



Secuestro Coactivo

Por Néstor Jesús Conti ¹

Art. 142 bis: *“Se impondrá prisión o reclusión de cinco a quince años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima, o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho (8) años.*

La pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión:

- 1. Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho (18) años de edad o un mayor de setenta (70) años de edad.*
- 2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.*
- 3. Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.*
- 4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada; enferma; o que no pueda valerse por sí misma.*
- 5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público; o pertenezca o haya pertenecido a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado.*
- 6. Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.*

La pena será de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión o reclusión si del hecho resultare la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causara intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforce de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del pago del precio de la libertad, se reducirá de un tercio a la mitad.”

¹ Docente regular por concurso en la Asignatura Derecho Penal. Parte Especial, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata.



ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

La figura legal prevista por el artículo 142 bis, fue agregada al Código Penal por la Ley 20.642, conocida como ley Juan Domingo Perón², e incorporada definitivamente al ordenamiento positivo por la Ley 23.077; ello, sin que se efectuara reforma alguna al agregado original.

Dicho texto legal se mantuvo vigente hasta la sanción de la Ley 25.742, que da origen a la figura que rige en la actualidad.

Ahora, dado que el tipo penal anteriormente previsto por el artículo 142 bis calificaba -en el último párrafo- el monto de la pena del delito base en caso de que ocurriese la muerte de la persona secuestrada (supuesto para el que se preveía la pena absoluta), había llamado la atención de gran parte de la doctrina el hecho de que esta norma estableciera la misma pena para un homicidio no necesariamente causado con dolo que para el homicidio agravado (CP., 80 -subjétivamente compuesto por el dolo del autor, con más un plus adicional que acompaña al mismo-), circunstancia que explicaba la razón del arduo debate parlamentario al momento de tratarse la aprobación de esta ley en el seno del Congreso Nacional.

Dicha discusión tuvo por motivo, precisamente, la gravedad de la consecuencia prevista (la pena más grave de nuestro Código Penal = prisión perpetua³) para un hecho cuyo resultado *no necesariamente hubo de haber sido previsto por el autor*, es decir, para un resultado producido sin dolo, *por imprudencia*.

Concretamente, la discusión parlamentaria se centró en la notoria diferencia que existía entre la pena prevista por el artículo 142 bis del elenco sustancial -supuesto que contemplaba una muerte que no necesitaba ser dolosa- (a su vez, idéntica a la del artículo 80 -muerte dolosa-) y la asignada al supuesto del numeral 79 -muerte dolosa- del mismo cuerpo legal.

No obstante haberse planteado -y cuestionado- la *irrazonable desproporcionalidad de la reacción penal* prevista para el caso (posición que en minoría encabezaba el por entonces Senador Fernando de la Rúa, quien refiriera durante la sesión parlamentaria que: *“Hoy se pone en discusión en el mundo civilizado la pena privativa perpetua de libertad, contenida ya en nuestro Código Penal pero que este proyecto hace extensiva a otra figura en función del resultado que incluso aparece*

² Sancionada el 28 de enero de 1974, cf. FONTÁN BALESTRA, Carlos – MILLÁN, Alberto, *La reforma Penal. Ley 21.338, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1997*, p. 115.

³ Dejamos de lado la referencia a la pena de reclusión por considerar a la misma inaplicable a partir de principios constitucionales, lo que conlleva la imposibilidad de su tratamiento en este ensayo.



previsto sin conexión con la intención de causarlo”⁴), el proyecto fue aprobado e incorporado conforme al texto que se encontraba vigente hasta la sanción de esta nueva ley que ocupa, en este caso, nuestro estudio.

DENOMINACIÓN DE LA FIGURA LEGAL.

Al leer y analizar la estructura típica de la figura penal motivo de estudio nos encontramos con que el legislador ha castigado la privación ilegítima de la libertad (mediante una modalidad distinta a la del tipo básico del numeral 141 del elenco fondal) como “medio” tendiente a la obtención de un fin que trasciende a ella, fusionando en un mismo tipo legal dos conductas que dan origen a un tipo penal complejo (secuestro), puesto que, individualmente, cada conducta constituye delito en sí misma⁵: el secuestro más la coacción, donde deben verificarse -siempre- tanto la conexión objetiva como la subjetiva entre el delito medio y el delito fin.

De acuerdo al diccionario de la Lengua Española⁶, debe entenderse por *secuestrar*, de acuerdo a la primera acepción del vocablo, “*raptar a una persona exigiendo algo por su rescate*”.

En el mismo sentido, *secuestro* no es otra cosa que la acción y efecto de secuestrar, o sea, raptar o aprehender a una persona en forma ilegítima para pretender una exigencia a cambio de la liberación de la misma.

Por dicho motivo, llamaremos en adelante *Secuestro Coactivo*⁷ a la figura contenida por el artículo 142 bis; ello, debido a que el Legislador ha acudido, al momento de tipificar las conductas prohibidas a la misma estructura empleada por el numeral 149 bis 2º párrafo del Código Penal; de lo que se deduce -ante la comparación- la sola diferencia de los medios comisivos a los que acude el autor, en virtud de lo cual podemos afirmar que la diferencia que existe entre el secuestro coactivo y la coacción simple está dada en que en ésta última la amenaza recae sobre un mal futuro, mientras en el secuestro, el mal -que es la privación de la libertad-, ya se ha producido, ejerciéndose la coacción

⁴ Cf. “Cámara de Senadores de la Nación”, diciembre de 1973, p. 2.926, citado por SANCINETTI, Marcelo en *Análisis Crítico del Caso Cabezas, T. I, “La Instrucción”*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 324, nota 836.

⁵ BETTIOL, Giuseppe, *Derecho Penal. Parte General*, Temis, Bogotá, Colombia, 1965, p. 549.

⁶ Diccionario de la Lengua Española, Editorial Larousse, México, 1994, p. 599.

⁷ Idéntica denominación otorgan a la figura analizada BAIGÚN, David – ZAFFARONI, Raúl Eugenio (Directores), TERRAGNI, Marcos (Coordinador), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, T. 5, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 218. También ha sido denominada la figura legal comentada como *Compelimiento de la víctima o tercero* por CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 1, 7º edición, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 315.



con el ilícito sustento de ella⁸, es decir, en el secuestro la afectación de la libertad ambulatoria opera como medio coactivo.

En este sentido ha dicho la jurisprudencia que “...quien intimida o ejerce violencia contra la víctima con el único fin de obligarla a no salir de determinado ámbito o a trasladarse de un lugar a otro no comete el delito de secuestro del artículo 142 bis del Código Penal pues para éste no basta con que se prive de la libertad sino que se requiere además que esa privación constituya -en sí misma- un medio coactivo para que el damnificado o un tercero decidan hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad...”⁹.

BIEN JURÍDICO CONTENIDO POR LA NORMA.

Ya dijimos que las conductas constitutivas del delito de secuestro coactivo (CP., 142 bis) atacan al bien jurídico libertad, en dos de sus tres aspectos; por cuanto la realización de las conductas descriptas a nivel típico por parte del sujeto activo atacan -sucesivamente- a la libertad física, por un lado, y a la libertad psíquica o de autodeterminación, por el otro; correspondan a no a la misma persona.

De acuerdo con ello, se impone la exposición y el análisis del bien jurídico mencionado (en cada uno de sus aspectos) para, luego sí, pasar al estudio pormenorizado de la figura delictiva bajo tratamiento.

A los fines de poder analizar la “libertad” como bien jurídico, debe tenerse en cuenta que el Estado consagra como tales a todas aquellas relaciones sociales concretas, a partir de un planteamiento programático; por ello, la ley penal no puede omitir, entre los bienes que ella tutela, el bien de la libertad, el que es enunciado ya desde el Preámbulo de la Constitución Nacional como uno de los objetivos que se propone alcanzar (“...asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”).

Reconocida doctrina clásica nacional afirmaba que la Carta Magna nacional consagra en sus artículos derechos para todos sus habitantes, y que todo habitante tenga derechos implica la libertad de poder ejercerlos; por lo tanto, como casi todos los derechos reconocidos por la ley suprema son bienes jurídicos -o aspectos de ellos- y, atento a que sus más graves lesiones se tutelan mediante

⁸ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, T II-A, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2001, p. 148; quien cita a Fontán Balestra y Millán al respecto, ob. cit., 116.

⁹ TCPBA., S. I, causa n° 8.887, sent. del 28-12-2004.



figuras penales, podría sostenerse que casi todos los delitos vulneran -de alguna forma- la libertad individual¹⁰.

Esto resulta perfectamente explicable a partir de que la libertad, efectivamente, con relación a cualquier otro bien jurídico o derecho, presenta la particular situación -además de ser un bien jurídico en sí misma- de ser un presupuesto necesario de toda norma jurídica, toda vez que no podría concebirse derecho alguno sino con referencia a un sujeto en el cual el derecho reconoce, al mismo tiempo, la libertad de ejercicio¹¹.

En este sentido, el concepto de libertad se deduce de los llamados derechos fundamentales o derechos del hombre, por cuanto la Constitución Nacional contiene -dentro de su filosofía- la idea de que el hombre es un sujeto de derecho con capacidad de autodeterminación, esto es, con autonomía de voluntad que debe ser respetada en todos sus aspectos, lo que lleva a que en sí mismo contenga la posibilidad de ejercer su libertad sin trabas, salvo las limitaciones indispensables en sus relaciones con terceros¹².

La noción del vocablo “*libertad*” a la que se viene haciendo referencia encuentra su fundamento en lo normado por los artículos 18, 19 y 33 de la ley fundamental. No obstante ello, a partir del año 1.994, también han adquirido particular relevancia al respecto los pactos internacionales incorporados a ella (CN., 75 inciso 22°)¹³.

En síntesis, la libertad a la que se viene aludiendo -la que contempla nuestro Código Penal- es la *libertad civil*, la que puede ser definida como *el derecho que tiene todo ser humano a desarrollar sus actividades, en su propio beneficio o en el de otros, y sin más limitaciones que las que resulten indispensables para mantener el orden social y salvaguardar el derecho idéntico que compete a todos los demás*¹⁴.

Este y no otro es el sentido de la libertad consagrada por el numeral 19 de la Carta Magna nacional, el cual reza: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la*

¹⁰ MOLINARIO, Alfredo, *Los Delitos*, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, T. II, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 10.

¹¹ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. 4, actualizado por Manuel Bayala Basombrio, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1987, p. 2.

¹² DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-A, ya cit., p. 110/1.

¹³ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, I; Declaración Universal de Derechos Humanos, 3; Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 7 inciso 1°; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1 y 9; entre otros.

¹⁴ MOLINARIO, Alfredo, ob. cit., p. 12.



autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Puede afirmarse, entonces, que la libertad civil comprende la capacidad de obrar del hombre en su triple condición de ser físico, ser psíquico y ser social, toda vez que los delitos que se refieren al ser físico son aquellos vinculados a su libertad de movimientos y de trasladarse; los que se refieren al ser psíquico son principalmente las amenazas, las coacciones, la violación de domicilio y de secretos y, finalmente, los directamente vinculados con el carácter social del ser, son los delitos contra la libertad de trabajo y la de reunión.

Tal como ya fuera referido *supra*, sólo los aspectos físico y psíquico del concepto de libertad que hemos visto se ven involucrados en los tipos penales a cuyo estudio nos dedicamos.

