gili, Barcelona, 1929.
- LLERA, Carlos Enrique, “Secuestro virtual. ¿Estafa o extorsión?”, *RDyPC*, número 8, Buenos Aires, septiembre 2013, págs. 10 y sigs.
- LLORENS, Marc / MORENO, Marina. *El secuestro en Latinoamérica. Los ojos de la víctima*, Editorial Creative Commons, Madrid, 2008.
- LLORIA GARCÍA, Paz, “Delitos contra la libertad 1. Detenciones ilegales y secuestro”, en Javier BOIX REIG (Director), *Derecho penal. Parte especial*, vol. 1, La protección penal de los intereses jurídicos personales, Adaptado a la reforma de 2015 del Código penal, 2ª. edic, Editorial Iustel, Madrid, 2016, págs. 221 y sigs.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “Aproximación a la culpabilidad como elemento del delito. Libre albedrío y determinismo. Finalismo. Funcionalismo. Evolución del concepto dogmático”, en Andrés MARTÍNEZ ARRIETA (Director), *Psiquiatría criminal y comportamientos violentos*, Editorial Consejo general del poder judicial, Madrid, 2005, págs. 13 y sigs.

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, Lourdes, *Códigos Penales españoles. Recopilación y concordancias*, Editorial Akal, Madrid, 1988.
- LÓPEZ-REY, Manuel, *La Reforma del Código Penal español*, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1932.
- DE LORA, Pablo, “El carácter comunicativo del Derecho penal. Una discusión desde la filosofía jurídica”, en Alfonso GARCÍA FIGUEROA (Coord.), *Racionalidad y derecho*, Editorial Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2006, págs. 291 y sigs.
- LUHMANN, Niklas, *Sociedad y sistema. La ambición de la teoría*, traducción del alemán por Santiago LÓPEZ PETIT / Dorothee SCHMITZ, Editorial Paidós ibéricos, Barcelona-Buenos Aires-México, 1997.
- ID., *El arte de la sociedad*, traducción del alemán por Javier TORRES NAFARRATE, con la colaboración de Brunhilde ERKER / Silvia PAPPE / Luis FELIPE SEGURA, Editorial Heder, México, 2005.
- LUONGO, Norberto E., *Tratado de daños y perjuicios en el transporte aéreo*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.
- LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Adaptado al programa de la oposición a ingreso en las carreras judiciales y fiscal (BOE 3 de abril de 2009), 16ª. edic, Editorial Dykinson, Madrid, 2009.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Aspecto esenciales de la legítima defensa*, Editorial Bosch, Barcelona, 1978.
- ID., “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: Cuestiones concursales. (A propósito de la jurisprudencia posterior a 1983 y de la STS 4-2-1987)”, *Estudios penales y Criminológicos*, tomo XI, Universidad Santiago, Santiago de Compostela, 1988, págs. 224 y sigs. Como también, ID., “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas, robo con toma de rehenes o intimidatorio y utilización ilegítima intimidatoria. Cuestiones concursales. (A propósito de la jurisprudencia posterior a 1983 y de la STS de 4 de febrero de 1987)”, *PJ*, 2ª. época, Número 8, Madrid, Diciembre de 1987, págs. 97 y sigs. ID., “Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales”, *Estudios penales*, Editorial PPU, Barcelona, 1991.
- ID., *Curso de Derecho penal. Parte general*, tomo I, Editorial Universitas, Madrid, 1996.
- ID., *Curso de Derecho penal. Parte general*, tomo 1, 3ª. reimpr, Editorial Universitas, Madrid, 2004.
- ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2ª. edic, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2012.
- MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal. Parte especial, delitos en particular*, traducción de la 4ª. edición italiana por José J. ORTEGA TORRES, vol. IV, 2ª. edic, Editorial Temis, Bogotá, 1972.
- ID., *Derecho penal. Parte especial, delitos en particular, contravenciones en particular y apéndice del Código penal italiano*, traducción de la 4ª. edición italiana por José J. ORTEGA TORRES, vol. V, Editorial Temis, Bogotá, 1972.

- MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, 7ª. edic, Editorial Porrúa, México, D.F., 2010.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, “Apología del terrorismo”, en Emilio Octavio DE TOLEDO Y UBIETO / Manuel GURDIEL SIERRA / Emilio CORTÉS BECHIARELLI (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 553 y sigs.
- MAÑALICH R., Juan Pablo, “Determinismo, autonomía y responsabilidad penal”, en Urs KINDHÄSER / Juan Pablo MAÑALICH R, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2011, págs. 181 y sigs; También ID., “Determinismo, culpabilidad y democracia. Determinismo, autonomía y responsabilidad penal”, en Urs KINDHÄSER / Juan Pablo MAÑALICH R, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial Ara, Lima, 2009, págs. 183 y sigs.
- ID., “Pena y ciudadanía” en Urs KINDHÄSER / Juan Pablo MAÑALICH R, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2011, págs. 115 y sigs; También ID., “Pena y ciudadanía” en Urs KINDHÄSER / Juan Pablo MAÑALICH R, *Pena y culpabilidad en el estado democrático de derecho*, Editorial Ara, Lima, 2009, págs. 122 y sigs.
- ID., “Retribucionismo expresivo. Acerca de la fundamentación comunicativa de la pena”, en Urs KINDHÄSER / Juan Pablo MAÑALICH R, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2011, págs. 29y sigs; También ID., “Retribucionismo expresivo. Acerca de la fundamentación comunicativa de la pena”, en Urs KINDHÄSER / Juan Pablo MAÑALICH R, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Editorial Ara, Lima, 2009, págs. 41 y sigs.
- ID. (Coord.), “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2013, págs. 177 y sigs.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Editorial Ministerio de justicia secretario general técnica, Madrid, 1990.
- ID., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª edic, Editorial Thomson Civitas, Navarra, 2005.
- MAPELLI LÓPEZ, Enrique, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, Editorial Tecnos, Madrid, 1973.
- ID., “La responsabilidad en el transporte aéreo internacional. Estado presente de la cuestión”, en *Libro homenaje al Prof. Jesús López Medel*, tomo II, Editorial Centro de estudios registrales, Madrid, 1999, págs. 1375 y sigs.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, “El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al art. 6 bis a) del Código penal”, *CPC*, número 21, Madrid, 1983, págs. 699 y sigs.
- EAD., *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas. Notas para un estudio doctrinal y jurisprudencial*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 1988.

- EAD., “La doctrina jurisprudencial sobre la imputación subjetiva en los delitos cualificados por el resultado”, en José JIMÉNEZ VILLAREJO (Director), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Editorial Consejo general del poder judicial, Madrid, 1994, págs. 179 y sigs.
- MARAVÉR GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coord.), *El funcionalismo en Derecho, Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, tomo II, Centro de investigación en filosofía y derecho, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 209 y sigs. Como también ID., *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2009, págs. 340 y sigs.
- ID., *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Editorial Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2009.
- MARCHISIO, Adrián (Director), *El secuestro extorsivo en la república Argentina. Magnitud del fenómeno y estrategias de persecución penal en el contexto local y regional*, Editorial Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay, 2006.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo, *Código Penal de 8 de Septiembre de 1928*, Editorial Administración: Augusto Figueroa, Madrid, 1928.
- MARTÍNEZ CANTÓN, Silvia, “Nuevas consideraciones sobre el derribo de aviones con pasajeros desde la perspectiva del estado de necesidad”, en Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (Director), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, Editorial La ley, Madrid, 2010, págs. 405 y sigs.
- MARTÍNEZ DE CASTRO, Antonio, *Código penal para el distrito federal y territorio de la baja-california. Exposición de motivos*, Editorial ilustración, Veracruz, 1878.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Editorial Edersa, Madrid, 1992.
- MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos, *La condiciones objetivas de punibilidad*, Editorial Edersa, Madrid, 1989.
- MARTÍNÓN CANO, Gilberto, *El delito de secuestro*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. También en ID., *El delito de secuestro*, Editorial Tirant lo Blanch, México, D.F., 2012.
- MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio, “Delitos contra la comunidad internacional”, en Miguel POLAINO NAVARRETE (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo II, Adaptadas a las leyes orgánicas 2/2010 y 5/2010 de reforma del Código penal, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, págs. 639 y sigs.
- ID., *Delitos cualificados por el resultado en el Derecho penal español*, Editorial Bosch, 2012.
- ID., “Delitos contra la comunidad internacional en el Código penal español”, en Miguel POLAINO NAVARRETE (Director), *Derecho penal internacional. Materiales docentes y legislativos*, 2ª. edición, Editorial Digital @tres, Sevilla, 2013.
- MATURANA, Josela, *El rapto de las sabinas*, Editorial Centro de educación permanente de adultos María Zambrano de San Fernando, Cádiz, 2007.
- MAURACH, Reinhart, *Derecho penal. Parte General. Teoría del Derecho penal y estructura del hecho punible*, tomo 1, actualizado por Heinz ZIPF, traducción de la 7ª. edición alemana

por Jorge BOFILL GENZSCH / Enrique AIMONE GIBSON, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.

ID., *Tratado de Derecho penal*, tomo 2, traducción del alemán y notas de derecho español por Juan CORDOBA RODA, Editorial Ariel, Barcelona, 1962.

MC WHINNEY, Edward, *Aerial piracy and international terrorism. The illegal diversion of aircraft and international law*, 2ª. edic, Editorial Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987.

MENDES DE CARVALHO, Érika, “Las condiciones objetivas de impropias. Vestigios de responsabilidad objetiva en el Código español”, *RDPC*, 2ª. Época, número 17, Madrid, 2006, págs. 221 y sigs.

EAD., *Punibilidad y delito*, Editorial Reus, Madrid, 2007.

MÉRIMÉE, Prosper, *Vida y obra de Cervantes*, edición de Luis REVENGA, Número 10, Editorial biblioteca ELR, Madrid, 2006.

MERKEL, Adolf, *Derecho penal. Parte especial*, traducción del alemán por Pedro DORADO MONTERO, tomo II, la España Moderna, Madrid, (reproducido ahora en edición facsímil por Analecta Editorial, Pomplona, 2003).

MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, traducción del alemán de la 2ª. edic, puesto al día por José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, tomo I, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1955.

ID., *Derecho penal. Parte especial*, traducción del alemán por Conrado A. FINZI, 4ª. edición alemana de 1954, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.

MIDDENDORFF, Wolf, *Rapto, toma de rehenes, secuestro de personas y aviones*, traducción del alemán por José BELLOCH ZIMMERMANN, vol. XIII, 2ª. edic, Editorial Espasa-calpe, Madrid, 1981.

DE MIGUEL GARCILÓPEZ, Adolfo, “Recensión a: Francisco ANTOLISEI, Introduzione alla parte special del diritto penal”, *ADPCP*, tomo 6, fascículo III, Madrid, 1953, págs. 642 y sigs.

MIR PUIG, Santiago, “El delito de coacciones en el Código penal”, *ADPCP*, tomo 30, Fascículo II, Madrid, 1977, págs. 269 y sigs.

ID., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª. edic, Editorial Bosch, Barcelona, 1982.