Con el único objeto de lograr mayor claridad con relación a lo hasta aquí expuesto, podemos intentar graficar esquemáticamente lo señalado con relación a la libertad civil, como bien jurídico, de la siguiente manera:

Libertad Civil }
* Libertad física
* Libertad psíquica
* Libertad social

A su vez, los tres aspectos que integran ese amplio concepto de libertad civil podrían graficarse de la siguiente manera:

El **Ser Físico** se consagra }
en los * Delitos contra la libertad de movimiento
* Delitos vinculados a la
libertad de traslado

El **Ser Psíquico** se consagra }
en los * Delito de Amenazas
* Delito de Coacciones
* Delito de Violación de domicilio
* Delito de Violación de
Secretos



El **Ser Social** se consagra en los } * Delitos contra la Libertad de Trabajo
Prácticamente todos los delitos atentan, de alguna u otra manera, contra el bien jurídico libertad; lo que ocurre es que cuando una conducta criminal pone en riesgo o lesiona a otro bien jurídico (además de la libertad), la técnica legislativa acude al principio de especialidad (a partir de un planteo programático) para castigar dicha conducta en el capítulo correspondiente a ese otro bien jurídico¹⁵, tal como ocurre -por ejemplo- en el caso del delito de secuestro extorsivo, objeto de nuestro estudio.

Lo que debe quedar claro, a los fines de la empresa emprendida, es el alcance que debe dársele a la libertad como bien jurídico a la hora de analizar aquellas conductas que -como medio- la ponga en riesgo (libertad física) o, directamente, la lesione; cuando el fin sea, o bien un ataque a otro aspecto de esa libertad (psíquica), o bien, un atentado contra la propiedad.

De todo ello se colige, sin mucha dificultad, que el delito de secuestro coactivo lesiona a la libertad (como bien jurídico) en dos de sus tres aspectos: el físico (cuando se restringe la libertad de una persona *para*) y el psíquico (cuando se le exige a esa misma persona u otra que haga o deje de hacer algo contra su voluntad para que el rehén recupere su libertad ambulatoria).

CLASIFICACIÓN DEL TIPO PENAL.

Antes de ingresar al estudio pormenorizado del delito motivo de análisis, corresponde determinar la forma en que debe clasificarse la figura estudiada a los fines de lograr un máximo respeto al principio de legalidad al momento de tipificar las conductas objeto de judicialización; así, el delito de secuestro coactivo debe clasificarse:

- Según la forma de la descripción legal, como tipo penal cerrado, toda vez que las conductas prohibidas por el legislador se hallan claramente individualizadas¹⁶ -a las que se conmina con una pena-, sin que le sea menester al operador o al intérprete acudir a otras normas o reglas generales que se encuentren fuera del tipo penal, característica de los tipos abiertos. La norma analizada

¹⁵ CONTI, Néstor Jesús – SIMAZ, Alexis Leonel, *Los delitos de robo*, Colección *Materiales de Cátedra*, del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Ediciones Suárez, Mar del Plata, Argentina, 2008, p. 14.

¹⁶ Primer conducta: secuestrar <<sustrayendo, reteniendo u ocultando>> y, segunda conducta: pedir algo a cambio de la libertad privada <<cualquier cosa>>.



contiene en su redacción la totalidad de las condiciones exigidas para la subsunción de las conductas juzgadas.

Sin perjuicio de ello, debe destacarse la sobreabundancia de elementos normativos utilizados por el legislador para la construcción del tipo penal aquí comentado, no obstante lo cual, su correspondiente apego al *nullum crimen sine lege* se mantiene incólume.

- De acuerdo a la forma en que se encuentra individualizado el pragma conflictivo¹⁷, como delito de resultado¹⁸, por cuanto la conducta básica prohibida por la norma (secuestrar) consiste en una consecuencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico primeramente tutelado (libertad ambulatoria), separado espacial y temporalmente de la conducta del autor¹⁹.
- Teniendo en cuenta el grado de afectación del bien jurídico exigido por la norma, como delito de lesión²⁰, esto, íntimamente vinculado a su clasificación como delito de resultado, ya que el legislador ha demandado -en abstracto- un daño, menoscabo o detrimento concreto en el objeto de la conducta llevada a cabo por el agente, que es de carácter material: la privación ilegítima de la libertad de una persona con miras a la obtención de algo a cambio de su liberación.
- En función del tiempo de ejecución y consumación de la conducta, como delito instantáneo y de efectos permanentes, puesto que la realización de las conductas típicas importan un estado consumativo en que el delito permanece y continúa en el tiempo, durante el cual *-ininterrumpidamente-* se sigue consumando²¹.

Así, ha dicho la jurisprudencia que “...la privación ilegal de la libertad es un delito que sin mengua de su consumación instantánea es de naturaleza permanente y dura mientras dure el cercenamiento de su libertad...”²².

- Según la forma en que la conducta está prevista por la norma, como delito de acción compuesta, de los denominados tipos o delitos complejos, toda vez que el tipo penal estudiado se caracteriza

¹⁷ ZAFFARONI, Raúl Eugenio – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, § 28, Pto. III, n° 5, p. 417: “La acción y su obra constituyen el pragma conflictivo que es lo que el tipo capta: cierto pragma conflictivo, cierta acción que reconfigura el mundo de cierta manera conflictiva”.

¹⁸ Entre éstos, y teniendo en cuenta que la conducta prohibida no destruye el bien jurídico, sino que sólo corta transitoriamente su disponibilidad por parte de su titular, como delito de resultado temporal. Ver SILVESTRONI, Mariano, *Teoría constitucional del delito*, Del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2004, p. 228.

¹⁹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, T. 1, Civitas, Madrid, España, 2001, p. 328.

²⁰ En contra, empero, sólo con relación al delito de secuestro extorsivo, DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-A, ya cit., p. 147 y VILLADA, Jorge Luis, *Secuestro extorsivo*, Advocatus, Córdoba, Argentina, 2004, p. 25. Ello, a partir de que el análisis que realizan ambos autores comienza a partir del bien jurídico propiedad, es por ello que lo clasifican como delito de peligro.

²¹ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1980, p. 482.

²² TOral Crim. n° 7, “Maldonado, José”, sent. del 19-06-2001, en La Ley, 2002-B, 691.



por la concurrencia de dos acciones o conductas, cada una constitutiva -en sí misma- de un delito, de cuya unión nace un complejo delictivo distinto e indivisible²³.

A su vez, la figura penal analizada se compone de acciones o conductas alternativas, por cuanto la realización de cualquiera de las típicamente previstas configura el injusto²⁴, no resultando necesaria la realización de las mismas de forma “acumulativa” o “sucesiva”, sin perjuicio de que esto último -a veces- pueda ocurrir así, hipótesis en que no se podrá considerar la posibilidad de multiplicar la tipicidad²⁵.

- Según las exigencias requeridas por el aspecto subjetivo, estamos frente a un delito doloso, puesto que se hallan individualizadas las conductas típicas por la incorporación del resultado al curso causal iniciado y dominado por el sujeto²⁶, circunstancia que importa su efectivo conocimiento²⁷, no sólo de la realización de cualquiera de las conductas típicas, sino, además, del segundo tramo de la conducta que guía la finalidad de su obrar.

Por su parte, este segundo actuar del agente, constitutivo de un ilícito independiente (coacción), también debe ser imputable a título doloso, por lo que nos hallamos frente a un delito, desde el aspecto subjetivo, calificado por el resultado²⁸, pues se verifica la combinación dolo-dolo en las tipicidades subjetivas.

²³ MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 4ta. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000, p. 292.

²⁴ JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, T. 3, Losada, Buenos Aires, Argentina, 1965, p. 916. Conceptualiza el autor como tipos casuísticos alternativos a “...todo aquél en que las hipótesis enunciadas se prevén una u otra y son, en cuanto a su valor, totalmente equivalentes...”.

²⁵ JIMENEZ DE ASUA, Luis, ob. cit., p. 919.

²⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, España, 1998, p. 205.

²⁷ Debo advertir que ya hemos adoptado un concepto de dolo unitario, integrado sólo por el conocimiento del agente en CONTI, Néstor Jesús, *Problemas de imputación en los delitos cualificados por el resultado*, en *Temas de Derecho Penal Argentino*, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2006, p. 216. Idéntico criterio fue sostenido en *Los robos calificados por el resultado en el Código Penal argentino*, Di Plácido, Buenos Aires, Argentina, 2006, p. 38/9.

²⁸ Hemos propuesto (en *Problemas de imputación en los delitos cualificados por el resultado*, ya cit., p. 215 y en *Los robos calificados por el resultado en el Código Penal argentino*, ya cit. p. 40) que se entienda por delitos calificados por el resultado a todos aquellos tipos penales (objetivamente) complejos que contemplen la punición de un delito base (sea doloso o imprudente) con más una cuantificación o calificación de la pena en caso de ocurrir una consecuencia más grave (sea ésta la materialización de un delito doloso o imprudente), en tanto la misma sea la realización del riesgo creado por la conducta conformadora del delito base; pues dicho concepto amplio pretende ser abarcativo de todos los supuestos de combinaciones típicas subjetivas posibles. Con la propuesta de dicho concepto, pretende superarse la dificultad interpretativa que presentaba la clásica definición de este tipo de delitos: “*En el delito cualificado por el resultado...sucede además que la acción arriesgada que produce un resultado más grave, por sí misma, satisface ya un tipo penal doloso; es decir, encaja en un tipo cuyo resultado, comprendido por el dolo, muestra típicamente una tendencia hacia la consecuencia agravada en cuestión. Esta consideración se verifica necesariamente desde el tipo básico doloso y, por ello, el legislador clasifica las determinaciones de la pena pertinentes en el delito doloso y no podría regular de otro modo la cualificación interna por el resultado (art. 224 StGB).*”; cf. HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal. Obras Completas*, T. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2000, p. 299.



Precisamente, con respecto a este segundo tramo de conducta, además del dolo, los delitos comentados presentan un elemento subjetivo que lo acompañan, convirtiéndolos en *delitos de intención o de tendencia interna trascendente*²⁹. A su vez, y dentro de éstos, como *delitos de intención incompletos o mutilados de dos actos*, puesto que la realización de la conducta típica (sustraer, retener u ocultar) constituye el *medio* para la posterior realización de una segunda conducta a llevar a cabo por el propio autor de aquella primera acción, dado que éste concreta una conducta como primera etapa de su plan final, de lo que se advierte claramente lo *incompleto* o *mutilado* del delito, el cual se va a completar con esa segunda conducta.

No obstante ello, la concreción del “primer tramo de conducta” (*secuestrar para...*) ya deviene típica, aunque no se concrete el resultado perseguido por el autor como ultra intención (la obtención de algo a cambio de la libertad).

- En función de las cualidades exigidas respecto del sujeto activo, como delito común, o de titularidad indiferenciada, puesto que cualquier persona puede llevar a cabo las conductas prohibidas por las normas, en razón de no exigir la misma ninguna cualidad específica para revestir dicho rol; ello, más allá de tornar aplicable alguna de las agravantes en caso de que el autor revista alguna cualidad especial, en cuyo caso el tipo penal pasará a clasificarse como delito especial impropio.
- Según el número de sujetos activos exigidos por el tipo legal, como delito individual, dado que el tipo penal no exige la concurrencia de varias personas en la realización de las conductas prohibidas, más allá de que aquello efectivamente ocurra, caso en que se aplicarán las reglas de la coautoría o participación; o bien, la modalidad agravada cuando concurren tres o más personas en la comisión del delito.
- Finalmente, y a tenor de la cantidad de bienes jurídicos (o aspectos del mismo) contenidos por la norma, como delito pluriofensivo, en razón de que la conducta contenida en el tipo penal (al ser constitutivas -cada una de ellas- de delitos en forma autónoma), atacan dos aspectos de un mismo bien jurídico (“libertad ambulatoria” y “libertad psíquica”), correspondan o no a la misma persona.

ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA TÍPICA.

²⁹ MEZGER, Edmund, *Tratado de derecho penal*, T. 1, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1958, p. 136 y ss.



Aspecto objetivo.

Conductas típicas.