ID., “Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto”, *ADPCP*, tomo 51, Fascículo III, Madrid, 1988, págs. 661 y sigs.

ID., “Conocimiento y voluntad en el dolo”, en José JIMÉNEZ VILLAREJO (Director), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Editorial Consejo general del poder judicial, Madrid, 1994, págs. 9 y sigs.

ID., “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal”, *RECPC* 03/2001, págs. 1 y sigs. (Accesible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-06.html).

ID., “Límites del normativismo en Derecho penal”, en AA.VV. *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Editorial Legis, Bogotá, 2005, págs. 370 y sigs. También ID., “Límites del normativismo

en Derecho penal”, *RECPC* 07/2005, págs. 1 y sigs. (Accesible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07.html>); ID., “Límites del normativismo en Derecho penal”, en AA.VV. *Imputación objetiva y dogmática penal*, Editorial Universidad de los andes, Mérida, Venezuela, 2005, págs. 27 y sigs.

ID., *Derecho penal. Parte general*, 7ª. edic, Editorial Reppertor, Barcelona, 2005. Como también ID., *Derecho penal. Parte general*, 8ª. edic., Editorial Reppertor, Barcelona, 2008. También ID., *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Víctor Gómez Martín, 9ª. edic., Editorial Reppertor, Barcelona, 2011; También ID., *Derecho penal. Parte general*, actualizado y revisado, con la colaboración de Víctor GÓMEZ MARTÍN / Vicente VALIENTE IVÁÑEZ, 10ª. edic., Editorial Reppertor, Barcelona, 2015. ID., *Derecho penal. Parte general*, actualizado y revisado, con la colaboración de Víctor GÓMEZ MARTÍN / Vicente VALIENTE IVÁÑEZ, 10ª. edic., 2ª reimpr, Editorial Reppertor, Barcelona, 2016.

ID., *Bases constitucionales del Derecho penal*, Colección biblioteca básica de Derecho penal y ciencias penales, Núm. 1, Editorial Iustel, Madrid, 2011.

MIRALLES, Juan, *Hernán Cortés, Inventor de México*, vol. I, Editorial Ediciones folio, edita ABC, Madrid, 2001.

MIRALLES, Juan, *Hernán Cortés, Inventor de México*, vol. II, Editorial Ediciones folio, edita ABC, Madrid, 2001.

MIRAT HERNÁNDEZ, Mª Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, Editorial Edersa, Madrid, 2001.

MIRÓ LLINARES, Fernando, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009.

ID., “Epílogo. Lo que afirma, y lo que no, la doctrina de la imputación”, en Fernando MIRÓ LLINARES / Miguel POLAINO-ORTS, *Imputación y valoración en Derecho penal. Un debate moderno entre los conceptos funcionalista y kantiano de imputación*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2013, págs. 95 y sigs.

ID., “La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva”, en Fernando MIRÓ LLINARES / Miguel POLAINO-ORTS, *Imputación y valoración en Derecho penal. Un debate moderno entre los conceptos funcionalista y kantiano de imputación*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2013, págs. 1 y sigs.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “Caso de los intermediarios en secuestro”, en Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª. edic, Editorial La ley, Madrid, 2011, págs. 485 y sigs.

MOMMSEN, Theodoro, *El Derecho penal Romano*, traducción del alemán por Pedro DORADO MONTERO, tomo segundo y último, la España Moderna, Madrid, 1905, (reproducido ahora en edición facsímil por Analecta Editorial, Pamplona, 1999).

MONER MUÑOZ, Eduardo, “El dolo y su control en el recurso de casación”, en José JIMÉNEZ VILLAREJO (Director), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Editorial Consejo general del poder judicial, Madrid, 1994, págs. 137 y sigs.

- MONTANOS FERRIN, Emma / SÁNCHEZ-ARCILLA, José, *Introducción a la Historia del Derecho*, tomo I, Editorial Dykinson, Madrid, 1988.
- ID., *Introducción a la historia del Derecho*, tomo II, Editorial Dykinson, Madrid, 1988.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs”, en María Eloísa QUINTERO / Miguel POLAINO-ORTS (Coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2ª. edic, Editorial Flores editor, México, D. F., 2012, págs. 64 y sigs.
- MONTEMAYOR ACEVES, Marta Elena, *Comparación de leyes mosaicas y romanas*, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1994.
- MORALES NAVARRO, Julián / ABAD MÁRQUEZ, Luis V., *Introducción a la Sociología*, 2ª edic, 2ª reimpr, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.
- MORALES SÁENZ, Julio César, “*Terrorismo y aviación civil*”, en *Liber amicorum. Libro homenaje al Prof. Luis Tapia Salinas*, Editorial Asamblea general del instituto iberoamericano de derecho aeronáutico, Madrid, 1989, págs. 183 y sigs.
- MORENO, Antonio de P., *Curso de Derecho penal mexicano. Parte especial: Delitos en particular*, vol. VIII, Editorial Jus, México, D.F., 1944.
- MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, *Tentativa de delito y delito irreal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MOSQUETE, Diego, “Recensión a: Enrique MAPELLI Y LÓPEZ, Consideraciones sobre la extorsión de aeronave”, *ADPCP*, tomo 22, fascículo III, Madrid, 1969, págs. 641 y sigs.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *El delito de detención*, Editorial Trotta, Valladolid, 1992.
- ID., “Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código penal de 1995”, en Juan María TERRADILLOS BASOCO (Director), *Delitos contra la libertad y la seguridad*, Editorial Consejo general del poder judicial, Madrid, 1996, págs. 339 y sigs.
- MÜSSIG, Bernd, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema*, Traducción del alemán por Manuel CANCIO MELÍA / Enrique PEÑARANDA RAMOS, Cuadernos de conferencias y artículos número 22, Centro de investigaciones de Derecho penal y filosofía del derecho, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- Naciones Unidas Oficina contra la droga y el delito Viena, *Manual de lucha contra el secuestro*, Editorial Naciones unidas, Nueva York, 2006, pág. 3.
- NEUMAN, Elías, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984.
- NIETO MARTÍN, Adán, *Conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Editorial Atelier penal, Barcelona, 1999.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, “Delitos contra la libertad. Coacciones, amenazas, detenciones ilegales y secuestro”, en Ma. Del Carmen GÓMEZ RIVERO (Coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, págs. 133 y sigs. También EAD., “Delitos contra la libertad. Coacciones, amenazas, detenciones

- ilegales y secuestro”, en Ma. Del Carmen GÓMEZ RIVERO (Coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*, vol. I, 2ª. edic., Editorial Tecnos, Madrid, 2015, págs. 159 y sigs.
- NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel, “Consideración crítica en torno al Código Penal español”, *ADPCP*, tomo 52, fascículo I, Madrid, 1999, págs. 227 y sigs.
- OCHOA ROMERO, Roberto A., “Política Criminal mexicana en materia de delincuencia organizada”, en Juan José GONZÁLEZ RUS (Director), *La criminalidad organizada*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés, *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, Editorial La ley, Madrid, 2007.
- OLMEDO CARDENETE, Miguel, *La inducción como forma de participación accesoria*, Editorial Edersa, Madrid, 1999.
- OPPERMANN, Hans, *Julio Cesar*, traducción del alemán por Rosa Pilar BLANCO, Editorial Savalt, Barcelona, 1984. Como también ID., *Julio Cesar*, traducción del alemán por Rosa Pilar BLANCO, 3ª. edic, Editorial ABC, Madrid, 2004.
- ORTEGA, José Antonio, *El secuestro en México*, Editorial Planeta, México, D.F., 2008.
- ORTIZ MAYAGOITIA, Guillermo I. (Coord.), *Reseñas del pleno y de las salas. Secuestro Express*, Editorial Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, D.F., 2009.
- ORTS BERENGUER, Enrique, “El nuevo artículo 481 del Código penal”, en José Ramón CASABÓ RUIZ (Dir.), *Escritos penales, Instituto de criminología y departamento de Derecho penal*, Editorial Artes Gráficas Soler, Valencia, 1979, págs. 271 y sigs.
- OTTO, Harro, “La adecuación social como principio de interpretación”, traducción del alemán por María de las MERCEDES GALLI, *RDPPP*, Fascículo 10, Buenos Aires, 2012, págs. 1706 y sigs.
- PACHECO SANTOS, Manuel, *Prevención contra el secuestro*, Editorial Trillas, México, D.F., 2007.
- PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal*, concordado y comentado, estudios preliminar y anotaciones de Abel TÉLLEZ AGUILERA, Editorial Edisofer, Madrid, 2000.
- PALERMO, Omar, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Editorial Atelier, Barcelona, 2006.
- PALMA HERRERA, José Manuel, “Capítulo duodécimo. La reforma de los delitos contra la libertad operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo”, en Lorenzo MORILLAS CUEVA (Dir.), *Estudios sobre el Código penal reforma. Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015, págs. 375 y sigs.
- PANERO GUITIÉRREZ, Ricardo, *Derecho Romano*, 3ª. edic, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, Editorial Ministerio de justicia e interior, Secretaria general técnica, centro de publicaciones, Madrid, 1995.

- PARÉS HIPÓLITO, María de Jesús, *El delito de secuestro en México. Fundamentos político-criminales*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2007.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 18ª. edic, Editorial Tecnos, Madrid, 2014.
- PAX CHRISTI, *La industria del secuestro en Colombia. ¿Un negocio que nos concierne?*, Editorial Pax Christi, Holanda, 2002.
- PAWLIK, Michael, “¿El paso más importante de la Dogmática de la última Generación?. Reflexiones para la diferenciación entre injusto y culpabilidad en Derecho penal”, traducción del alemán por Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y Derecho penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.
- ID., “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad”, traducción del alemán por Hernán Darío OROZCO LÓPEZ, *RDPCICPC*, vol. 34, número 96, Bogotá, 2013, págs. 13 y sigs.
- ID., “La legítima defensa según Kant y Hegel”, en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2013, págs. 3 y sigs.
- ID., “Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosóficas-jurídicas y configuración dogmática”, traducción del alemán por Leandro DIAS / Marcelo D. LERMAN / Patricio SABADINI, con la revisión de Laura WITTMANN, *Indret* 4/2015, págs. 1 y sigs. (Accesible en <http://www.indret.com/pdf/1175.pdf>).
- ID., “Delito y pena en el Derecho penal del ciudadano”, traducción del alemán por Nuria PASTOR MUÑOZ, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ / Ricardo ROBLES PLANAS / Nuria PASTOR MUÑOZ (Directores), *Ciudadano y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y delito en un estudio de libertades*, Editorial Atelier, Barcelona, 2016, págs. 33 y sigs.
- ID., “Las competencias del ciudadano”, traducción del alemán por Ivó COCA VILA, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ / Ricardo ROBLES PLANAS / Nuria PASTOR MUÑOZ (Directores), *Ciudadano y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y delito en un estudio de libertades*, Editorial Atelier, Barcelona, 2016, págs. 81 y sigs.
- PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, “Prólogo”, en Gilberto MARTIÑÓN CANO, *El delito de secuestro*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2010, págs. 23 y sigs. También ID., “Prólogo”, en Gilberto MARTIÑÓN CANO, *El delito de secuestro*, Editorial Tirant lo blanch, México, D.F., 2012, págs. 23 y sigs.
- PÉREZ ALONSO, Esteban, *El error sobre las circunstancias del delito*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- PÉREZ, Josep, *Carlos V*, 3ª. edic, Editorial Ediciones folio, edita ABC, Madrid, 2004.
- PÉREZ, Kepa, *Secuestros. Todos los secuestros de ETA 1970 a 1997*, Editorial Asociación para la defensa de la dignidad humana, Madrid, 2008.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *La seguridad jurídica*, Editorial Ariel, Barcelona, 1991.

- PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la penas*, Editorial Universidad autónoma de Madrid, Madrid, 1986.
- PERIS RIERA, Jaime, “Delitos contra la comunidad internacional”, en Lorenzo MORILLAS CUEVAS (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011.
- PERONA, José (Director), *Fuero Juzgo*, Editorial Consejería de Educación y cultura: fundación Séneca, Murcia, 2002.
- PIMENTEL ÁLVAREZ, Julio, *Breve diccionario latín-español*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2004.
- DE PINA VARA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, actualizado por Juan Pablo DE PINA GARCÍA, 19ª. edic, Editorial Porrúa, México, D.F., 1993.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, “Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del Derecho penal”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coord.), *El funcionalismo en Derecho, Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, tomo II, Centro de investigación en filosofía y derecho, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 41 y sigs.
- ID., Juan Ignacio, *Rol social y sistemas de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 2005.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie: Derecho, Núm. 13, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1972.
- ID., “Recensión a: Knut AMELUNG, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf Dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechen», *ADPCP*, tomo 26, fascículo II, Madrid, 1973, págs. 439 y sigs.
- ID., “Recensión a: Winfried HASSEMER, Theorie und Soziologie des Verbrechen. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre”, *ADPCP*, tomo 26, fascículo II, Madrid, 1973, págs. 456 y sigs.
- ID., *El bien jurídico en el Derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense, Serie: Derecho, Núm. 19, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.
- ID., “Sobre los límites temporales de vigencia de los Decretos-leyes antiterrorismo del 26 Agosto 1975 y 18 de febrero 1976”, *NPPRDGP*, Año 5, número 9 a 12, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1976, págs. 585 y sigs.
- ID., *El delito de detención ilegal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1982.
- ID., *Estudios penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Sección Delegada en la Universidad de Córdoba, Colección: Estudios Criminológicos, Serie: Minor, núm. 6, Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1988.

- ID., “Delitos contra la libertad y seguridad”, en Manuel COBO DEL ROSAL (Director), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, tomo I, Revista de derecho privado, Madrid, 1993, págs. 191 y sigs.
- ID., “Apología y encubrimiento del terrorismo”, en Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI (Dir.), *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, Serie: Derecho, Publicacione de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, págs. 37 y sigs.
- ID., *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 2000.
- ID., *El injusto típico en la teoría del delito*, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Mave, Buenos Aires, 2000.
- ID., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos científicos del Derecho penal*, tomo I, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, 4ª. edic, Editorial Bosch, Barcelona, 2001. Como también ID., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos científicos del Derecho penal*, tomo I, puesta al día con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, 6ª. edic, Editorial Bosch, Barcelona, 2008.
- ID., *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Editorial Porrúa, México, 2001.
- ID., “Reflexiones sobre la norma jurídico-penal: estructura, naturaleza y funciones”, en AA.VV., *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Editorial Legis, Bogotá, 2005, págs. 489 y sigs. Como también ID., “Reflexiones sobre la norma jurídica-penal. Estructura, naturaleza y funciones”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Eduardo LÓPEZ BETANCOURT, *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista. Estudio de Derecho penal funcionalista*, Editorial Porrúa, México, 2006, págs. 145 y sigs.
- ID., “La controvertida legitimación del Derecho penal en la sociedad moderna. ¿más Derecho penal?”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE, *El Derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política-criminal*, Editorial Flores editor, México, D. F., 2006, págs. 51 y sigs.
- ID., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, *PJ*, Número 72, Madrid, 2003, págs. 59 y sigs; Como también ID., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, *CCA*, Núm. 32, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2004. Como también ID., “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Eduardo LÓPEZ BETANCOURT, *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática post-finalista. Estudio de Derecho penal funcionalista*, Editorial Porrúa, México, 2006, págs. 169 y sigs. Como también ID., “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, María Eloísa QUINTERO / Miguel POLAINO-ORTS (Coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2ª. edic, Editorial Flores editor, México, 2012, págs. 707 y sigs.
- ID. (Director), “Detención ilegal y secuestro”, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo I, Adaptadas a las leyes orgánicas 2/2010 y 5/2010 de reforma del Código penal, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, págs. 143 y sigs. También ID., (Director), “Detención ilegal y secuestro”, *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo I, Adaptadas a las

leyes orgánicas 2/2010 y 5/2010 de reforma del Código penal, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, págs. 143 y sigs.

ID., *Lecciones de teoría del delito*, vol. 1, Editorial Mergablum, Sevilla, 2010.

ID., “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma. ¿Dos funciones excluyentes?”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Editorial Ara, Lima, 2010, págs. 33 y sigs.

ID., *Lecciones de teoría del delito*, 3ª edic, Editorial Mergablum, Sevilla, 2012.

ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2013. También ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2015. ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, 2ª edic., Editorial Tecnos, Madrid, 2016.

ID., “Finalismo y post-finalismo. Hitos históricos de dogmática penal”, en FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo, *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Editorial Constitutio criminales carolina, Oviedo, 2013, págs. 505 y sigs. Como también ID., “Finalismo y post-finalismo. Hitos históricos de dogmática penal” en AA.VV. *Temas fundamentales de dogmática penal y de política criminal, Homenaje a los profesores Claus Roxin y Miguel Polaino Navarrete*, Editorial Contexto, Resistencia, Chaco, 2013. ID., “Finalismo y post-finalismo. Hitos históricos de dogmática penal”, en Claus ROXIN, / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Política criminal y dogmática penal. Cuestiones fundamentales*, Colección dogmática penal, Núm. 10, Editorial Ara, Lima, 2013, págs. 17 y sigs.

ID., “Hitos históricos de dogmática penal. Del causalismo del S. XIX al funcionalismo del S. XXI”, en Günther JAKOBS, *El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho penal. Expectativas normativas, intervención delictiva, Derecho penal del enemigo*, traducción del alemán de Miguel POLAINO-ORTS / José Antonio CARO JOHN, Editorial Servi-Copy, Sevilla, 2014, págs. 9 y sigs.

ID., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, tomo I, 2ª. edic, Editorial Tecnos, Madrid, 2015.

POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.

IDS., “Libertad como autodeterminación personal en Derecho penal”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS / José Antonio CARO JOHN / Percy GARCÍA CAVERO / Juan C. GEMIGNANI, *Legitimación del Derecho penal*, Editorial Ara, Lima, 2012, págs. 85 y sigs. También ID., “Libertad como autodeterminación personal en Derecho penal”, en Francisco Javier ALVAREZ GARCÍA / Miguel Ángel COBOS GÓMEZ DE LINARES / Pilar GÓMEZ PAVÓN / Araceli MANJÓN-CABEZA OLMEDA / Amparo MARTÍNEZ GUERRA (Coords.), *Libro homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2013, págs. 163 y sigs.

IDS., “Imputación normativa. Exposición programática en casos fundamentales”, en Claus ROXIN, / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Política criminal y dogmática penal. Cuestiones fundamentales*, Colección dogmática penal, Núm. 10, Editorial Ara, Perú, 2013, págs. 113 y sigs.

- IDS., “Niveles de intervención delictiva. Un problema de imputación objetiva”, en Claus ROXIN, / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Política criminal y dogmática penal. Cuestiones fundamentales*, Colección dogmática penal, Núm. 10, Editorial Ara, Lima, 2013, págs. 137 y sigs.
- POLAINO-ORTS, Miguel, “Los delitos subjetivamente configurados en el Código penal de la nación Argentina”, en Miguel POLAINO NAVARRETE, *El injusto típico en la teoría del delito*, Editorial Mave, Buenos Aires, 2000, págs. 235 y sigs.
- ID., “La normativización de la acción y de la imputación en el ejemplo de los delitos de habla”, *DPC*, 2005, vol. 26, Núm. 79, Bogotá, 2005, págs. 129 y sigs. (Accesible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpen&page=article&op=view&path%5B%5D=1009&path%5B%5D=954>). Como también ID., “La normativización de la acción y de la imputación en el ejemplo de los delitos de habla”, en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial Flores editores, México, 2009, págs. 1 y sigs.
- ID., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Editorial Bosch, Barcelona, 2009.
- ID., “¿Qué es la imputación objetiva?”, en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2009, págs. 63 y sigs.
- ID., “Efectos de la autolesión en actividades de riesgo”, en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Editorial Flores editores, México, 2009, págs. 101 y sigs.
- ID., “El sentido de las palabras en Derecho penal. Sobre la normativización de la acción”, en Miguel POLAINO-ORTS / María Eloísa QUINTERO, *Comunicación e injusto penal*, Editorial Ara, Perú, 2010, págs. 41 y sigs.
- ID., “Vigencia de la norma. El potencial de sentido de un concepto”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Editorial Ara, Lima, 2010, págs. 59 y sigs.
- ID., “Imputación funcionalista”, en Urs KINDHÄSER / Miguel POLAINO-ORTS / Fernando CORCINO BARRUETA, *Imputación normativa. Aspectos objetivos y subjetivos de la imputación penal*, Editorial Contexto, Resistencia, Chaco, 2011, págs. 13 y sigs. Como también ID., “Imputación objetiva: esencia y significado”, en Urs KINDHÄSER / Miguel POLAINO-ORTS / Fernando CORCINO BARRUETA, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Editorial Grijley, Lima, 2009, págs. 20 y sigs.
- ID., “Homicidio y asesinato”, en Miguel POLAINO NAVARRETE (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo I, Adaptadas a las leyes orgánicas 2/2010 y 5/2010 de reforma del Código penal, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, págs. 31 y sigs.
- ID., “La capacidad de rendimiento de la dogmática para el proceso penal”, *Iter criminis*, número 1, 5ª época, México D.F., Julio-agosto 2011, págs. 125 y sigs.
- ID., “Organizaciones y grupos criminales”, en Miguel POLAINO NAVARRETE (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo II, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, págs. 563 y sigs.