En el secuestro lesionador de la libertad (coactivo), el autor obra para obligar a la víctima o a un tercero a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. Ello ha sido entendido así por la jurisprudencia, al sostenerse que “...*la privación ilegal de la libertad, sufrida por las víctimas -en el caso, efectuada por presos amotinados- encuadra en el artículo 142 bis, párrafo 1° del Código Penal, ya que se realizaron con el fin de facilitar la fuga, impidiendo que los agentes del servicio penitenciario actúen cumpliendo con su deber...*”³⁰.

En esta inteligencia, resulta claro entonces que la norma analizada no contempla la tutela sólo de la libertad física o ambulatoria³¹, sino, además, de la libertad de autodeterminación de la persona, ya que, además de ser privada la misma de su libertad, es obligada a hacer, no hacer o tolerar algo en contra de su voluntad³²; ello, cuando la exigencia vaya dirigida a la misma persona que ha sido secuestrada; en tanto que si va dirigida a un tercero, será la libertad de autodeterminación de éste la que resulte afectada.

Teniendo en cuenta lo señalado, y la muy particular redacción que presenta la disposición legal comentada, cabe advertir que no se trata de figura agrava del delito previsto por el artículo 141 del elenco fondal³³, sino que, debido a la estructura típica utilizada por el legislador, resulta ser un tipo penal autónomo³⁴, especialmente porque la conducta prevista por el tipo básico y la prohibida por la figura estudiada son distintas, como así también los fines perseguidos por el autor³⁵.

En este sentido se ha expedido la jurisprudencia al señalar que “...*Las acciones a las que hace referencia el artículo 142 bis (elemento objetivo del tipo penal) “sustraer”, “retener” y “ocultar”, son acciones distintas y precisas que no tienen la misma amplitud que la contemplada en*

³⁰ Cám. Garantías en lo Penal de Azul, causa “Brandán Juárez y otros”, sent. del 13-04-2000, en La Ley, 2000-E-832.

³¹ Éste el es bien jurídico protegido por el art. 141 del CP que reprime la figura simple o básica de la Privación Ilegítima de la Libertad.

³² DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*. T. II-A, ya cit., p. 145.

³³ TCPBA., S. I, causa n° 2.929, sent. del 13-11-2003.

³⁴ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 340; quien define como tipo penal autónomo (o independiente) a aquél que contiene ciertamente todos los elementos de otro delito, pero no es un caso agravado ni atenuado de ese otro delito, sino un tipo autónomo con su propio tipo (clase) de injusto.

³⁵ BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho Penal. Parte Especial*, T I, Mave, Corrientes, Argentina, 2000, p. 523; DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-A, ya cit., p. 145; CREUS, Carlos *Reformas al Código Penal. Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1985, p. 48 y BAIGÚN, David – ZAFFARONI, Raúl Eugenio (Directores), TERRAGNI, Marcos (Coordinador), ob. cit., p. 218.



la figura del delito de privación ilegítima de la libertad (artículo 141, Código Penal); por ello son figuras autónomas y no agravantes del delito anterior... ”³⁶.

Avanzando con el estudio propuesto, debe tenerse en cuenta -atento la diferencia apuntada respecto de la figura básica y estos tipos penales autónomos- que aquí el legislador no menciona la fórmula “*privar de la libertad*”, a secas; sino que acude a la utilización de tres verbos: *sustraer*, *retener* u *ocultar*. De acuerdo con ello, el delito analizado se tipifica -por lo menos desde el punto de vista objetivo- de la siguiente manera:

*) O bien “*sustrayendo*” con un fin o propósito determinado (pedir rescate, o cualquier otra cosa, a cambio de la libertad), lo que importa conducir o llevar al sujeto pasivo -de la privación de la libertad ambulatoria- a un lugar distinto de donde se encontraba y desarrollaba su vida en libertad o bajo custodia de terceros (como lo es el caso de los menores e incapaces³⁷); ello, obviamente, en contra de su voluntad³⁸. La conducta material comentada importa, necesariamente, que la víctima llegue a estar bajo el poder efectivo del agente³⁹, es decir, debe verificarse una sujeción impeditiva del libre desplazamiento de la misma hacia los destinos que ella fije a su arbitrio en ese momento⁴⁰.

*) El segundo verbo típico empleado por el legislador es el de “*retener*”, que quiere decir, mantener a quien ya se ha privado de su libertad con un específico propósito en un sitio donde el mismo -obviamente- no quiere permanecer. Ello debe ocurrir durante un lapso de tiempo más o menos prolongado.

*) Finalmente, las disposiciones legales comentadas hacen uso del verbo “*ocultar*” a la víctima cuya libertad ambulatoria ya ha sido restringida, lo que importa esconderla o hacerla desaparecer temporariamente de la vista de terceras personas⁴¹; ello, al menos mientras sea necesario para obtener la pretensión exigida.

³⁶ Suprema Corte de Mendoza, Sala II, “Fiscal c. Abdelhay Di Meglio, Diego Ernesto s/Casación, sent. del 30-10-1992, en Lexis, n° 16/1029 y 16/1028.

³⁷ BARREIRO, Gastón y otros, ob. cit., p. 72.

³⁸ Ha sido dicho que “...el verbo “*sustrajere*” no tiene aplicación idiomática sobre personas sino sobre cosas y “*retuviere*” u “*ocultare*” también tienen una significación inaplicable a personas...” ¿?. Ver CHIESA, Pedro J. M., ob. cit., p. 67.

³⁹ En el mismo sentido, CNCrim. y Corr., Sala III, “Naso, Agustín”, sent. del 17-04-1990, en BCNCyC, 1990-2.

⁴⁰ DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura, *Delitos contra la propiedad*, Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 181.

⁴¹ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. II-A, ya cit., p. 146. En el mismo sentido, ESTRELLA, Oscar A. - GODOY LEMOS, Roberto, ob. cit., T II, p. 70.



Sin perjuicio de lo señalado, debe observarse que para una parte de la doctrina las dos últimas conductas típicas carecen de autonomía propia, pues requieren como presupuesto la existencia de una persona previamente sustraída⁴².

Por nuestra parte, entendemos que corresponde rechazar dicha aseveración, dado que -tal como lo expusieramos al realizar la clasificación de esta figura- el tipo legal estudiado es un delito de acción compuesta y, dentro de estos, de los denominados *alternativos (o mixtos)*, ya que, no obstante enunciar la norma tres conductas, resulta suficiente que el autor realice sólo alguna de ellas para consumar el delito, en tanto que la realización de más de una de las conductas descriptas por el tipo objetivo, no multiplica la tipicidad.

Por lo tanto, puede darse el supuesto en que la realización de una de las conductas descriptas por la norma presuponga la previa realización de alguna de las otras, pero ello no es excluyente, por cuanto puede verificarse el caso en que una persona sea retenida sin haber sido previamente sustraída (por ejemplo, quien retiene dentro de un lugar a quien llegó a dicho sitio por propia voluntad⁴³), como también puede ser ocultada una persona sin haber sido ilegalmente sustraída (aunque, vale aclararlo, generalmente la acción de ocultar presupondrá una previa sustracción o retención).

Por otro lado, no resulta indispensable que el delito se inicie de una manera positiva; es decir, una restricción a la libertad ambulatoria preexistente (sea legítima o ilegítima), puede transformarse en secuestro (coactivo o extorsivo) ulteriormente, mediante la agregación de la exigencia de lo requerido por parte del agente⁴⁴.

Medios comisivos.

Cualquiera de las conductas típicas que configura el delito que viene siendo analizado puede llevarse a cabo por cualquier medio, por cuanto el legislador ha decidido no hacer especificaciones al respecto.

De acuerdo con ello, la sustracción, la retención o el ocultamiento de la persona por cuya libertad se exige algo a cambio pueden llevarse a cabo mediante ardid, engaño, o bien, de manera violenta, es decir, por cualquier medio, modo o forma, ya que la ley no especifica vía alguna.

⁴² BUOMPADRE, Jorge, ob. cit., p. 523.

⁴³ CNFed. Crim. y Corr., Sala I, causa n° 35.977 “Rodríguez, S. y otro”, sent. del 01/03/2004, en elDial-AA2092.

⁴⁴ SOLER, Sebastián, ob. cit., p. 331.



Empero, de la manera en que han sido redactadas las disposiciones legales comentadas, lo que no puede faltar en el supuesto fáctico que se analice es la intimidación como medio para la obtención de la exigencia de que se trate.

Con ello queremos dejar claramente expresado que lo que puede llevarse a cabo por cualquier medio es la conducta que materializa el secuestro.

Sólo resta advertir que, cuando el medio, el modo o la forma que se utilice para llevar a cabo cualquiera de las conductas típicas previstas por la disposición comentada constituya un delito en sí mismo o bien, sea una circunstancia agravante (general⁴⁵ o específica⁴⁶), se deberán aplicar las disposiciones legales que correspondan, sea en forma individual, o bien, aplicando las reglas del concurso ideal (CP., 54)⁴⁷.

Sujetos.

Hemos referido ya que el delito comentado puede ser llevado a cabo por cualquier persona, por lo que se trata de un *delito común*, o de titularidad indiferenciada.

Por su parte, la exigencia de hacer, no hacer o tolerar algo para la liberación puede estar dirigida a la víctima del secuestro (exigencia hecha para cuando la víctima recupere su libertad ambulatoria) o a un tercero no privado de su libertad, siendo necesario reiterar que esa acción u omisión exigida debe ser realizada (por el destinatario) durante el tiempo de detención de la víctima⁴⁸.

En este último caso, como ya se expuso, el delito no se multiplica, por lo que la coacción a que se somete al tercero no adquiere autonomía propia, ya que dicha exigencia está prevista como elemento típico puesto que, como ya vimos, se trata de un delito complejo y pluriofensivo.

Por su parte, la figura legal analizada admite tanto la coautoría⁴⁹ como cualquier clase de participación (CP., 45/6), incluyéndose en esta afirmación al instigador o determinador⁵⁰.

⁴⁵ Por ejemplo, CP., 41 bis, cuando se utilice un arma de fuego para lograr la reducción de la persona ofendida.

⁴⁶ Por ejemplo, CP., 142 bis o 170, 2º párrafo, inciso 3º, cuando se causaren lesiones graves o gravísimas a la víctima, producto de la violencia física ejercida para lograr su sustracción, retención u ocultamiento; o bien, el inciso 6º, cuando concurren en la comisión de la empresa delictiva tres o más personas.

⁴⁷ Por ejemplo, si se le provocaren a la víctima lesiones leves (CP., 89).

⁴⁸ TCPBA., S. I, causa n° 2.929, sent. del 13-11-2003; S. III, causa n° 18.967, sent. del 07/08/2007, entre otras.

⁴⁹ “...Hay coautoría funcional entre los imputados si la mayoría de los intervinientes en las privaciones ilegales de la libertad, efectuadas por un grupo de presos durante un motín, se comprometieron con anterioridad al comienzo de ejecución, con conocimiento previo de todas sus circunstancias de tiempo, modo y lugar y se dividieron la tarea a realizar...” (Cám. Garantías en lo Penal de Azul, causa “Brandán Juárez y otros”, sent. del 13-04-2000, en La Ley, 2000-E-832).

⁵⁰ TCPBA., S. I, causa n° 2.929, sent. del 13-11-2003; S. II, causa n° 10.271, sent. del 07-10-2003, entre otras.



La obtención de lo exigido.

Tal como está redactada la norma, el logro del propósito buscado por el agente (compeler a la víctima -o a un tercero- a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad, a cambio, claro está, de la libertad) sólo implica el incremento del mínimo de la escala penal que corresponde aplicar (que será ya de ocho años de prisión o reclusión).

Ello es así puesto que, como ya se anticipara, la verificación de la finalidad perseguida por el autor (ya a nivel objetivo, esto es, al momento de llevarse a cabo cualquiera de las conductas típicas) no significa que deba conseguirse dicho fin para que el tipo legal quede configurado⁵¹, sino que éste delito se consuma en el preciso instante en que “*se priva de libertad para*”, por lo que estamos frente a un delito instantáneo, pero de efectos permanentes.