- ID., “Terrorismo”, en Miguel POLAINO NAVARRETE (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, tomo II, Adaptadas a las leyes orgánicas 2/2010 y 5/2010 de reforma del Código penal, Editorial Tecnos, Madrid, 2011, 581 y sigs.
- ID., *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal*, Colección de dogmática penal, Núm. 8, Editorial Ara, Lima, 2012.
- ID., *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2013.
- ID., “Criminalidad organizada. Fundamentos dogmáticos y límites normativos. Con referencia a la Ley federal mexicana contra la delincuencia organizada”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO-ORTS, *Criminalidad organizada. Formas de combate mediante el Derecho penal*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2013, págs. 71 y sigs.
- ID., “Presentación”, en Fernando MIRÓ LLINARES / Miguel POLAINO-ORTS, *Imputación y valoración en Derecho penal. Un debate moderno entre los conceptos funcionalista y kantiano de imputación*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2013, págs. IX y X.
- ID., “Las cuatro caras de la imputación penal. Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcional”, en Fernando MIRÓ LLINARES / Miguel POLAINO-ORTS, *Imputación y valoración en Derecho penal. Un debate moderno entre los conceptos funcionalista y kantiano de imputación*, Editorial Flores editores, México, D. F., 2013, págs. 55 y sigs. Como también ID., “Las cuatro caras de la imputación penal Acotaciones críticas al concepto kantiano de imputación desde una perspectiva funcional”, en Fernando MIRÓ LLINARES / Miguel POLAINO-ORTS, *Imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, Editorial Ara, Lima, 2010, págs. 51 y sigs.
- ID., *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, Editorial Cescijuc, México, 2014.
- ID., *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal. Fundamentos y función del derecho penal, Autodeterminación e imputación normativa. Criminalidad organizada y derecho penal del enemigo*, Editorial Flores editores, México, Distrito Federal, 2016.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, revisión general por el Prof., José Luis GUZMÁN DALBORA, 2ª. edic, Editorial B de F, Buenos Aires, 2008.
- PORCIÚNCULA, José Carlos, *Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo penal. Hacia la exteriorización de lo interno*, Editorial Atelier, Barcelona, 2014.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal de la libertad y seguridad. De los derechos*. Colección biblioteca básica de derechos penales y ciencias penales, Núm. 6, Editorial Iustel, Madrid, 2012.
- PRATS CANUT, Josep Miguel, “Delitos contra la libertad”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 5ª. edic, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005.
- PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal. Parte especial*, actualizado por Gregorio ORTIZ RICOL, vol. II, 7ª. edic, Editorial Mateu cromo artes gráficas, Madrid, 1988.

- PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, traducción del alemán por Percy GARCÍA CAVERO, Editorial Comares, Granada, 2001.
- EAD., “División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica”, traducción del alemán por Nuria PASTOR MUÑOZ, en *Indret* 4/2006, págs. 1 y sigs. (Accesible en http://www.indret.com/pdf/382_es.pdf).
- EAD., *La distinción entre dolo e imprudencia. Comentario al § 15 del Código penal alemán*, traducción del alemán por Marcelo A. SANCINETTI / María DE LAS MERCEDES GALLI, Editorial Hummurabi, Buenos Aires, 2010.
- EAD., “Sobre el uso de definiciones en el derecho. Definiciones creativas, o por qué los juristas disputan sobre conceptos”, traducción del alemán por Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ, en Nuria PASTOR MUÑOZ (Coord.), *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Estudios y debates en Derecho penal, Núm. 9, Editorial B de F, Buenos Aires, 2014, págs. 6 y sigs.
- EAD., “El Derecho penal como comunicación. Aportaciones y peligros de un nuevo paradigma en la dogmática del derecho”, traducción del alemán por Mateo G. BERMEJO, en Nuria PASTOR MUÑOZ (Coord.), *El Derecho penal como Ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Estudios y debates en Derecho penal, Núm. 9, Editorial B de F, Buenos Aires, 2014, págs. 101 y sigs.
- EAD., “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, traducción del alemán por Ramón RAGÜES, en Nuria PASTOR MUÑOZ (Coord.), *El Derecho penal como Ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Estudios y debates en Derecho penal, Núm. 9, Editorial B de F, Buenos Aires, 2014, págs. 291 y sigs.
- EAD., “Sobre la estructura de la justificación”, traducción del alemán por Ricardo ROBLES PLANAS, en Nuria PASTOR MUÑOZ (Coord.), *El Derecho penal como Ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Estudios y debates en Derecho penal, Núm. 9, Editorial B de F, Buenos Aires, 2014, págs. 317 y sigs.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, vol. I, Editorial Bosch, Barcelona, 1986.
- ID., “El dolo y el conocimiento de la antijuridicidad”, en José JIMÉNEZ VILLAREJO (Director), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Editorial Consejo general del poder judicial, Madrid, 1994, págs. 37 y sigs.
- ID., *La detención preventiva. Previsiones constitucionales y legales*, Editorial Ubijus, México D.F., 2009.
- ID., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª. edic, Editorial Atelier, 2010.
- ID., *Derecho penal español. Parte especial*, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2015.
- QUINTANAR, Manuel, “Una peculiar modalidad de detención ilegal del artículo 188 del Código penal”, en Juan José GONZÁLEZ RUS (Coord.), *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Editorial Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996, págs. 653 y sigs.
- QUINTANAR DÍEZ, Manuel, “Sobre el delito de detención ilegales. Estudio de algunas singulares modalidades del artículo 188 del Código penal español”, *CPC*, número 57, Madrid, 1995, págs. 711 y sigs.

- ID., “El delito de secuestro. Tipo de injusto, dolo y autoría”, en AA.VV. *Estudios penales en homenaje al Profesor COBO DEL ROSAL*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, págs. 763 y sigs.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, “Notas al pie de página”, en Edmundo MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, traducción del alemán de la 2ª. edic, 1933 por José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, adicionado y puesto al día y notas de derecho español por Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, tomo II, 3ª edic, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1957.
- ID., “La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores”, *ADPCP*, tomo 14, Fascículo I, Madrid, 1961, págs. 5 y sigs.
- ID., *Tratado de la parte especial del Derecho penal. Infracciones contra la personalidad*, puesto al día por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, tomo I, vol. II, 2ª. edic, Editorial Revista de derecho privado, Madrid, 1972.
- ID., *Tratado de la parte especial del Derecho penal. Infracciones patrimoniales de apoderamiento*, puesto al día por Carlos GARCÍA VALDÉS, tomo II, 2ª. edic, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1977.
- ID., *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, tomo I, Editorial Consejo superior de investigación científicas, instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1995.
- QUINTERO, María Eloísa, “Acción social, comunicación e injusto penal”, en Miguel POLAINO-ORTS / María Eloísa QUINTERO, *Comunicación e injusto penal*, Editorial Ara, Perú, 2010, págs. 71 y sigs.
- ID., “Complemento a la realización del tipo y a la culpabilidad. Actos preparatorios, tentativa y desistimiento”, *Inacipe*, México, D.F. (Accesible: <http://www.inacipe.gob.mx/investigacion/descargas/Complemento%20a%20la%20realización%20del%20tipo.php>).
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Delitos contra la libertad”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 9ª. edic, Editorial Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 183 y sigs. Como también ID., “Delitos contra la libertad”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 10ª. edic, Editorial Aranzadi, Navarra, 2016, págs. 171 y sigs.
- ID., “Revisiones del dolo y regreso de la responsabilidad objetiva”, en Carlos A. PINEDO SANDOVAL (Coord.), *Imputación subjetiva. Seis aportes fundamentales al debate jurídico-penal contemporáneo*, Editorial Ara, Lima, 2012, págs. 89 y sigs.
- ID., “Delitos contra la libertad”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal, Ajustado al programa de ingreso en las carreras judicial y fiscal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2016, págs. 95 y sigs.
- QUINTINO ZAPEDA, Rubén, *Propuesta de legislación tipo en materia de secuestro*, Editorial INACIPE, México, D.F., 2007.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1999.
- ID., (Coord.), “Delitos contra la libertad”, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Editorial Atelier, Barcelona, 2006, págs. 79 y sigs. También ID. (Coord.), “Delitos contra la libertad”, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ

(Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, págs. 81 y sigs. ID. (Coord.), “Delitos contra la libertad”, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, adaptada a la Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal, 4ª. edic, Editorial Atelier, Barcelona, 2015, págs. 95 y sigs.

RAMÓN RIBAS, Eduardo, “La reforma de la detención ilegal”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 351 y sigs.

REBOLLO VARGAS, Rafael, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal. La exteriorización de la voluntad delictiva*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

ID., “Delitos contra la libertad”, en Juan CÓRDOBA RODA / Mercedes GARCÍA ARÁN (Directores), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, tomo I, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2004, págs. 169 y sigs.

RECIO GARCÍA, Armanda, “El secuestro del Santa María en la prensa del régimen franquista”, *RHCS*, número 10, Madrid, 2005, pág. 157 y sigs.

REGUEIRO DUBRA, Raquel, “El uso de la fuerza en el mar y la operación atalanta de la unión europea”, en AA. VV., *Crisis somalí, piratería e intervención internacional*, Editorial Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2009, págs. 125 y sigs.

REY CARO, Ernesto J., *Los “delicta juris gentium” contra la seguridad de la aviación civil internacional*, Editorial Universidad nacional de Córdoba, Córdoba, República Argentina, 1980.

REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Editorial Temis, Santa fé de Bogotá, 1994.

REYNA MONTALVÁN, Moisés, *El secuestro en México*, Editorial Flores editor, México, D.F., 2009.

RIGHI, Esteban, *La culpabilidad en materia penal*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2003.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo, “El delito de amenazas”, en Juan María TERRADILLOS BASOCO (Director), *Delitos contra la libertad y la seguridad*, Editorial Consejo general del poder judicial, Madrid, 1996, págs. 269 y sigs.

RÍOS VEGA, Luis Efrén, “¿Matar inocentes para salvar a otros?. El caso de avión-bomba”, *Derecho y libertades*, número 21, época II, Madrid, 2009, págs. 187 y sigs.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito. Fundamento y límites*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.

ID., *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Editorial Atelier, Barcelona, 2007.

ID., “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, *Diario La Ley*, la ley 39749/2008 número 7015, Madrid, 18 de septiembre de 2008, págs. 1 y sigs. (Accesible en: <http://0-laleydigital.laley.es>).

ID., “En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos”, en Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (Director), *Derecho*

penal del estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig, Editorial La ley, Madrid, 2010, págs. 445 y sigs.

ID., *Estudios de dogmática jurídica-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2014.

ID., “Estudio preliminar. La teoría de la imputación objetiva. Algunas consideraciones sobre sus orígenes y su futuro”, en Wolfgang FRISCH, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, traducción del alemán por Ivó COCA VILA, Editorial Atelier, Barcelona, 2015, págs. 19 y sigs.

ROCHER, Guy, *Introducción a la sociología general*, traducción por José POMBO, 11ª. edic, Editorial Herder, Barcelona, 1990.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J., *Lecciones de derecho internacional público*, 6ª. edic, Editorial Tecnos, Madrid, 2006.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, “Una cuestión de principios. La Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán de 15 de febrero de 2006, sobre la ley de seguridad aérea, que autorizaba a derribar el avión secuestrado para cometer un atentado terrorista”, *REDC*, número 77, Madrid, 2006, págs. 257 y sigs.

RODRÍGUEZ DEvesa, José María, *Derecho penal español. Parte especial*, puesto al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ, 14ª. edic, Editorial Dykinson, Madrid, 1991.

RODRÍGUEZ DEvesa, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte especial*, 17ª. edic, Editorial Dykinson, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Editorial Civitas, Madrid, 1976.