Vale aclarar, además, que el logro de lo exigido por el agente no constituye ni una circunstancia agravante⁵² ni una condición objetiva de punibilidad; sino que, en virtud de los principios de legalidad y culpabilidad que deben observarse -insoslayablemente- al momento de subsumir una conducta humana en una figura legal, se impone el deber de interpretar dicho extremo como un elemento del tipo objetivo que, con su solo acaecimiento, torna aplicable la escala penal (en cuanto al mínimo mayor) prevista en abstracto por el tipo penal.

Aspecto subjetivo.

Con respecto a este extremo del análisis típico, se ha dicho desde antiguo que el propósito seguido por el autor integra el elemento psicológico a título de dolo específico⁵³, por cuanto la prohibición legal recae sobre la ilegitimidad de la exigencia; es decir, se hace especial hincapié en el modo injusto de efectuar el reclamo por parte del autor (restringiendo la libertad ambulatoria de la víctima), más allá de que sea justa o injusta la exigencia reclamada.

En este sentido tiene dicho la jurisprudencia que “...*El artículo 142 bis del Código Penal sanciona el compeler a alguien a hacer algo contra su voluntad. Y ese “algo contra su voluntad”, puede abarcar tanto lo que la víctima no está obligada a hacer o soportar, cuanto también algo que*

⁵¹ En ese sentido se manifiesta CREUS, Carlos *Reformas al Código Penal. Parte Especial*, ya cit., p. 49; ODERIGO, Mario, *Código Penal anotado*, 3ª edición, Desalma, Buenos Aires, Argentina, 1965, p. 245.

⁵² De opinión contraria, BAIGÚN, David – ZAFFARONI, Raúl Eugenio (Directores), TERRAGNI, Marcos (Coordinador), ob. cit., p. 224; CHIESA, Pedro, ob. cit., p. 66; REINALDI, Víctor Félix, *Delincuencia armada*, 2ª edición, Mediterránea, Córdoba, Argentina, 2004, p. 138; DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura, *Delitos contra la propiedad*, ya cit., p. 184 y SOLER, Sebastián, ob. cit., 330, entre otros.

⁵³ ODERIGO, Mario, ob. cit., p. 246.



ella está obligada a hacer, o no hacer o tolerar, ya que la punibilidad se fundamenta en la injusticia del modo de reclamar, no en la injusticia de la reclamado... ”⁵⁴.

“...La expresión <<algo contra su voluntad>> no sólo abarca lo que la víctima no está obligada a hacer o soportar, sino también algo que ella está obligada a hacer, no hacer o tolerar, ya que la punibilidad se fundamenta en la injusticia del modo de reclamar, no en la injusticia de la reclamado... ”⁵⁵.

Por su parte, y en lo que a este extremo del análisis respecta, ya hemos referido que se trata -necesariamente- de un delito que exige la concurrencia de dos conductas dolosas⁵⁶, pero además, la norma analizada exige sustraer, retener u ocultar a una persona *con el fin de obligar a ella o a un tercero a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad u obtener rescate*, por lo que estamos frente un delito subjetivamente condicionado.

Ello significa que la parte del tipo subjetivo “*el que con el fin de...*” etc., debe darse de tal modo que el secuestrador pretenda que la víctima o el tercero, *durante el tiempo de la detención de la víctima*⁵⁷, realicen o se priven de un determinado comportamiento⁵⁸.

La exigencia (de hacer, no hacer o tolerar algo) no significa que deba conseguirse el cumplimiento de la exigencia para que este tipo penal quede configurado⁵⁹, sino que el delito se consuma en el instante en que se priva de “*libertad para*”⁶⁰, por lo que -como ya explicáramos- estamos frente a un delito instantáneo, pero de efecto permanente y, a su vez, de intención incompleto o *mutlado de dos actos*; ello, por cuanto la conducta típica que configura el ilícito (secuestrar) constituye el *medio* para la realización de una posterior *segunda conducta del autor* (exigir lo que quiere a cambio de la liberación de la víctima) que está incluida dentro de su plan, conducta ésta cuya realización continúa dependiendo de su exclusiva voluntad e intervención, más allá de que la misma efectivamente se concrete.

⁵⁴ ST Río Negro, “Vallejos, Roberto y otro s/Privación ilegal de la libertad y extorsión s/Rec. Casación”, sent. del 24-09-1993, en *elDial*-AXE3C.

⁵⁵ SC. Mendoza, Sala II, “Fiscal c. Abdelhay Di Meglio, Diego Ernesto s/Casación, sent. del 30-10-1992, en Lexis, n° 16/1029 y 16/1028.

⁵⁶ Por lo que se trata de un delito calificado por el resultado (ver nota n° 45).

⁵⁷ Resulta importante resaltar este extremo, dado que si la exigencia opera para el futuro (o sea, cuando el ofendido por el delito sea puesto en libertad), la conducta delictiva quedará comprendida, o bien por la figura prevista por el artículo 149 bis 2° párrafo (coacción simple), o bien, por lo dispuesto por el numeral 168 1ª parte (extorsión simple), salvo que el lapso en que se haya restringido la libertad de la víctima adquiera la significación suficiente como para dar lugar a la privación ilegítima de la libertad, supuesto en que operarán las reglas del concurso de delitos.

⁵⁸ SANCINETTI, Marcelo A., *Análisis Crítico del caso Cabezas T.I.*, ya cit., § 509, p. 345.

⁵⁹ TCPBA., S. I, causa n° 2.929, sent. del 13-11-2003.

⁶⁰ DONNA, Edgardo A., ob. cit., T II-A, p. 147.



Como ya lo expusieramos, ubicamos a esta figura en esta clasificación y no la consideramos un *delito de intención de resultado cortado*⁶¹, ya que en éstos el tipo queda consumado con la realización de la primera conducta, pero el sujeto tiene como objetivo (como ultra finalidad que va más allá de la realización del tipo objetivo que ha quedado configurado con su primera conducta) otro suceso que debe producirse después de la realización de aquella, pero ya sin su intervención⁶².

Así entonces, se sostiene que se trata de un delito de privación de libertad ambulatoria dolosa, acompañada de un elemento subjetivo específico⁶³ (ultra intención)⁶⁴, por lo que no habría otra alternativa que admitir sólo el llamado dolo directo⁶⁵, rechazándose la posibilidad del denominado dolo eventual⁶⁶.

Por lo tanto, el autor sustrae, retiene u oculta con un fin determinado, esto es, “*obligar a la víctima, o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad*”, siendo éste un elemento subjetivo exigido por el tipo, por lo que la privación de la libertad (secuestro) es el medio utilizado por el agente para lograr su finalidad coactiva, siendo necesario, además, acreditar esa relación de medio a fin para verificar la tipicidad (objetiva y subjetiva) de la conducta⁶⁷.

⁶¹ ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, ob. cit., p. 517 y ss. En contra, CHIESA, Pedro J.M., ob. cit., p. 67.

⁶² Por ejemplo, ello ocurre en el delito de *Cohecho Activo*, supuesto en que un sujeto ofrece -directa o indirectamente- dinero a un funcionario público para que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones (CP., 258 en relación al 256). Por el contrario, la contra cara del delito explicado, el *Cohecho pasivo*, resulta ser un delito -como los aquí analizados- mutilado de dos actos, pues ese segundo obrar (hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones) debe llevarlo a cabo el funcionario o empleado público (mediante una conducta activa u omisiva) personalmente (CP., 256).

⁶³ En sentido coincidente, ABRALDES, Sandro – MAIULINI, Federico, *Sobre las reglas jurídicas del denominado “caso de los doce apóstoles”* (nota al fallo), en La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 1.433, al referir los autores que “...el tipo [CP., 142 bis] requiere en su faz subjetiva que el autor obre con dolo especial...la característica esencial del delito es la finalidad buscada por el agente...”. En contra, CHIESA, Pedro J. M., ob. cit., p. 67.

⁶⁴ “...El hecho que se tuvo por cierto en el decisorio en crisis impide que se subsuma la conducta de los encartados en los términos del art. 142 bis primer párrafo del C.P. Y ello es así por cuanto no aparece en el caso el dolo extorsivo específico que requiere la figura de mención. A mi criterio la imposición a la víctima Moro de conducir el ómnibus por diversas arterias resulta un segmento del designio desapoderador emprendido por los activos que tuvo como propósito el logro de la impunidad -sin que sobre señalar que así se lo calificó en el fallo- con lo que no alcanza a reunir los requisitos propios de la figura en que, en definitiva, se encapsularon sus conductas, desde que si el delito contra la propiedad contuvo el delito contra la libertad no parece posible predicar que se verifique el dolo específico que exige la figura del artículo 142 bis primer párrafo del CP...” (TCPBA., S. II, causa n° 7.608, “Torres, Hugo Alberto y otros”, sent. del 12-11-2002). En similares términos, en cuanto a la necesidad de acreditar el dolo específico que exige la figura legal del 142 bis del C. Penal, TCPBA., S. II, causa n° 3.906, “M.A.R. s/recurso de casación”, sent. del 17-12-2002.

⁶⁵ TCPBA., S. I, causa n° 2.929, sent. del 13-11-2003.

⁶⁶ En este sentido, BAIGÚN, David – ZAFFARONI, Raúl Eugenio (Directores), TERRAGNI, Marcos (Coordinador), ob. cit., p. 224 y BUOMPADRE, Jorge, ob. cit., p. 523, entre otros. Por nuestra parte, ya nos hemos declarados partidarios de considerar al dolo únicamente integrado por el conocimiento del agente, por lo que rechazamos la existencia del dolo eventual (ver nota n° 44). En contra, CNCrim. y Correc., Sala IV, “López, Norberto”, sent. del 21-12-1989, en La Ley, 1991-C, 272.

⁶⁷ ESTRELLA, Oscar A. y GODOY LEMOS, Roberto, ob. cit., p. 70/1.



Consumación. Tentativa.

Ya ha sido debidamente explicado que al verificarse la privación ilegítima de la libertad (secuestro) con más la finalidad prevista por la norma estudiada, queda consumado el delito⁶⁸, más allá de que la segunda conducta (coactiva) sea, incluso, desistida por el agente, supuesto éste en que sólo se le imputará al agente la privación ilegítima de la libertad, salvo que la finalidad pueda ser fehacientemente acreditada en el juicio que se lleve a cabo en su contra, en cuyo caso responderá por el delito aquí comentado.

Ejemplo: si un sujeto sustrae y luego oculta a una persona con el propósito de exigir algo a cambio de su liberación y, una vez que la misma ya se encuentra en cautiverio, el secuestrador decide no comunicarse con nadie para dar a conocer la exigencia y liberara a la víctima -por ejemplo, porque se ha sentido conmovido por ella-, esa conducta no podrá considerarse comprendida por lo normado por el artículo 43 del elenco fondal (desistimiento voluntario), por cuanto el desistimiento sólo tiene relevancia respecto de la exigencia, pero no del secuestro, por lo que deberá castigarse al sujeto (si es habido) por privación ilegítima de la libertad (CP., 141 o 142).

Entonces, podemos decir que este delito sólo admitirá la tentativa una vez que se verifique el principio de ejecución de la conducta privativa de libertad y hasta inmediatamente antes de que la misma se materialice, o bien, que adquiera entidad suficiente como para considerar lesionado el bien jurídico en cuestión (libertad ambulatoria).

Además, para que se pueda imputar el secuestro en grado de tentativa debe verificarse, también, el aspecto subjetivo que hace a la finalidad perseguida por el autor; caso contrario, sólo podrá reprocharse una privación ilegítima de libertad simple o agravada, según el caso, pero no el secuestro.