ID., (Director.), “Presentación”, en Agustín JORGE BARREIRO (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 17 y sigs.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, “Prólogo”, en Francisco CARNELUTTI, *Teoría general del delito*, traducción del italiano por W. ROCES, Editorial Reus, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, Alicia, “El delito de piratería”, *ADPCP*, tomo 50, fascículo I, Madrid, 1997, págs. 211 y sigs.

RODRÍGUEZ PADRÓN, Celsa, “La influencia de la culpabilidad en la determinación de la pena”, en José JIMÉNEZ VILLAREJO (Director), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Editorial Consejo general del poder judicial, Madrid, 1994, págs. 73 y sigs.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La detención*, Colección Iure / Omnia, Editorial Akal, Madrid, 1987.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis / LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “El robo con toma de rehenes”, *La ley*, número 3, Madrid, 1990, págs. 806 y sigs.

ROLDÁN BARBERO, Horacio, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, Núm. 190, Editorial Universidad de Córdoba, Córdoba, 1992.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *El médico y el Derecho penal*, tomo I, la actividad curativa. Licitud y responsabilidad penal, Editorial Bosch, Barcelona 1981.

- ROMERO PÉREZ, Jorge, “Algunas notas acerca del Código penal de Costa Rica”, *ADPCP*, tomo 25, fascículo II, Madrid, 1972, págs. 425 y sigs.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, “Delitos contra la libertad”, en Lorenzo MORILLAS CUEVAS (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, págs. 145 y sigs. Como también ID., “Delitos contra la libertad”, en Lorenzo MORILLAS CUEVAS (Dir.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Editorial Dykinson, Madrid, 2015, págs. 134 y sigs.
- ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, traducción del alemán por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Editorial Reus, Madrid, 1976.
- ID., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, traducción del alemán por Francisco MUÑOZ CONDE, Editorial Reus, Madrid, 1981.
- ID., “La problemática de la imputación objetiva”, traducción del alemán por Enrique CASAS BARQUERO, *CPC*, número 39, Madrid, 1989, págs. 749 y sigs.
- ID., *Derecho penal. Parte general*, tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª. edic. alemana y notas por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA / Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO / Javier DE VICENTE REMESAL, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- ID., “Observaciones sobre la prohibición de regreso”, traducción del alemán por Marcelo A. SANCINETTI, en Wolfgang NAUCKE / Harro OTTO / Günther JAKOBS / Claus ROXIN, *La prohibición de regreso en Derecho penal*, traducción por Manuel CANCIO MELIÁ / Marcelo A. SANCINETTI, Colección de estudios número 11, Centro de investigaciones de Derecho penal y filosofía del derecho, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, págs. 149 y sigs.
- ID., “Observaciones sobre la adecuación social en el Derecho penal”, traducción del alemán por Mariana DEANESI, *CDJP*, año VII, número 12, Buenos Aires, 2001, págs. 81 y sigs.
- ID., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, traducción del alemán por Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, en Roland HEFENDEHL (ED.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER GUIRAO / María MARTÍN LORENZO / Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 443 y sigs. Como también ID., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, traducción del alemán por Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, en Roland HEFENDEHL (ED.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Edición española a cargo de Rafael ALCÁCER GUIRAO / María MARTÍN LORENZO / Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2016, págs. 443 y sigs.
- ID., “El significado de la política criminal para los fundamentos sistemáticos del Derecho penal”, traducción del alemán por Miguel POLAINO-ORTS, en Claus ROXIN, / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Política criminal y dogmática penal. Cuestiones fundamentales*, Colección dogmática penal, Núm. 10, Editorial Ara, Perú, 2013, págs. 53 y sigs.
- ID., “La idea del bien jurídico en la teoría del injusto penal”, traducción del alemán por Miguel POLAINO-ORTS, en Claus ROXIN / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-

ORTS, *Política criminal y dogmática penal. Cuestiones fundamentales*, Colección dogmática penal, Núm. 10, Editorial Ara, Perú, 2013, págs. 73 y sigs.

ID., *Derecho penal. Parte general*, tomo II, *Especiales formas de aparición del delito*, traducción de la 1ª. edic, alemana y notas por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA (Dir.) / José Manuel PAREDES CASTAÑÓN / Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO / Javier DE VICENTE REMESAL / Marta GARCÍA MOSQUERA / María A. TRAPERO BARREALES / Inés OLAIZOLA NOGALES / Raquel ROSO CAÑADILLAS / Soledad BARBER BURUSCO / Leticia JERICÓ OJER / Isabel DURÁN SECO / Virxilio RODRÍGUEZ VÁZQUEZ / Silvia MARTÍNEZ CANTÓN / José-Zamyra VEGA GUTIÉRREZ / Susana ESCOBAR VÉLEZ, Editorial Civitas, Madrid, 2014.

ID., “Las formas de intervención en el delito. Estado de la cuestión”, traducción del alemán por María Teresa CASTIÑEIRA PALOU, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra*, Editorial Civitas, Madrid, 2016, págs. 155 y sigs.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídicas-penales en el ámbito de lo injusto*, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.

EAD., “La adecuación social y el delito de detenciones ilegales. Comentarios a la STS de 16 de diciembre de 1997, ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater”, *RDPC*, 2ª. Época, número 7, Madrid, 2001, págs. 443 y sigs.

EAD., “Caso el Nani”, en Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª. edic, Editorial La ley, Madrid, 2011, págs. 391 y sigs.

EAD., *¿Participación por omisión?. Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Editorial Atelier, Barcelona, 2013.

RUSCONI, Maximiliano Adolfo, *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho penal moderno. Principio de culpabilidad. Víctima e ilícito penal. Riesgo permitido. El comportamiento alternativo conforme a Derecho. Responsabilidad de las personas jurídicas. In dubio pro reo*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 1997.

SALDAÑA, Quintiliano, *Adiciones al tomo I del Tratado de derecho penal de Franz VON LISZT*, 2ª. edic, Editorial Reus, Madrid, 1926.

SALILLAS, Rafael, *El delincuente español. Hampa: antropología picaresca*, Editorial Victoriano Suárez, Madrid, 1898, (reproducido ahora en edición facsímil por Analecta Editorial, Pamplona, 2004).

ID., *Evolución penitenciaria en España*, tomo II, Editorial Imprenta clásica española, Madrid, 1918.

SÁNCHEZ G., Gonzalo (Coord.), *Una Sociedad secuestrada*, Editorial Centro nacional de memoria histórica, Bogotá, 2013.

SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, *Las siete partidas*, Editorial Reus, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Editorial Atelier, Barcelona, 2014.

- SÁNCHEZ-TEJERINA, Isaías, *Derecho penal español. Parte especial. Obra ajustada al Código penal, texto refundido de 1944, con todas las modificaciones Introducidas*, tomo II, 5ª. edic, Editorial Reus, Madrid, 1950.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ- TRELLES, Javier, “Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte”, *ADPCP*, tomo 48, Fascículo I, Madrid, 1995, págs. 187 y sigs.
- ID., “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológico «trascendencia»”, *ADPCP*, tomo 51, Fascículo 1, Madrid, 1998, págs. 319 y sigs.
- ID., “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal”, *CPC*, número 71, Madrid, 2000, págs. 391 y sigs.
- ID., *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.
- ID., “En los límites de la inducción”, *InDret* 2/2012, págs. 1 y sigs. (Accesible en: <http://www.indret.com/pdf/884.pdf>).
- ID., “En 2017, no detengan tanto, por favor”, *Diario el confidencial*, 05 de enero del 2017. (En: http://blogs.elconfidencial.com/espana/blog-fide/2017-01-05/detenciones-estado-derecho_1312411/).
- SANCINETTI, Marcelo A., *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*, *CCA*, Núm. 8, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- SANTALUCIA, Bernardo, *Derecho penal romano*, traducción del Italiano por Javier PARICIO / Carmen VELASCO, Editorial Ramón Areces, 1990.
- SANTOIANI, Juan Pablo, “El error sobre la edad de la víctima en los delitos de abuso sexual”, *RDyPC*, número 9, Buenos Aires, Octubre 2012, págs. 21 y sigs.
- SANZ MORÁN, Ángel José, “Sobre la reforma del delito de rapto”, en *Criminología y derecho penal al servicio de la persona, Libro homenaje al Prof. Antonio Beristain*, compilado por José Luis DE LA CUESTA / Iñaki DENDALUZE / Enrique ECHEBURÚA, Editorial Instituto Vasco de Criminología, Denostia- San Sebastian, 1989, págs. 895 y sigs.
- ID., “Algunas observaciones sobre el delito de allanamiento de morada”, *Estudios de Derecho penal y criminología: en homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa*, vol. 2, Editorial Universidad Nacional de Educación a Distancia, UNED, Madrid, 1989, págs. 313 y sigs.
- ID., *Los elementos subjetivos de justificación*, Editorial José María Bosch, Barcelona, 1993.
- ID., “Semblanza científica del profesor Don Ángel Torío López”, en José CEREZO MIR / Rodrigo F. SUÁREZ MONTES / Antonio BERISTAIN IPIÑA / Carlos M. ROMEO CASABONA (Editores), *El nuevo Código penal. Presupuestos y fundamentos, Libro homenaje al profesor doctor Don Ángel Torío López*, Editorial Comares, Granada, 1999, págs. XV y sigs.
- ID., “Teoría general de la justificación”, *RP*, número 05, Barcelona, 2000, págs. 74 y sigs.
- ID., “Los elementos subjetivos de justificación”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES / Fermín MORALES PRATS (Coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en*

memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 723 y sigs.

- ID., “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena”, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, págs. 147 y sigs.
- ID., “De nuevo sobre el bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada”, en Emilio Octavio DE TOLEDO Y UBIETO / Manuel GURDIEL SIERRA / Emilio CORTÉS BECHIARELLI (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 1031 y sigs.
- ID., *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- ID., “Algunas consideraciones en torno a la política criminal”, en Miguel Ángel NÚÑEZ PAZ / Ana Isabel GARCÍA ALFARAZ (coords.), «*Universitas Vitae*» *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, págs. 729 y sigs.
- ID., “Naturaleza del sistema de justificación”, en Juan Carlos CARBONELL MATEU (Dir.) y Lucía MARTÍNEZ GARAY (Coord.), *La justificación penal. Balance y perspectivas*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 37 y sigs.
- ID., “Algunas consideraciones sobre la ciencia del Derecho penal y su método”, en Carlos GARCÍA VALDÉS / Antonio CUERDA RIEZU / Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA / Rafael ALCÁCER GUIRAO / Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, págs. 639 y sigs.
- ID., “Reflexiones sobre el bien jurídico”, en Juan Carlos CARBONELL MATEU / José Luis GONZÁLEZ CUSSAC / Enrique ORTS BERENGUER (Directores), *Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1753 y sigs.
- ID., “Caso del homicidio preterintencional”, en Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2ª. edic, Editorial La Ley, Madrid, 2011, págs. 291 y sigs.
- ID., “Recensión a: Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, 3ª. edic, Editorial B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2011, págs. 223 y sigs.
- ID., “Aproximación al problema del denominado *dolus generalis*”, *InDret* 3/2016, págs. 1 y sigs. (Accesible en: <http://www.indret.com/pdf/1238.pdf>).
- SCHÜNEMANN, Bernd (Compilador), *El sistema moderno del Derecho penal, cuestiones fundamentales*, traducción del alemán por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, págs. 147 y sigs.
- ID., “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”, traducción del alemán por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, en Bernd SHÜNEMANN (Compilador), *El sistema moderno del Derecho penal, cuestiones fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, págs. 147 y sigs.

- ID., “La culpabilidad: estado de la cuestión”, traducción del alemán por David FELIP I SABORIT / Ramón RAGUÉS I VALLÉS, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, págs. 91 y sigs.
- ID., “Sistema del Derecho penal y victimodogmática”, traducción del alemán por Mariana SACHER, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, págs. 159 y sigs.
- SEELMAN, Kurt, “¿Existen deberes de solidaridad en el Derecho penal?”, traducción del alemán por Juan Pablo MONTIEL (Dir.), *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013, págs. 73 y sigs.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, con la colaboración de Alfonso SERRANO MAÍLLO, 2ª. edic, Editorial Dykinson, Madrid, 1997.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso / SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 12ª. edic, Editorial Dykinson, Madrid, 2007. También ID., *Derecho penal. Parte especial*, 13ª. edic, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, “La duda de la víctima como forma de error en el delito de estafa”, *CPC*, número 50, Madrid, 1993, págs. 529 y sigs.
- ID., “La participación en el hecho ya consumado por otro, en particular en el delito permanente”, *CPC*, número 96, Madrid, 2008, págs. 129 y sigs.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Aberratio ictus e imputación objetiva”, *ADPCP*, tomo 37, Fascículo II, Madrid, 1984, págs. 347 y sigs; También ID., *Instituciones de Derecho penal*, Editorial Ángel editor, México, D.F., 2001.
- ID., “Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuricidad”, *ADPCP*, tomo 40, Fascículo III, Madrid, 1987, págs. 650 y sigs.
- ID., “Introducción”, en Bernd SCHÜNEMANN (Compilador), *El sistema moderno del Derecho penal, cuestiones fundamentales*, traducción del alemán por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, págs. 11 y sigs.
- ID., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1992.
- ID., “La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudencia sobre la victimo-dogmática”, en *La Victimología*, Cuadernos de Derecho judicial, tomo XV, Consejo general del Poder judicial, Madrid, 1993.
- ID., “Informe sobre las discusiones”, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Director), *Sobre el estado de la teoría del delito. Seminario en la Universidad Pompeu Fabra*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, pág. 179 y sigs.
- ID., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª. edic, Editorial Civitas, Madrid, 2001. También ID., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª. edic, reimpresión, Editorial B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2006. ID., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª. edic, Editorial B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2011.

- ID., *Instituciones de Derecho penal*, Editorial Ángel editor, México, D.F., 2001.
- ID., *Normas y acciones en Derecho penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2003.
- ID., “Prólogo”, en ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito. Fundamento y límites*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 9-10.
- ID., “Prólogo”, en Urs KINDHÄUSER, / Juan Pablo MAÑALICH R., *Pena y culpabilidad. En el Estado democrático de Derecho*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011, págs. XIII y sigs.
- ID., “Prólogo”, en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2013, págs. XII y sigs.
- ID., “Prólogo”, en Javier CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2015, págs. 17 y 18.
- ID., *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2015.
- SOBRINO HEREDIA, José Manuel, *Piratería y terrorismo en el mar*, Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009.
- DE SOLÁ DOMINGO, Mercedes, “La convención internacional contra la toma de rehenes”, *REDI*, vol. XXXV, número 1, Madrid, 1983, págs. 85 y sigs.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo IV, 2ª. edic, Editorial Tipografica editora Argentina, Buenos Aires, 1963.
- SOLSONA, Enrique F., *Delitos contra la libertad. Delitos contra la libertad individual. Violación de domicilio. Violación de secretos. Delitos contra la libertad de trabajo y de asociación. Delitos contra la libertad de reunión. Delitos contra la libertad de prensa*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1987.
- SOTO LAMADRID, Miguel Angel, “La seguridad en la aviación civil en el Derecho internacional penal”, *ADPCP*, tomo 33, fascículo III, Madrid, 1980, págs. 663 y sigs.
- STRATENWERTH, Günter, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, traducción del alemán por Enrique BACIGALUPO con la colaboración de Agustín ZUGALDÍA ESPINAR, Editorial Publicación del instituto de criminología de la universidad complutense de Madrid, 1980.
- ID., *Derecho penal. Parte General*, tomo 1, *El hecho punible*, traducción del alemán por Manuel CANCIO MELIÁ, / Marcelo A. SANCINETTI, Editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2005.
- STRAUSS, Barry, *La guerra de troya*, traducción del Inglés por Ignacio BLANCO, Editorial Edhasa, Madrid, 2008.
- STRAWSON, Peter F., *Libertad y resentimiento*, traducción del inglés por Juan José ACERO, Editorial Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 1995.

- STUART MILL, John, *Sobre la libertad*, traducción del inglés, estudio preliminar y notas de Carlos RODRÍGUEZ BRAUN, Editorial Tecnos, Madrid, 2008.
- STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, traducción del alemán por Juan Luis FUENTES OSORIO, *CPC*, número 92, Madrid, 2007, págs. 127 y sigs.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, “El nuevo tratamiento de las personas con discapacidad. ¿Tan sólo una cuestión conceptual?”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2015, págs. 71 y sigs.
- TAPIA SALINAS, Luis, *Curso de Derecho aeronáutico*, con la colaboración de Luis TAPIA FRANCO, Editorial Bosch, Barcelona, 1980.
- TEJEDA DE LUNA, Ricardo, *Análisis jurídico del secuestro*, Editorial Sista, México, D.F., 2012.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María, “Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”, *RPE*, número 1, Madrid, 1991, págs. 9 y sigs.
- ID., *Lesividad y proporcionalidad como principios limitadores del poder punitivo. Algunas digresiones a propósito de la última reforma del Código penal español*, Serie Derecho penal, Núm. 3, Editorial Ubijus, Delegación Azcapotzalco, México, D.F., 2011.
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Manuel de Historia del Derecho español*, 4ª. edic, 18ª. reimpr, Editorial Tecnos, Madrid, 2010.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Motivos y ocasiones en el robo con homicidio”, *ADPCP*, tomo 23, Fascículo III, Madrid, 1970, págs. 605 y sigs.
- ID., “La estructura típica del delito de coacción”, *ADPCP*, tomo 30, Fascículo I, Madrid, 1977, págs. 19 y sigs. También ID., “La estructura típica del delito de coacción”, en AA. VV., *Homenaje a Emilio GÓMEZ ORBANEJA*, Editorial Moneda y crédito, Madrid, 1977, págs. 393 y sigs.
- ID., “El concepto individual de culpabilidad”, *ADPCP*, tomo 37, Fascículo II, Madrid, 1985, págs. 285 y sigs.
- ID., “Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma”, *Estudios penales y criminológicos*, número 10, Santiago de Compostela, 1985-1986, págs. 382 y sigs.
- ID., “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, *ADPCP*, tomo 39, Fascículo I, Madrid, 1986, págs. 33 y sigs.
- ID., “Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito”, *ADPCP*, tomo 42, Fascículo II, Madrid, 1989, págs. 489 y sigs.
- ID., “Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa”, en Carlos María ROMEO CASABONA (Director), *Presupuestos para la Reforma Penal*, Centro de Estudios Criminológicos, número 1, Editorial Universidad de la Laguna, Tenerife, 1992, págs. 178 y sigs.
- ID., “Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas”, en José JIMÉNEZ VILLAREJO (Director), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Editorial Consejo general del poder judicial, Madrid, 1994, págs. 155 y sigs.

- ID., “Relación de causalidad. Indicaciones para una actualización”, *RDP*, número 1, Valladolid, 2000, págs. 15, 16, 20 y 21;
- LA TORRA, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo. Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del derecho*, traducción del italiano por Cristina GARCÍA PASCUAL, Editorial Dykinson, 2008.
- TRAPIELLO, Andrés, *Las vidas de Miguel de Cervantes*, Editorial Ediciones folio, edita ABC., Madrid, 2004.
- TUERO GONZÁLEZ, Alejandro, “Delitos contra la libertad”, en Antonio ROMA VALDÉS (Director), *Código penal comentado. Especial consideración a las modificaciones introducidas por las leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, Editorial Bosch, Barcelona, 2015, págs. 296 y sigs.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel, “El elemento subjetivo de la eximente de estado de necesidad y el delito de colaboración con bandas armadas. Comentarios a la STS de 5 de diciembre de 1994”, *AP*, tomo 1, Madrid, 1995, págs. 241 y sigs.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Código penal comentado. Actualizado por las leyes orgánicas 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*, Editorial Atelier, Barcelona, 2015.
- VEGA FERNÁNDEZ, Enrique, “El escenario”, en AA. VV., *Crisis somalí, piratería e intervención internacional*, Editorial Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, Madrid, 2009, págs. 31 y sigs.
- VELÁZQUEZ BARÓN, Ángel, *Las amenazas*, Biblioteca básica de práctica procesal, Núm. 216, Editorial Bosch, Barcelona, 2004.
- ID., *Las coacciones*, Biblioteca básica de práctica procesal, Núm. 217, Editorial Bosch, Barcelona, 2004.
- VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código Penal 1870, concordado y comentado*, tomo III, 4ª. edic, Editorial Librerías de Suárez, Madrid, 1890.
- DE VICENTE REMESAL, Francisco Javier, “Violencia-estupro. Error sobre la edad de doce años”, *CPC*, número 28, Madrid, 1986, págs. 75 y sigs.
- ID., “Error sobre la edad y error sobre otros elementos típicos en los delitos contra la honestidad. Exposición y crítica de la posición jurisprudencia. Referencia especial al error sobre la edad de doce años”, *PJ*, 2ª. época, Número 8, Madrid, junio de 1987, págs. 75 y sigs.
- ID., “Violencia-estupro. Error sobre la edad de doce años”, *CPC*, número 28, Madrid, 1986, págs. 75 y sigs.
- VILLADA, Jorge Luis, *Secuestro extorsivo. Ley 25.742*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2004.
- VIQUEIRA HINOJOSA, Antonio, “Secuestro de personas y síndrome de estocolmo”, *Eguzkilore, CIVC*, número 7, San sebastian, diciembre 1993, pág. 193 y sigs.
- VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos del sistema penal. Acción significativa y derechos constitucionales*, estudio preliminar de M. JIMÉNEZ REDONDO, 2ª. edic, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2011.