Ejemplo: si un agente de policía se encuentra apostado en una esquina, cumpliendo labores de vigilancia y, en un momento dado, observa que desde un vehículo en marcha “levantan” a un transeúnte y, debido a su rápida acción logra coartar dicho ilícito, estaremos frente a un suceso fáctico al que corresponderá aplicar las reglas de la tentativa (CP., 42 y 44), pues el injusto ha quedado en grado de conato por razones ajenas a la voluntad del agente.

⁶⁸ En el mismo sentido, MORENO, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, T. V, Tommasi, Buenos Aires, Argentina, 1923, p. 171 y NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, Lerner, Córdoba, Argentina, 1989, p. 274.



Ahora, para poder saber si -en el caso en concreto- se trata de una tentativa de secuestro o de una privación ilegítima de libertad -simple o agravada-, debe observarse el aspecto subjetivo del autor y buscar la respuesta al interrogante ¿qué finalidad perseguía?

En efecto, tomando el último ejemplo, si a partir de las tareas de investigación se acredita que los sujetos que intentaron sustraer a esa persona en plena vía pública ya tenían preparado el lugar del cautiverio y la información necesaria para, por ejemplo, comunicarse con las familiares de la misma a los fines de llevar a cabo la exigencia de que se trate, el hecho deberá subsumirse como tentativa de secuestro.

Agravantes comunes.

Como introito del análisis de las circunstancias agravantes previstas por la norma motivo de estudio, creemos oportuno hacer una breve referencia a una vieja discusión doctrinaria en cuanto a la naturaleza de las mismas, para poder brindar nuestra opinión al respecto.

La doctrina tradicional, al analizar las circunstancias agravantes, ha hecho notoria la disquisición respecto de que las mismas pueden obedecer, o bien, a naturaleza subjetiva (algunas), o bien a naturaleza objetiva (las restantes).

Así, se ha sostenido que en general, la doctrina, cuando se refiere a las circunstancias que rodean la personalidad del autor, sus reacciones, inclinaciones afectivas, motivaciones, impulsos u otro tipo de fenómenos situados en esa esfera, las califica como agravantes subjetivas. En cambio, las que se vinculan con el daño o lesión producidos, o con los factores exteriores al ámbito del agente -catástrofe, inundación, funcionario, despoblado, etc.- reciben la denominación de objetivas⁶⁹.

En este contexto, podría afirmarse que la relación subjetivo-objetiva se da en el marco de la correspondencia sujeto-mundo circundante pues, en este sentido, lo subjetivo serían las sensaciones, los pensamientos, las percepciones que pertenecen al sujeto.

Claramente nos explica Baigún que

“...lo subjetivo supone, coetáneamente, lo objetivo, pues en ambas significaciones lo subjetivo y lo objetivo constituyen una relación inescindible, un proceso permanente de interacción recíproca. Así como el sujeto refleja lo objetivo, el objeto se refracta en aquél. Esta interconexión, por consiguiente, no es estática, incommovible; todo lo contrario, obedece a la ley de un permanente cambio, de un continuo movimiento de carácter

⁶⁹ BAIGUN, David, *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, Argentina, 1971, p. 13.



dialéctico que hace que el fenómeno psíquico del sujeto cognoscente no sea imagen idéntica, espejular, del objeto exterior, sino un reflejo de la naturaleza análoga, semejante, subordinado a la variabilidad lógica de todo proceso. Enfocada la cuestión de esta manera, es innegable que todos los fenómenos psíquicos que interesan al derecho penal, tienen por dueño a un determinado sujeto y que, cuando se investiga la índole de una conducta delictiva, se realiza una apreciación de la relación cognoscitiva del autor. Se toman en cuenta, en ese momento, no sólo las sensaciones, percepciones y el resultado objetivo de ese mecanismo -nexo subjetivo-objetivo en su primer significado-, sino también el grado creciente o decreciente de adecuación, de esas sensaciones y percepciones a los estímulos externos, su mayor o menor similitud -vínculo subjetivo-objetivo en su segundo sentido-... ”⁷⁰.

De acuerdo con ello, puede afirmarse que esas mismas circunstancias o elementos subjetivos a los que alude el autor, al ser plasmados en la ley, necesariamente, se convierten en objetivos, pues pasan a integrar el tipo penal⁷¹.

Es por estos fundamentos que adherimos a la idea de rechazar la denominación de subjetiva-objetiva para clasificar a las circunstancias severizantes de una conducta, pues, en realidad, existen *aspectos objetivos y subjetivos* de las agravantes, pero su naturaleza no puede ser definida del modo antes señalado⁷², y así deben ser analizados en el caso en concreto; ello, en estricto respeto al principio constitucional de legalidad⁷³ y máxima taxatividad legal e interpretativa, por cuanto así como la mera legalidad se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito, el principio de estricta legalidad exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal. Conforme a ello, gracias al primer principio la ley es condicionante, mientras que gracias al segundo esa misma ley es condicionada⁷⁴, toda vez que la certeza exigida en la letra de la ley garantiza su validez constitucional.

En definitiva, descartada la adjetivización que viene comentándose, entendemos que las circunstancias agravantes sólo se clasifican en genéricas (las que pueden aplicarse a varios delitos básicos) y específicas (aquellas que se aplican exclusivamente al delito al cual se refieren); ello, con el alcance explicado párrafos anteriores.

⁷⁰ Ídem, p. 14/5.

⁷¹ Fórmula abstracta que conceptualiza una conducta humana.

⁷² BAIGUN, David, ob. cit., p. 22/4.

⁷³ CN., 18, 19 y 75 inciso 22º; CADH., 9º; PIDCyP., 9º, e/o.

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, España, 1995, p. 95.



En lo que a nuestro objeto de estudio interesa, queda claro que las circunstancias que pasaremos a analizar resultan ser agravantes específicas del delito estudiado, mientras que cualquier agravante genérica prevista en el Libro Primero del Código Penal puede llegar a resultar aplicable a este mismo tipo legal, según sea el caso.

En consideración a la víctima (incisos 1° y 4°).

Se agrava el delito cuando la víctima fuese *a)* mujer embarazada, *b)* menor de 18 años de edad o *c)* mayor de 70 años de edad; siendo el fundamento común de estas circunstancias severizantes de la penalidad el particular estado de indefensión (o, mejor dicho, la poca posibilidad de defensa) de la víctima del secuestro.

a) Mujer embarazada: esta circunstancia agravante fue incorporada por la Ley 25.742 y vino a reemplazar a la agravación por la sola calidad de mujer de la víctima contenida por una de las normas anteriores (CP., 142 bis).

Con ello, a nuestro criterio, el legislador ha cumplido un doble objetivo: por un lado, castigar con mayor severidad la conducta de quien secuestra a una mujer embarazada, por cuanto pone en riesgo no sólo la vida de la mujer, sino también la del feto⁷⁵ y, por otro lado, ha recogido las críticas doctrinarias que cuestionaban seriamente la constitucionalidad de la figura, atento su notorio carácter discriminatorio⁷⁶.

b) Menor de 18 años: Para esta agravante se ha tomado en cuenta la Convención de los Derechos del Niño, a partir de la cual sólo reviste esa calidad, precisamente, el menor de 18 años.

En este sentido, ha sido dicho por la jurisprudencia que “...*El tipo penal previsto en el artículo 142 bis, inciso 1° del Código Penal, y desde la modificación operada por la ley 25.742, agrava la conducta de la privación ilegítima de la libertad cuando la víctima fuese un menor de dieciocho años de edad; la agravante tiene fundamento en la calidad de la víctima, que, en este caso, por su minoría de edad, se encuentra en una especial situación de inferioridad frente al sujeto activo, lo que conlleva un especial aseguramiento en la ejecución del hecho, y significa un mayor desvalor de acción del comportamiento del autor...*”⁷⁷.

⁷⁵ DONNA, Edgardo Alberto (compilador), *Reformas penales*, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2004, p. 17.

⁷⁶ MARTINEZ, Stella Maris, ob. cit., p. 112; quien claramente explicaba que ello había ocurrido en el tristemente célebre caso de “los doce apóstoles”, cuando fue retenida una magistrado (quien fue secuestrada por detentar dicha condición y no por su sexo) por los internos de la Unidad Penal II de Sierra Chica durante un motín y toma del Penal con el propósito de obtener impunidad primero y luego mejoras concretas en la situación en la que estaban involucrados (Cám. Garantías en lo Penal de Azul, causa “Brandán y otros”, sent. del 13-04-2000, en La Ley, 2000-E-832).



Sin perjuicio de ello y no obstante no compartirse el criterio que se expondrá a continuación, debemos hacer mención de la doctrina que ha establecido una interpretación contraria a la aquí propuesta.

En efecto, a nivel doctrinario se ha expresado que resulta controvertido que esta disposición considere agravante la minoridad del sujeto pasivo y, por el contrario, que la misma circunstancia no agrave la figura básica de la privación de libertad (CP., 142).

Así, se ha dicho que únicamente puede explicarse dicha contradicción legislativa si se entiende que sólo corresponde agravar la conducta de aquél que restringe la libertad a un menor de dieciocho años (se es menor de dieciocho años hasta las cero horas del día siguiente del que se cumple esa edad -Código Civil, 25, 26 y 27-⁷⁸) cuando la exigencia esté dirigida a otras personas (sus padres, tutores, cuidadores, etc.)⁷⁹.

Empero, por nuestra parte, entendemos que el fundamento de la agravante radica, como ya se señalara, en el mayor estado de indefensión que presenta la víctima (del secuestro) elegida.

c) Mayor de 70 años: Ha venido aquí la nueva ley a agregar el otro extremo etario, agravando la conducta privativa de libertad (secuestro) con finalidad coactiva o extorsiva cuando la víctima sea mayor de 70 años de edad (se es mayor de setenta años a las cero horas del día siguiente del que se cumple setenta y un años). Esta reforma resulta coherente si se parte de que el fundamento de estas circunstancias agravantes es el particular estado de indefensión (o, mejor dicho, la poca posibilidad de defensa) del sujeto pasivo. Además, vale recordar, setenta años es la edad tomada por la ley⁸⁰ para admitir la prisión domiciliaria, dado que, se presume, a esa edad la persona padece mayor sufrimiento o padecimiento físico y/o psíquico producto del deterioro que ocasiona el paso de los años.

En todos estos supuestos, como se advierte, se verifica una situación de superioridad física y mental del sujeto activo respecto del sujeto pasivo, lo que lleva a una mayor facilidad, a un especial aseguramiento en la ejecución del hecho por parte del autor⁸¹, circunstancia que debe ser conocida y procurada por el agente para valerse de la misma.

⁷⁷ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa n° 4.683, “F.A., C.A. y otros”, del 07/03/2005, en Lexis, 1/70018149-2.

⁷⁸ ESTRELLA, Oscar Alberto – GODOY LEMOS, Roberto, ob. cit., p. 72.

⁷⁹ MARTINEZ, Stella Maris, ob. cit., p. 114.

⁸⁰ CP., 10; Ley 24.660, 33 y Ley 12.256, 19.

⁸¹ DONNA, Edgardo A., ob. cit., T II-A, p. 149, quien cita al respecto a DÍAZ RIPOLLES, J. L., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, T. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1997, p. 753.



Como corolario, puede advertirse que el legislador ha acogido en los casos comentados -definitivamente- el criterio sentado por los Pactos Internacionales incorporados a nuestra Carta Magna (CN., 75 inciso 22°) sobre la mayor “protección” que debe otorgar la ley a determinadas personas o, mejor dicho, a las circunstancias en que esas personas se encuentran al momento de sufrir un delito⁸².

También se agrava el delito cuando la víctima fuere persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.

El fundamento de esta agravante está dado en que la ley busca proteger con mayor énfasis la salud y/o el estado psico-físico que una privación de libertad (secuestro) produce a una persona que padece cualquiera de las inconveniencias mencionadas en la norma, puesto que, necesariamente, este padecimiento resultará ser mayor que el que se le puede ocasionar a una persona sana⁸³, a partir de lo cual podría afirmarse que el legislador se ha hecho eco de la crítica que un importante sector de la doctrina dirigía al respecto.

Los términos “discapacitada” y “enferma” pueden dar lugar a problemas interpretativos, por lo que resulta importante precisar su marco legal de aplicación.

Al quedar abarcadas por el concepto de enfermedad tanto la física, la psíquica como la mental; debe entenderse que el fundamento de la agravante radica en la manifiesta superioridad, precisamente, física y mental, en que se encuentra el sujeto activo frente al sujeto pasivo discapacitado, enfermo o que no puede valerse por sí mismo; por cuanto ello pone de manifiesto un especial aseguramiento (buscado *ex profeso*) en la ejecución del hecho por parte del agente.

En este sentido ha dicho la jurisprudencia que

“...El tipo penal previsto en el art. 142 bis, inc. 1° del Cód. Penal, y desde la modificación operada por la ley 25.742, agrava la conducta de la privación ilegítima de la libertad cuando la víctima fuese un menor de dieciocho años de edad; la agravante tiene fundamento en la calidad de la víctima, que, en este caso, por su minoría de edad, se

⁸² Respecto de la mujer embarazada: Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, VII; Declaración Universal de Derechos Humanos, 25.2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 6°.5; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 11, inciso 2°, d y 12 inciso 2°. En cuanto a los niños: Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, VII, Declaración Universal de Derechos Humanos, 6°.5, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 24.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 4° inciso 5° y 19, Convención sobre los Derechos del Niño, 1. Respecto de los ancianos: Convención Americana sobre Derechos Humanos, 4° inciso 5°.

⁸³ DONNA, Edgardo Alberto, *Reformas penales*, ya cit., p. 18.



encuentra en una especial situación de inferioridad frente al sujeto activo, lo que conlleva un especial aseguramiento en la ejecución del hecho, y significa un mayor desvalor de acción del comportamiento del autor...”⁸⁴.

A partir de dicha circunstancia, la calidad de la víctima sólo es relevante en la medida en que la misma revele una mayor indefensión (o escasa posibilidad de defensa efectiva) frente a su agresor.

Finalmente, en el plano subjetivo, es necesario acreditar -tal como se explicitara precedentemente- que el autor haya tenido conocimiento efectivo de la calidad especial de la víctima, a partir de lo cual debe poder afirmarse que el agente haya considerado especialmente esta circunstancia para diagramar su conducta final (ya sea para aprovechar su indefensión o para procurar generar una más efectiva respuesta en el tercero a quien se le exige que haga, no haga o tolere algo contra su voluntad).

Por el parentesco y la afinidad con la víctima (inciso 2°).

Tal como están redactadas las normas, la razón de la agravante encuentra fundamento en la situación de respeto que el autor debe a la víctima y que vulnera, menospreciándola al secuestrarla -con finalidad coactiva-; siendo la enumeración legal taxativa.

Con relación al autor del secuestro, cónyuge es aquél con quien ha contraído matrimonio válido de acuerdo a las leyes vigentes; ascendiente es todo aquél antecesor en línea directa (Código Civil, 352) y hermanos (sean unilaterales o bilaterales -Código Civil, 360 y 361-) son los colaterales por consanguinidad en segundo grado (Código Civil, 353).

En este último caso -el de los descendientes y ascendientes-, compartimos con Donna que la circunstancia calificante alcanza también a aquellos casos de adopción⁸⁵.

Por su parte, la agravante no alcanza a los matrimonios simulados o aparentes; empero, el agregado del término “conviviente” incluye ahora dentro de la severizante a las relaciones de concubinato o “de hecho”.

En este caso, al igual que como ocurre en el delito de homicidio agravado por el vínculo (CP., 80 inciso 1°), el aspecto subjetivo del tipo se completa con el conocimiento asertivo por parte del autor de que lleva a cabo su conducta contra una persona que reviste la cualidad expresamente

⁸⁴ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa n° 4.683, “F.A., C.A. y otros”, del 07/03/2005, en Lexis, 1/70018149-2.

⁸⁵ DONNA, Edgardo Alberto, *Reformas penales*, ya cit., p. 18.



consignada por las normas comentadas. Por tal motivo, el error o ignorancia de tal circunstancia elimina la posibilidad de aplicar la circunstancia agravante analizada.

Por último, al hacer mención la disposición legal de *otro individuo a quien se deba respeto particular*, está también dando el fundamento de la consignación legal de las anteriores circunstancias personales de la víctima. En efecto, el fundamento de esta agravante sería entonces el *respeto particular* que debe el secuestrador a la persona secuestrada y no el *respeto general* que pueda merecer la víctima, como por ejemplo puede ocurrir con un gran escritor, un médico prestigioso, etc.⁸⁶.

Así, se trata en el caso de supuestos de delitos especiales impropios, pues la no acreditación de las circunstancias relativas a los sujetos aquí analizadas, desplaza la conducta a la figura básica del primer párrafo.

Por la calidad del agente (inciso 5°).

Aquí la ley ha previsto como agravante el hecho de que el autor o partícipe del secuestro sea funcionario o empleado público o haya pertenecido o pertenezca a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado, por lo que, en este caso, la figura delictiva debe ser calificada como *delito especial impropio* (por los mismos fundamentos brindados respecto del supuesto anterior).

Ahora, dado que el artículo 77, 4° párrafo del Código Penal define lo que debe entenderse por “funcionario” o “empleado público”, dicho concepto debe interpretarse de manera armónica y conjunta con la normativa constitucional (“Convención Interamericana contra la Corrupción”, Ley 24.759 artículo 1; “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, Ley 26.097 artículo 2° y “Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública”, n° 25.188, artículo 1°)⁸⁷, a partir de lo cual, queda claro que el análisis de estas normas deben realizarse a partir de una interpretación racional y restrictiva de los vocablos utilizados por el legislador, por lo que no a cualquier funcionario o empleado público que cometa cualquiera de estos delitos habrá de aplicarse, sin más, la agravante.

Asimismo, cuando la ley habla de persona que pertenezca o haya pertenecido a organismos de seguridad o inteligencia del Estado, se advierte que lo hace sin fijar ningún tipo de límite temporal ni de grados o jerarquías.

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ Sobre el contenido y alcance que hemos dado a estos conceptos puede verse CONTI, Néstor Jesús – SAUMELL, María Fernanda, *Las figuras del enriquecimiento ilícito*, Nova Tesis, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 28/34.



Ahora, si tenemos en cuenta el momento histórico y los motivos por lo que se introdujo esta reforma al Código Penal, advertiremos que la misma aparece como respuesta legislativa a los reiterados casos de secuestros extorsivos cometidos por miembros de las fuerzas policiales y, en algunos casos, por integrantes de cuerpos de seguridad creados específicamente para combatir este tipo de delitos.

Durante el debate en el Senado, el miembro informante, Senador Agúndez, refirió que *"estas agravantes tenían que ver... con aquellas que se referían a la calidad funcional de quien comete el delito por la mayor posibilidad que tienen de cometerlo"*⁸⁸.

Si tomamos en cuenta todo lo hasta aquí señalado, debemos advertir que sólo podrá aplicarse la figura agravada cuando, además de revestir el agente la calidad de funcionario o empleado público, se haya valido el mismo de esa calidad o condición funcional para llevar a cabo con mayor facilidad el delito castigado por la norma analizada.

En este sentido, la circunstancia severizante comentada resulta lógica por cuanto parece -al menos- incomprensible que quien ha sido depositario de la función pública (sea por elección popular o por designación de autoridad competente) la utilice en provecho (ilícito) propio o de terceros.

Por el número de sujetos intervinientes (inciso 6°).

La ley contempla como agravante la participación en el hecho de tres o más personas.

El fundamento de esta circunstancia calificante radica en castigar más severamente a quienes toman la precaución de aunar sus voluntades con una finalidad delictiva común, decisión que los coloca en una mejor situación frente a las posibilidades de defensa de la víctima; lo que importará, en consecuencia, una mayor posibilidad de éxito sin riesgo alguno -prácticamente- para los delincuentes.

Asimismo, sólo se aplicará la agravante cuando se verifique que las tres o más personas hayan intervenido en la ejecución del hecho (como coautores y/o partícipes)⁸⁹; por lo que quedan fuera de la agravante los instigadores -que intervengan antes de la ejecución del suceso- y los partícipes que actúen con posterioridad al mismo en virtud de una promesa anterior.

Finalmente, es coincidente la doctrina en exigir que las tres o más personas deban ser imputables o capaces de culpabilidad al momento del hecho.

⁸⁸ Ver Antecedentes Parlamentarios, Ley 25.742, en La Ley, julio de 2003, n° 6, p. 1.216.

⁸⁹ DONNA, Edgardo Alberto, *Reformas penales*, ya cit., p. 20.



Por el resultado producido (inciso 3°; párrafos 3° y 4°).

Al analizar estas figuras penales, a cuya composición se agregan circunstancias agravantes que tienen que ver con el resultado producto de un segundo accionar ilícito por parte del sujeto que llevó a cabo el secuestro, podemos sostener que se trata -en realidad- de tipos penales de *acción compuesta, de los denominados tipos penales complejos*; dado que el mismo se caracteriza por la concurrencia de dos conductas, cada una -individualmente- constitutiva de un delito⁹⁰ en forma autónoma⁹¹, de cuya unión nace un complejo delictivo distinto e indivisible.

Por su parte, también debe tenerse en cuenta que la debida atribución de un injusto a su autor debe realizarse conforme a una imputación personal e individual del riesgo con más la imputación objetiva del resultado; ello debido a que en los delitos dolosos es preciso que el autor pretenda la causación del resultado típico de lesión o de peligro mediante la realización de una conducta peligrosa, mientras que en los tipos imprudentes, por su parte, la peligrosidad del comportamiento debe ser subjetivamente previsible para el autor; por lo tanto, *el dolo y la imprudencia conforman el injusto subjetivo (o personal)*⁹².

De acuerdo con ello, la relación de riesgo entre conducta y resultado, incluida la producción de este último, constituye el ámbito del injusto objetivo, a partir de lo cual debe sostenerse que la imputación de un resultado tiene que basarse en la creación de un riesgo imputable y la producción de esta conducta peligrosa precisa de una referencia personal e individual. En conclusión, puede decirse que *la imputación objetiva se basa, pues, en una imputación personal e individual del riesgo*⁹³.

En base a estas consideraciones, debemos observar que en el primer caso (CP., 142 bis, inciso 3°), el ilícito se integra con un secuestro coactivo, por un lado, y la causación de lesiones -graves o gravísimas- (lesión al bien jurídico incolumidad de la persona humana⁹⁴), por el otro (CP., 90/1), resultado que -por su parte- deberá poder ser imputado al agente (indefectiblemente) a título doloso.

⁹⁰ BETTIOL, Giuseppe, ob. cit., p. 549.

⁹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, ob. cit., p. 296.

⁹² WOLTER, Jürgen, *Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio ictus*, en SCHÜNEMANN, Bernd, *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, España, 1984, p. 113.

⁹³ WOLTER, Jürgen, ob. cit., p. 114.

⁹⁴ Sobre el alcance y la extensión del concepto de este bien jurídico ya nos hemos expresado en *Los robos calificados por el resultado en el Código Penal argentino*, ya cit., p. 133 y ss.



En el segundo caso (CP., 142 bis, 3° párrafo), el tipo penal se compone de un secuestro coactivo, por un lado, y de un homicidio imprudente (afectación del bien jurídico vida humana⁹⁵) por el otro.

Finalmente, el último y tercer caso en que el secuestro se agrava por el resultado es una figura compleja que se integra con un secuestro, por un lado, y por un homicidio doloso (afectación del bien jurídico vida humana), por el otro.