- VIVES ANTÓN, Tomás S. / GIMENO SENDRA, José Vicente, *La detención. Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes. Detenciones ilegales*, Editorial Bosch, Barcelona, 1977.
- DE VIZMANOS, Tomás María / ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Cirilo, *Comentarios al nuevo Código penal*, tomo II, Editorial Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848.
- VOGEL, JOACHIM, “Dolo y error”, traducción del alemán por Javier VALLS PRIETO, *CPC*, número 95, Madrid, 2008, págs. 5 y sigs.
- VON WEBER, Hellmuth, “Sobre el “*error iuris*” en las más modernas tendencias jurídicas alemanas”, traducción del alemán por Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, *ADPCP*, tomo 6, fascículo I, Madrid, 1953, págs. 9 y sigs.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte general*, traducción del alemán por Carlos FONTÁN BALESTRA con la colaboración de Eduardo FRIKER, Editorial Roque Dipalma editor, Buenos Aires, 1956.
- ID., *Derecho penal alemán. Parte general*, traducción del alemán por Juan BUSTOS RAMÍREZ / Sergio YÁÑEZ PÉREZ, 11ª. edic, Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- ID., *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, traducción del alemán de la 4ª. edic, por Felipe GONZÁLEZ VICEN, 2ª. edic, 2ª reimpr, Editorial Aguilar, 1977, pág. 14.
- ID., *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, traducción del alemán y notas por José CEREZO MIR, 2ª reimpr, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004.
- WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte general. Exposición del texto legal reformado en vigor desde el 1/1/1975*, traducción del alemán por Conrado A. FINZI, 6ª. edición alemana de 1976, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1980.
- VAN WEEZEL, Alex, “Coautoría en delitos de organización”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coord.), *El funcionalismo en Derecho, Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, tomo II, Centro de investigación en filosofía y derecho, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 227 y sigs.
- WILENMANN, Javier, “Injusto, justificación e imputación”. La teoría de la antijuricidad en la dogmática penal, en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuricidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2013, págs. 99 y sigs.
- WOLF, Erik, *Las categorías de la tipicidad. Estudios previos sobre una doctrina general de la parte especial del Derecho penal*, traducción del alemán por María del Mar CARRASCO ANDRINO, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2005.
- WOLTER, Jürgen, “Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*”, traducción del alemán por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, en Bernd SHÜNEMANN (Compilador), *El sistema moderno del Derecho penal, cuestiones fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, págs. 108 y sigs.

- YÁÑEZ ROMÁN, Pedro Luis, “Comentario a: STS 1 marzo de 1976, del artículo 174. 1, párrafo 3º, asociaciones subversivas”, *ADPCP*, Tomo 29, fascículo I, Madrid, 1976, págs. 163 y sigs.
- YARYURA, Cintia, “Derecho internacional y Derecho nacional en materia de seguridad aérea”, *Alegatos*, número 61, México, D.F., 2005, págs. 475 y sigs.
- ZACZYK, Rainer, “Sobre el fundamento del vínculo entre injusto personal, culpabilidad y pena”, traducción del alemán por Nuria PASTOR MUÑOZ, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT / Nathalia Elena BAUTISTA PIZARRO / José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS (Compiladores), *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2010, págs. 157 y sigs.
- ID., “La culpabilidad como concepto jurídico”, traducción del alemán por Nathalia Elena BAUTISTA PIZARRO, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT / Nathalia Elena BAUTISTA PIZARRO / José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS (Compiladores), *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2010, págs. 175 y sigs.
- ID., “Injusto jurídico-penal y la autorresponsabilidad del lesionado”, traducción del alemán por Nuria PASTOR MUÑOZ, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT / Nathalia Elena BAUTISTA PIZARRO / José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS (Compiladores), *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2010, págs. 257 y sigs.
- ID., “Injusto jurídico-penal o autolesión autorresponsable”, traducción del alemán por Nuria PASTOR MUÑOZ, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT / Nathalia Elena BAUTISTA PIZARRO / José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS (Compiladores), *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Editorial Universidad externado de Colombia, Bogotá, 2010, págs. 273 y sigs.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, tomo I, Editorial Cardenas editor y distribuidor, México, D.F., 1997.
- ID., *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de Alejandro ALAGIA / Alejandro SLOKAR, 2ª. edic, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002.
- DE ZUGASTI, Julián, *El bandolerismo. Estudio social y memorias históricas*, tomo I, 3ª. edic, Editorial T. Fortannet, Madrid, 1876.
- ID., *El bandolerismo. Estudio social y memorias históricas*, tomo II, 2ª. edic, Editorial T. Fortannet, Madrid, 1876.
- ID., *El bandolerismo. Estudio social y memorias históricas*, tomo III, Editorial T. Fortannet, Madrid, 1876.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*, Editorial PPU, Barcelona, 1993.

CONVENIOS INTERNACIONALES

Comité internacional de la Cruz Roja, *Los Convenios de ginebra del 12 de agosto de 1949*, Editorial Comité internacional de la Cruz Roja, Ginebra.

Convenio internacional contra la toma de rehenes, <http://v.lex.com/vid/internacional-toma-rehenes-67147124>, visto 29 de Septiembre del 2014, a las 20:31 horas.

Cooperación internacional en prevenir combatir y eliminar el secuestro y en prestar asistencia a las víctimas, resolución 2002/16, 37ª sesión plenaria, 24 de julio de 2002, en *Resoluciones y decisiones aprobadas por el Consejo Económico y social en su período de sesiones sustantivo de 2002*, registro E/2002/INF/2/Add.2, Consejo Económico y social de las Naciones Unidas, 13 de agosto de 2002. Vid. <http://www.cinu.org.mx/negocios/resoluciones.pdf?Open&DS=E/2002/INF/2/>

Cooperación internacional en prevenir combatir y eliminar el secuestro y en prestar asistencia a las víctimas, resolución E/CN.15/2003/7, 12ª periodo de sesiones, *Consejo económico y social de las naciones unidas*, Tomo 5, Viena, 5 de marzo de 2003. Vid. https://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CCPCJ/session/12_Session_2003/CCPCJ_12.html

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Ley 42/1971, de 15 de noviembre, por la que se adicionan determinados artículos al Código de justicia militar, *ADPCP*, tomo 24, fascículo III, Madrid, 1971, págs. 769 y sigs.

Circular de la Fiscalía del T.S. núm. 3/1973: Criterios de interpretación sobre el Decreto-Ley de 26 de agosto de 1975, *ADPCP*, tomo 29, fascículo II, Madrid, 1976, págs. 354 y sigs.

Decreto-ley 10/1975, de 26 de Agosto, sobre prevención del terrorismo, *ADPCP*, tomo 28, fascículo III, Madrid, 1975, págs. 443 y sigs.

Decreto-Ley 2/1976, de 18 de febrero, por el que se revisa el de prevención del terrorismo 10/1975, de 26 de agosto, y se regula la competencia para el enjuiciamiento de tales delitos, *ADPCP*, tomo 29, fascículo I, Madrid, 1976, págs. 134 y sigs.

Ley 32/1999, de 8 de Octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, por María del Carmen FIGUEROA NAVARRO, *ADPCP*, tomo 52, fascículo I, Madrid, 1999, págs. 608 y sigs.

Ley 82/1978, de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo, *ADPCP*, tomo 31, fascículo III, Madrid, 1978, págs. 678 y sigs.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, por la que se aprueba el Código Penal, en Tomás S. VIVES ANTÓN (Coord.), *“Comentarios al Código Penal de 1995”*, vol. I, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1996, págs. 35 y sigs.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, por la que se aprueba el Código Penal, en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (Director), *“Comentarios al Código Penal”*, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

Ley Orgánica 7/2000, de 22 Diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en relación con los delitos de terrorismo, por María del Carmen FIGUEROA NAVARRO, *ADPCP*, tomo 53, Madrid, 2003, págs. 459 y sigs.

Ley Orgánica 9/2002, de 10 de Diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores, por María del Carmen FIGUEROA NAVARRO, *ADPCP*, tomo 55, Madrid, 2002, págs. 378 y sigs.

Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, *ADPCP*, tomo 33, fascículo I, Madrid, 1980, págs. 101 y sigs.

Real decreto 1912/1999, de 17 de Diciembre, por el que se aprueba el reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de Octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, por María del Carmen FIGUEROA NAVARRO, *ADPCP*, tomo 52, fascículo I, Madrid, 1999, págs. 614 y sigs.

Real Decreto-Ley 21/1978 de 30 de Junio, sobre medidas en relación a los delitos cometidos por grupos o bandas armadas, *ADPCP*, tomo 31, fascículo II, Madrid, 1978, págs. 357 y sigs.

Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de Octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, por María del Carmen FIGUEROA NAVARRO, *ADPCP*, tomo 52, fascículo I, Madrid, 1999, págs. 616 y sigs.

Ley 14/2010, de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos.

Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (Accesible en: http://boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439).

Ley 4/2010 de protección de la seguridad ciudadana.

LEGISLACIÓN MEXICANA

Ley federal contra la delincuencia organizada.

Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro, reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley orgánica del poder judicial de la federación.

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

STC, Sala Primera, Sentencia de 26 Marzo de 1996, Rec. 79/1995, ponente: Vicente GIMENO SENDRA, *La ley juris* 4235/1996.

STS 634/1990, ponente: Enrique RUIZ VADILLO.

STS 3964/1991, ponente: Justo CARRERO RAMOS.

STS 10 de Septiembre de 1992, ponente: José Augusto DE LA VEGA RUIZ.

STS 2316/1993, ponente: Eduardo MONER MUÑOZ.

STS de 5 de octubre de 1994, ponente Ramón Montero FERNÁNDEZ-CID.

STS, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 17 de noviembre de 1994, Rec. 246/1994, ponente: Luis Ramón PUERTA LUIS, *La ley juris* 14230/1994.

STS, sala 2ª de lo penal, 5 de diciembre de 1994, ponente: José Antonio MARTIN PALLIN, Vlex-202721839 (Accesible en <http://vlex.com/vid/-202721839>).

STS 173/1995, ponente: Francisco SOTO NIETO.

STS 496/1995, ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER.

STS 7121/1995, ponente: Francisco SOTO NIETO.

STS. 3 de Octubre de 1996, ponente: José Augusto DE LA VEGA RUIZ.

STS de 25 de enero de 1997, ponente: José Antonio MARTÍN PALLÍN.

STS 28/1999, ponente: DELGADO GARCÍA.

STS 1387/2001, ponente: Alberto Jorge BARREIRO.

STS 1878/2001, ponente: José JIMÉNEZ VILLAREJO.

STS 6260/2001, ponente: Perfecto Agustín ANDRÉS IBÁNEZ.

Sentencia de 9 de marzo de 2001. Véase en Jurisprudencias del Tribunal Supremo, por María del Carmen FIGUEROA NAVARRO, *ADPCP*, tomo 54, 2003, pág. 603.

STS 788/2003, Sala segunda de lo penal, 29 de mayo 2009, ponente: Miguel COLOMERO MENÉNDEZ DE LUARCA, *La ley juris* 158362/2008.

STS 3003/2003, ponente: Julián Artemio SÁNCHEZ MELGAR.

STS 3682/2003, ponente: Miguel COLOMERO MENÉNDEZ DE LUARCA.

STS 30/2004, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

STS 4598/2004, ponente: Joaquín DELGADO GARCÍA.

STS 24/2005, ponente: Juan SAAVEDRA RUÍZ.

STS 1424/2005, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

STS 1023/2005, ponente: José Manuel MEZA MARTÍN.

STS 7205/2006, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

STS. 7808/2006, ponente: Carlos GRANADOS PÉREZ.