Como correlato de lo expuesto, y a partir de la correspondencia exacta que debe verificarse entre los aspectos objetivo y subjetivo, desde este último, esta figura legal debe clasificarse como *delito calificado por el resultado*⁹⁶, correspondiendo señalar en el análisis de cada agravante particular la composición típica subjetiva de cada tipo legal.

Por último, todos estos supuestos no son más que el producto de una técnica legislativa (deficiente y controvertida) que excepciona -ya a nivel típico- la aplicación de las reglas del concurso de delitos, por lo que no ha sido un acierto su regulación, puesto que los supuestos que podrían subsumirse en dichas disposiciones legales se resolverían, de manera adecuada -a la luz de los principios constitucionales de culpabilidad y legalidad- con las reglas concursales.

Veamos las particularidades que puede presentar cada una de estas tres circunstancias que agravan el secuestro (por el resultado):

a. La primera de las circunstancias agravantes referidas opera cuando se causaren a la víctima del secuestro lesiones graves o gravísimas.

La cuestión a determinar en este caso es si las normas excepcionan el concurso de dos delitos dolosos o de un delito doloso y otro imprudente.

A nuestro entender, ninguna duda pueda haber de que debe tratarse de lesiones dolosas⁹⁷; ello obedece, en primer lugar, a que el legislador recurre a la expresión "*lesiones graves o gravísimas*", y éstos son términos técnicos utilizados por la doctrina para referirse a los tipos previstos en los artículos 90 y 91 del Código Penal, respectivamente.

Entonces, ante la posibilidad de interpretar los términos empleados por el legislador en sentido vulgar o en sentido técnico, entendemos que, a partir del principio constitucional de máxima

⁹⁵ Sobre el alcance y la extensión del concepto de vida -como bien jurídico-, ver CONTI, Néstor Jesús, *La vida como bien jurídico*, artículo publicado en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año 1, Número 4, diciembre de 2009, La Ley, Buenos Aires, p. 213 a 225.

⁹⁶ Conforme al alcance del concepto que ya hemos brindado.

⁹⁷ Con idéntico criterio, FERNANDEZ BUZZI, Juan M., *Las nuevas agravantes de los delitos de privación ilegítima de la libertad y secuestro extorsivo (artículos 142 bis y 170 del Código Penal)*, en www.derechopenalonline.com.



taxatividad legal e interpretativa⁹⁸, debe acudir a esta última alternativa; en virtud de lo cual, debemos entender que la expresión “lesiones graves o gravísimas” utilizada en la ley alude a las figuras típicas referidas (CP., 90 y 91).

En segundo lugar, y partiendo de la base de que nos encontramos frente a figuras legales que excepcionan las reglas del concurso de delitos, dado el monto de pena previsto en abstracto para el caso, sólo puede concluirse en que ése segundo hecho (las lesiones) deben ser dolosas, pues sólo así aparecen como “razonables” las escalas penales previstas por las normas.

b. Las otras dos agravantes se refieren a la muerte de la persona secuestrada, previéndose específicamente cuando la misma sea imputable al autor a título de imprudencia o a título doloso, por lo que puede afirmarse que esta previsión legal ha venido a despejar las dudas interpretativas que existían al respecto tanto en la doctrina como en la jurisprudencia antes de la reforma en orden al aspecto subjetivo que debía verificarse respecto de la muerte ocurrida durante un secuestro coactivo⁹⁹.

Conforme a ello, podemos afirmar que estamos frente -en el primer caso- a un delito doloso seguido de otro delito imprudente, mientras que, en el segundo caso, tanto el hecho base (secuestro) y el resultado final (muerte) son dos delitos dolosos.

b.1. En el primer caso, cuando se alude a “*muerte no querida*”, sólo se lo hace para distinguirla de aquella muerte sí querida (o dolosa) y, por lo tanto, resulta obvio que el legislador se ha referido a una conducta imprudente, toda vez que la muerte ocasionada a la víctima, cuando es independiente o está desvinculada del secuestro, no tipifica la agravante. Puede tomarse como ejemplo, en este supuesto, el caso en que se secuestre a una persona en la vía pública para ser trasladada en el vehículo en que operan los secuestradores al sitio donde será ocultada y, a consecuencia del manejo imprudente del rodado la víctima muere en una colisión: dicho resultado no será objetivamente imputable a los autores de acuerdo a los tipos penales estudiados, dado que la muerte (que es imprudente) no constituye aquí la concreción del riesgo creado por los mismos, por lo

⁹⁸ El axioma que establece que no hay delito si no hay ley, más en concreto, no hay delito si no hay conducta, es decir, no existe delito si no existe una conducta descrita a nivel típico, deriva del “*nullum crimen sine conducta*”, ahora, en tanto la última de estas afirmaciones opera ante un supuesto de ausencia de conducta, la primera de ellas lo hace ante la falta de una norma válida en materia penal (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 93 y ss.). En el mismo sentido, ha sido afirmado que el contenido del principio de legalidad viene dado por la reserva de ley -*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*- y la exigencia de taxatividad y de certeza -*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*- (BUSTOS RAMIREZ, Juan – HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, V. 1, Trotta, Madrid, España, 1997, p. 81).

⁹⁹ SANCINETTI, Marcelo A., *Análisis Crítico del caso Cabezas, T II: “El Juicio”*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 959 y ss.



que correspondería aplicar lo normado por el artículo 84 del Código Penal en concurso ideal con las figuras delictivas motivo de estudio.

Como se advierte, estamos frente a supuestos en que no se verificaría conexión de tipo alguno entre el delito base (secuestro) y el resultado (muerte), ni objetiva ni subjetiva¹⁰⁰.

Ello importa afirmar que la consecuencia amenazada con pena más grave debe ser imputada al menos con imprudencia al autor, siendo esta regla una consecuencia directa de la vigencia del principio de culpabilidad¹⁰¹ (*nullum crimen sine culpa*); el cual no es tan sólo una garantía para el acusado de un delito, sino prevista respecto de todos los ciudadanos; por lo que, para hacer operar acabadamente esa garantía, debe verificarse su respeto ya en el nivel de la tipicidad¹⁰².

Dicho extremo no es objeto de discusión por parte de la doctrina.

En este mismo sentido, ha sido por demás importe esta modificación implementada por el legislador (más allá de los reparos que la misma merece, a lo que luego nos referiremos), por cuanto antes de la sanción de la ley que ha dado lugar a este estudio la doctrina nacional mayoritaria sostenía que esta agravante alcanzaba a los homicidios dolosos y a los preterintencionales, no así a los imprudentes, exigiendo -por su parte- que el resultado tuviese relación directa con la privación de la libertad (secuestro), de manera que causas accidentales no pudieran ser imputadas al autor¹⁰³.

Si, por ejemplo, un sujeto secuestra a una persona con fines coactivos y luego la oculta en el sótano de su vivienda para poder gestionar la obtención de su exigencia, olvidando alimentarla durante el tiempo que dure su cautiverio (a consecuencia de lo cual deviene su muerte), responderá por esta figura agravada (secuestro + muerte imprudente); ello, por cuanto el resultado muerte de la víctima devino como consecuencia de su falta de alimentación.

Queda claro entonces que debe verificarse también, además de los extremos aludidos, una relación de causalidad entre la conducta constitutiva del hecho base y la consecuencia que agrava la misma.

En este sentido, no corresponderá aplicar la agravante -por ejemplo- si la víctima, luego de liberada, sale de la casa donde estuvo cautiva y se le cae del balcón una maceta que el secuestrador

¹⁰⁰ SANCINETTI, Marcelo A., *Análisis Crítico del caso Cabezas, T II, "El Juicio"*, ya cit. p. 1.033/4.

¹⁰¹ PERÉZ BARBERÁ, Gabriel, *Principio de culpabilidad, imputación objetiva y delitos cualificados por el resultado*, en Cuadernos del Departamento de derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de Córdoba, N° 3, 2000, p. 224.

¹⁰² PEREZ BARBERÁ, Gabriel, ob. cit., p. 226.

¹⁰³ NUÑEZ, Ricardo, ob. cit., p. 151. En el mismo sentido, DONNA, Edgardo A., ob. cit., T II-A, p. 151. En contra, ESER, Albin y BURKHARDT, Björn, en *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, Colex, Madrid, España, 1995, p. 124, quienes manifiestan que "...la cualificación del resultado se debe haber producido al menos de forma culposa".



había colgado sin el debido cuidado, provocándole la muerte, por cuanto dicho obrar negligente del secuestrador no guarda ninguna relación con el secuestro¹⁰⁴.

En tal supuesto, tendrían que aplicarse las reglas del concurso real.

Por su parte, no podemos dejar de advertir que, de acuerdo a las pautas interpretativas dadas, que intentan ser respetuosas de los principios constitucionales de estricta legalidad y culpabilidad, el legislador se ha excedido por completo en la escala penal prevista en abstracto para el caso aquí analizado.

En efecto, si las disposiciones estudiadas -como estructuras típicas complejas- excepcionan las reglas del concurso de delitos, debemos observar que de acudir a su aplicación la escala penal debería ser de cinco a quince años en el supuesto del concurso ideal (CP., 54, 84 y 142 bis), y de cinco a veinte años en el caso del concurso material (CP., 55, 84 y 142 bis); pues estamos frente a la comisión de los delitos de secuestro coactivo con más un homicidio imprudente que deviene como resultado “no querido” por el autor, pero sí imputable al mismo; ello, por los fundamentos antes brindados.

Se advierte claramente que la escala penal de quince a veinticinco años prevista para el caso aparece, al menos, como desproporcionada; lo que puede importar la inobservancia del principio de culpabilidad, ya a nivel típico.

A nuestro criterio, éste debe ser un extremo a tener muy en cuenta por el juez al momento de dosificar la sanción punitiva en el caso en concreto.

b.2. Finalmente, en el segundo caso, el legislador ha previsto la combinación de un delito doloso (el secuestro) con un resultado doloso más grave (la muerte).

Dicho resultado no sólo tiene que haber sido previsto y conocido por el autor, sino que debe verificarse también una relación de conexión objetiva y subjetiva entre el secuestro y la muerte. Si no existe tal conexión, deberán aplicarse las reglas del concurso.

Con respecto a esta exigencia de acreditación de la conexión (objetiva y subjetiva) entre el secuestro y la muerte, debemos recordar que ello deviene imperativo, por un lado, a partir del principio según el cual sólo es objetivamente imputable un resultado causado por una conducta humana cuando la misma haya creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha materializado en el resultado típico¹⁰⁵ y que, a su vez, esté comprendido en la estructura de un tipo legal.

¹⁰⁴ De opinión contraria, REINALDI, Víctor Félix, ob. cit., p. 138, por cuanto, a partir de un ejemplo similar al aquí utilizado, concluye en que el resultado deviene como *preterintencional* (¿?).

¹⁰⁵ ROMERO, Gladys N., *Algunas Cuestiones de Derecho Penal*, Di Plácido, Buenos Aires, Argentina, 1999, § 3 “La relación de causalidad en los delitos de resultado”, p. 83 y ss.



En este tren de análisis, debe observarse que la expresión "*querida*" ahora utilizada por el legislador en los párrafos comentados, exige la verificación de dolo directo por parte del autor, quedando excluida la posibilidad de que la muerte pueda imputarse (para aquellos que lo admiten) a título de dolo eventual¹⁰⁶, ya que esta forma de dolo no requiere ese elemento volitivo, sino sólo una aceptación del resultado representado por el autor; representación que importa -necesariamente- su previo conocimiento.