STS 21/2007, ponente: Juan SAAVEDRA RUÍZ.

STS 484/2007, ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER.

STS 1468/2007, ponente: Miguel Colmenero MENÉNDEZ DE LUARCA.

STS 4032/2007, ponente: Andrés MARTÍNEZ ARRIETA.

STS 4533/2007, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

STS 6094/2007, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA.

STS 8304/2007, ponente: Francisco MONTERDE FERRER.

STS 8316/2007, ponente: José Ramón SORIANO SORIANO.

STS 2250/2008, ponente: Joaquín DELGADO GARCÍA.

STS 3939/2008, ponente: Diego Antonio RAMOS GANCEDO.

STS 5614/2008, ponente: Andrés MARTÍNEZ ARRIETA.

STS 6629/2008, ponente: Luis ROMÁN PUERTA.

STS 6940/2008, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

STS 7263/2008, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA.

STS 10319/2008, ponente: Andrés MARTÍNEZ ARRIETA. Como también STS, 10319/2008, Sala segunda de lo penal, 10 de octubre 2008, ponente: Andrés MARTÍNEZ ARRIETA, *La ley juris* 158362/2008.

STS 31/2009, ponente Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA.

STS 242/2009, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

STS 1561/2009, ponente: Luis Román PUERTA LUIS.

STS. 2087/2009, ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER.

STS 2173/2009, ponente: Andrés MARTÍNEZ ARRIETA.

STS 2689/2009, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA.

STS 3057/2009, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

STS 6491/2009, ponente: Diego Antonio RAMOS GANCEDO.

STS 8158/2009, ponente: Miguel COLMERO MENÉNDEZ DE LUARCA,

STS 1001/2010, ponente: Francisco MONTERDE FERRER.

STS 7542/2010, ponente: Diego Antonio RAMOS GANCEDO.

STS 7696/2010, ponente: Julián Artemio SÁNCHEZ MELGAR.

STS 8065/2011, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE.

STS. 11265/2011, Sala segunda de lo penal, 1 marzo, ponente: Martínez ARRIETA, *La ley juris* 10553/2012.

STS 2910/2012, ponente: Miguel Colmenero MENÉNDEZ DE LUARCA.

STS. 1937/2013, ponente: Joaquín GIMÉNEZ GARCÍA.

STS 3030/2012, ponente: Juan Ramón SORIANO SORIANO.

STS. 5856/2013, ponente: Julián ARTEMIO SÁNCHEZ.

STS 6356/2013, ponente: Luciano VARELA CASTRO.

STS 4719/2014, ponente Carlos GRANADOS PÉREZ.

STS 694/2016, Sala segunda de lo penal, 27 julio, Rec. 241/2016, ponente: Manuel MARCHENA GÓMEZ, *La ley juris* 91581/2016.

AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Auto TS de 5 de octubre de 1994, ponente: Ramón Montero FERNÁNDEZ-CID.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Audiencia Nacional, sala de lo penal, Sentencia de 7 de junio del 2002, Rec. 10/1998, ponente: Rosa María ARTEAGA CERRADA, *La ley juris* 221323/2002.

Audiencia provincial de las palmas, 29 de Marzo 2010, Rec. 31/2010, ponente: Nicolás ACOSTA GONZÁLEZ.

Audiencia Provincial de Segovia de 1 junio, ponente: Herrero PINILLA, *La ley juris* 11224/2011.

Audiencia Nacional, sala de lo penal, Sección 2ª Sentencia de 12 de diciembre del 2011, Rec. 50/2011, ponente: Ángel Luis HURTADO ADRIÁN, *La ley juris* 231611/2011.

Audiencia Nacional, sala de lo penal, Sección 2ª Sentencia 16/2014 de 24 de junio del 2014, Rec. 19/2008, ponente: Ángel Luis HURTADO ADRIÁN, *La ley juris* 95984/2014.

JURISPRUDENCIA MEXICANA

Jurisprudencia, registro 206161, tesis 1ª/J.1/92, ponente Clementina GIL DE LESTER, “*Trabajo en favor de la comunidad, no es un beneficio*”, *Semanario judicial de la federación*, libro 54, materia penal, octava época, junio de 1992.

Jurisprudencia, registro 1005667, tesis 1ª/J. 138/2009, ponente: Sergio A. VALLS HERNÁNDEZ, “Secuestro exprés. El hecho de que se actualice este delito no excluye la posibilidad de acreditar en forma autónoma los tipos penales básicos de robo o extorsión (legislación del distrito federal)”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, tomo 31, materia penal, Novena época, abril 2010. Como también, Jurisprudencia, registro 164683, tesis 1ª/J. 138/2009, ponente: Sergio A. VALLS HERNÁNDEZ, “Secuestro exprés. El hecho de que se actualice este delito no excluye la posibilidad de acreditar en forma autónoma los tipos penales básicos de robo o extorsión (legislación del distrito federal)”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, tomo 31, materia penal, Novena época, abril 2010.

Jurisprudencia, registro 1005666, tesis 1a./J. 60/2010, ponente: José de Jesús GUDIÑO PELAYO, “Secuestro express. El concurso de penas que subsistió entre el quinto párrafo del artículo

160 del Código penal para el distrito federal, actualmente abrogado, y el primer párrafo del artículo 163 bis del mismo ordenamiento legal, se resuelve con el principio de mayor beneficio a favor del reo”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, tomo 3, materia penal, Novena época, Noviembre 2010.

Jurisprudencia, registro 163430, tesis 1ª./J. 60/2010, ponente: José de Jesús GUDIÑO PELAYO, “Secuestro exprés. El concurso de penas que subsistió entre el quinto párrafo del artículo 160 del Código penal para el distrito federal, actualmente abrogado, y el primer párrafo del artículo 163 bis del mismo ordenamiento legal, se resuelve con el principio de mayor beneficio a favor del reo”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, tomo 32, materia penal, Novena época, Noviembre 2010.

Jurisprudencia, registro 1005697, tesis 319, ponente: Francisco PAVÓN VASCONCELOS, “Violación tumultuaria y secuestro. Inconsistencia de los delitos”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Apéndice 1917, materia penal, tomo 3, Séptima época, septiembre 2011.

Jurisprudencia, registro 2002180, Tesis 1ª./J. 80/2012 (10a.), ponente: Jorge María PARDO REBOLLEDO, “Privación ilegal de la libertad en sus modalidades de secuestro y secuestro exprés. Para considerar actualizada la agravante prevista en el artículo 164, fracción I, del Código penal para el distrito federal, resulta relevante el lugar en donde se encuentra la víctima en el momento justo en el que es privada de su libertad”. *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, tomo I, materia penal, Décima época, noviembre de 2012.

TESIS AISLADA MEXICANAS

Tesis aislada, registro 234399, ponente: Manuel RIVERA SILVA, “Secuestro y asalto, absorción entre los delitos de prevaleciendo el primero”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, materia penal, volumen 169-174, segunda parte, Séptima época, 14 de febrero de 1983. También, Tesis aislada, registro 907890, ponente: Manuel RIVERA SILVA, “Secuestro y asalto, absorción entre los delitos de prevaleciendo el primero”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, materia penal, volumen 169-174, segunda parte, Séptima época, 14 de febrero de 1983.

Tesis aislada, registro 215686, tesis XI.1º.73-p, ponente: Joel GONZÁLEZ JIMÉNEZ, “Secuestro. El tipo de ese delito, no siempre requiere del activo la pretensión de rescate”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, materia penal, tomo 12, Octava época, agosto de 1993.

Tesis Aislada, Registro: 211718, ponente: Gustavo CALVILLO RANGEL, “Configuración del delito de plagio o secuestro”, *Semanario judicial de la federación*, materia penal, tomo 15, Octava época, julio de 1994.

Tesis aislada, registro 194846, tesis XX. 1º. 118 P, ponente: Luis Rubén BALTAZAR ACEVES, “Plagio o secuestro. Es irrelevante quien de los responsables exigió el rescate”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, materia penal, tomo 9, Novena época, enero 1999.

Tesis aislada, registro 189912, tesis: VI.1o. P 97 P, ponente: Carlos LORANCA MUÑOZ, “Plagio o secuestro, configuración del delito de (legislación del Estado de Tlaxcala)”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, tomo XIII, materia penal, Novena época, Abril de 2001.

- Tesis aislada, registro 175841, tesis 1ª. VI/2006, ponente: Sergio A. VALLS HERNÁNDEZ, “Privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro. El artículo 229 del Código penal del Estado de Chihuahua, vigente en 1997, que prevé ese delito, no viola el artículo 14 de la Constitución Federal, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, materia constitucional y penal, tomo 23, Novena época, febrero de 2006.
- Tesis aislada, registro 169187, tesis II.2º.P.67, ponente: José NIEVES LUNA CASTRO, “Secuestro no se configura ante la ausencia del elemento subjetivo específico de finalidad que lo rige”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, tomo XXVIII, Novena época, julio de 2008.
- Tesis aislada, registró 167624, tesis I.7o.P.112P, ponente: Carlos Hugo LUNA RAMOS, “Secuestro exprés. El hecho de que se actualice este delito no excluye la posibilidad de acreditar en forma autónoma los tipos penales básicos de robo o extorsión (legislación del distrito federal)”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, tomo 29, materia penal, Novena época, marzo del 2009.
- Tesis aislada de la primera sala SCJN., registro 160643, tesis 1ª. CCXXXVI/2011 (9ª.), ponente: Guillermo I. ORTIZ MAYAGOITA, “Secuestro exprés. El artículo 163 bis del Código penal para el distrito federal que lo sanciona, no trasgrede la garantía de proporcionalidad en materia penal (test de proporcionalidad en materia penal)”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Libro II, tomo 1, materia constitucional, Décima época, noviembre 2011.
- Tesis aislada, registro 160709, tesis 1a. CCXIII/2011 (9a.), ponente: Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA, “Aumento de la pena para el delito de secuestro express prevista en el artículo 163 bis del Código penal para el Distrito Federal. Constituye una medida legislativa proporcional en sentido estricto, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad en sentido amplio”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, libro II, materia constitucional, Tomo 1, Décima época, Noviembre de 2011.
- Tesis aislada, registro 2003860, tesis: ii.2o.p.29 p (10a.), ponente: Óscar ESPINOSA DURÁN, “Ley general para prevenir y sancionar los delitos en materia de secuestro. Es aplicable tanto para los ilícitos cometidos en el ámbito local como los del fuero federal”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, libro XXI, materia constitucional, penal, tomo 2, Décima época, junio de 2013.

JURISPRUDENCIA ARGENTINA

- Sala I, causa número 10,965, ponente: Gabriel Luciano MÉNDEZ.
- Sala III, causa número 12,024, ponente: Pablo Daniel ABELENDA.
- Sala III, causa número 13, 050, ponente Fernando Javier PRUNESTI.
- Sala V, causa número 34.489, ponente: Milena Rosa VALDEZ.
- Sala V, causa número 32,001, ponente: Mendoza MUÑOZ.
- Sala V, causa número 34,800, ponente: Alvarado NAVARRO.
- Sala VI, causa número 29, 535, ponente: Susana CISNERO.