Así, podemos tomar como ejemplo el caso en que una o varias personas secuestren a otra con fines coactivos y, durante el período de cautiverio, ésta lograra hacerse de un arma con la que intentará defenderse del ataque ilegítimo que viene sufriendo y recuperar así su libertad¹⁰⁷, situación ante la cual sus cuidadores se ven compelidos a matarlo en resguardo de sus vidas¹⁰⁸, verificándose en dicho supuesto la ocurrencia de una muerte dolosa que queda comprendida, obviamente, dentro del riesgo creado por la conducta constitutiva del hecho base (secuestrar) y deslindada, por otra parte, a la muerte prevista por el numeral 80 inciso 7º del elenco sustantivo.

Por el contrario, muy distinto sería el caso en que el agente tuviese planeado dar muerte a la víctima antes de secuestrarla (*muerte dolosa*), supuesto en el cual el atentado contra la libertad ambulatoria sólo constituirá un medio para otro fin contenido en el plan del autor -aunque punible de manera autónoma-, por lo que serían aplicables a la hipótesis fáctica planteada las reglas del concurso de delitos¹⁰⁹, pero *nunca* las normas que estamos analizando.

De ello se colige que cualquier supuesto en que la muerte obedezca a alguna de las circunstancias agravantes previstas por el numeral 80 del elenco penal torna aplicable dicha disposición legal (en concurso real con la aquí comentada, en su estructura base), descartándose la posible atribución de aquél resultado muerte en el contexto del figura penal estudiada.

ATENUANTES.

La ley 25.742 introdujo una circunstancia atenuante para el caso en que uno de los partícipes se esforzare para que la víctima recupere la libertad, exigiéndose la desvinculación del sujeto de los restantes partícipes.

¹⁰⁶ No es nuestro caso, de acuerdo al concepto de dolo que hemos adoptado.

¹⁰⁷ Ello es factible puesto que, como ya lo expusieramos, se tratan los casos estudiados de delitos permanentes.

¹⁰⁸ Pues a ellos no los ampara (en ninguno de estos casos) la legítima defensa (CP., 34 inciso 6º "a contrario").

¹⁰⁹ Entre una privación ilegítima de libertad o secuestro (depende la finalidad perseguida por el autor) y un homicidio agravado por alevosía.



El requisito, para que pueda aplicarse esta pena disminuida, es que la libertad de la víctima no debe haber sido otorgada por el secuestrador como consecuencia del logro de su propósito (o el cobro del rescate o logro de la exigencia dirigida a la víctima o un tercero), sino por su accionar, que busca la liberación de la persona cautiva, al momento que se desvincula de los otros socios en el hecho.

Tomemos como ejemplo la siguiente hipótesis de trabajo: tres personas se ponen de acuerdo para llevar a cabo un secuestro; dos de ellas se encargan de sustraer a la víctima de su lugar de trabajo para conducirla al lugar donde la mantendrán cautiva mientras gestionan la obtención de la exigencia ilegítima, mientras que el tercero es quien se encarga de cuidar y vigilar a la víctima. Al día siguiente, los dos primeros se dirigen a un locutorio desde donde se comunican con los familiares y piden el cumplimiento de lo requerido por su liberación; en tanto que el tercer sujeto (vigilador), conmovido por el llanto incesante del secuestrado y por escuchar la súplica desgarradora del mismo, decide abortar por su cuenta (sin comunicación a sus dos compañeros) el secuestro y llama a la policía avisando donde se encuentra secuestrada la persona para que puedan hallarla, lo que efectivamente ocurre a los pocos minutos y sin que se hubiese obtenido el fin perseguido.

Como se advierte del ejemplo, el delito ya está consumado con la privación ilegítima de la libertad para procurarse el rescate, por lo que el desistimiento del conmovido secuestrador no puede dejar su conducta impune¹¹⁰, mucho menos la de los otros dos que estaban gestionando el cumplimiento de la exigencia.

A pesar de nuestra opinión, no podemos dejar de advertir al lector que existe jurisprudencia que parecería admitir la posibilidad del desistimiento a partir de un razonamiento un tanto complejo al expresar que “...No puede haber desistimiento en la tentativa de comisión del delito de secuestro extorsivo cuando la decisión del imputado de entregarse al personal policial no fue tomada libremente sino a consecuencia de que el hallazgo por parte de éste de la agenda que había olvidado lo sindicaría como el autor del delito...”. ¿Habría querido decirse que si el imputado se hubiese entregado sin que existan “pistas” acerca de su identidad el hecho hubiese constituido un desistimiento de la tentativa? Como puede advertirse, además de la complejidad de la interpretación jurisdiccional, la misma resulta ser -al menos- cuestionable.

Es así entonces que, a partir de todo lo señalado, podemos concluir en que el fundamento real de esta circunstancia aminorante de la penalidad viene dado en que, al momento de procurarse la

¹¹⁰ Cámara Nacional de Casación Penal, S. I, “Delea, Héctor”, sent. del 20-10-2005.



libertad de la víctima del secuestro, la tentativa ya no es posible y, de la misma manera que resultaría injusto dejar esa conducta impune, también sería injusto castigarla igual que la que llevaran a cabo los otros dos delincuentes.

Estas son las circunstancias que, a nuestro criterio, fundamentan la reducción de la escala penal aplicable al caso.

JURISDICCION COMPETENTE ¿ORDINARIA O DE EXCEPCION?

Ha dado lugar a incesantes e importantes discusiones -doctrinarias y jurisprudenciales- el tópico concerniente a la competencia jurisdiccional a la que corresponde investigar y juzgar los ilícitos que aquí se están analizando. En virtud de ello, intentaremos aquí desbrozar si estos delitos encuadran dentro de las excepciones de competencia esbozadas en el artículo 3, inciso 5° de la Ley 48.

Ello así, corresponde la transcripción textual de la citada norma para su posterior análisis:

“Artículo 3.- Los jueces de sección conocerán igualmente de todas las causas de contrabando y de todas las causas criminales cuyo conocimiento compete a la Justicia nacional, a saber: ... 5) (Inciso agregado por ley 20661, y texto según ley 23817, artículo 1) Los delitos previstos por los artículos 142 bis, 149 ter, 170, 189 bis, a excepción de la simple tenencia de un arma de guerra salvo que tuviere vinculación con otros delitos de competencia federal, 212 y 213 bis del Código Penal....”

Una interpretación taxativa del texto transcrito nos lleva a la inexorable conclusión de que la competencia para entender en la materia es la de excepción, es decir, la federal.

Sin perjuicio de ello, claro está que siguiendo ese camino se provocaría una inflación procesal más que notoria en dicho fuero, pues si la totalidad de causas que se inicien por delitos de secuestros -que, al menos en la provincia de Buenos Aires, son lamentablemente una gran cantidad- van a parar al fuero de excepción, éste ya dejaría de ser excepcional, cuando el fundamento para incitar esa jurisdicción, a nuestro entender, es otro muy distinto.

En este sentido, bien ha sostenido la jurisprudencia que la previsión del inciso 5° del artículo 3° de la Ley 48 resulta solamente una presunción atributiva de competencia que debe ser descartada



cuando se acredite que los hechos tengan estricta motivación particular, es decir, que no sea posible la afectación de la seguridad del Estado Nacional o de sus instituciones¹¹¹.

En la misma dirección se ha expedido nuestro máximo organismo jurisdiccional nacional al decir que las causas en las que se imputa la comisión de alguno de los ilícitos previstos en la disposición legal a la que se viene aludiendo, deben tramitar, en primer término, ante la justicia federal, sin perjuicio de la competencia ordinaria en los casos en los que se revele inequívoca y fehacientemente que los hechos tienen estricta motivación particular y que, sumado a ello, no existe posibilidad de que se afecte directa o indirectamente la seguridad del Estado Nacional o de alguna de sus instituciones¹¹².

Consecuentemente, según el criterio esbozado en el párrafo que antecede, en primer lugar se deberían iniciar las investigaciones en el marco de la justicia federal la que, en caso de referir la existencia de las causales mencionadas, deberá declinar su competencia a favor de los tribunales provinciales.

Claro está que el acceso a la justicia de excepción, como bien lo dice la palabra, debe ser restrictivo. Ergo, el análisis de la normativa atributiva de competencia debe ser -también- limitativo al respecto. Así, como ya hemos adelantado, se debe evitar la inflación procesal en esa jurisdicción, descartando ilícitos donde no se ponga en riesgo la seguridad nacional y que sólo tengan neta finalidad y/o motivación particular.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que en los supuestos de ilícitos que tramiten ante la jurisdicción federal y que -tardíamente- el órgano interviniente decida declarar su incompetencia a favor del fuero provincial, se genera la discusión acerca de si dicha circunstancia llega o no a afectar la garantía procesal que debe reconocerse a toda persona a ser juzgada en un plazo razonable, lo que podría implicar una clara restricción o denegación de justicia¹¹³, es que debe buscarse una interpretación normativa mediante la cual se bregue por el cumplimiento de los juzgamientos en un tiempo racional y sin dilaciones indebidas.

Como consecuencia de lo señalado entendemos que, en los casos en los que la declaración de incompetencia sea procesalmente tardía -colisionando contra una de las máximas garantías que debe

¹¹¹ Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III causa n° 539 (n° Presidencia 5240) “O., P. C. s/ recurso de casación”, fallo del 14/10/2003

¹¹² Fallos 306:434; 290:362; 293:483; 293:183; 300:490; 318:53; 324:1627

¹¹³ Lo que violentaría los derechos estatuidos en el artículo 6.1 del Convenio de Roma, en el artículo 7° párrafo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos; ello, conforme lo dispuesto por los artículos 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna y 15 segundo párrafo de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.



resguardarse en el proceso penal-, el proceso debe seguir tramitando en el organismo que primero intervino, con el objetivo de cumplir con los plazos razonables del proceso.

A partir de lo hasta aquí señalado, sumado a que el artículo 14.3.C del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CN., 75 inciso 22°) consagra el derecho a ser juzgado sin demoras indebidas, es que reforzamos nuestra idea de que el fuero federal debe -necesariamente- ser de excepción.

Por demás elocuente resulta ser la opinión de Clariá Olmedo cuando afirma que la llave que abra la competencia federal penal debe determinarse por un solo motivo, comprensivo de todos los demás: cuando exista un claro atentado contra intereses de la soberanía o seguridad del Estado, con lo que debe restársele importancia al lugar de comisión, al autor, a la víctima o a cualquier otra situación¹¹⁴.

La mayoría de la jurisprudencia existente al respecto versa sobre casos de secuestros extorsivos (muchos de ellos con mucha repercusión mediática), por lo que sus citas y comentarios se habrán de realizar al analizar el delito de mención.

Empero, lo que debe precisarse al respecto es que, sin perjuicio de haber dictaminado a favor de la competencia de excepción, la Corte Suprema de Justicia Nacional se ha sustentado en reiterados pronunciamientos (a los que se aludiera precedentemente), en los fundamentos que hasta aquí se han señalado: afectación de interés del estado, seguridad común, celeridad procesal y unicidad de investigaciones.

En orden a la causa que se viene mencionando, el Alto Tribunal no sólo fundó la competencia de excepción en que el hecho tomó gran notoriedad pública y mediática -lo que a veces sólo sirve para ensombrecer los criterios jurídicos pertinentes- sino también en que la banda actuó en diferentes jurisdicciones provinciales, que se realizó una investigación a nivel nacional y por medio de una unidad especial creada a esos efectos, todo por lo cual claramente se afectaba -en ese entonces- la seguridad nacional.

En síntesis, consideramos que las conductas que deban ser subsumidas legalmente en la figura penal estudiada deben excitar la competencia ordinaria, salvo, claro está, que los hechos que deban ser juzgados importen o conlleven afectación al interés del estado y la seguridad nacional, en cuyo caso deberá entender la jurisdicción de excepción, debiendo garantizarse -siempre- el debido

¹¹⁴ CLARIA OLMEDO, Jorge, *Competencia Penal en la República Argentina*, Depalma, Buenos Aires, Argentina, p. 167/8.



proceso legal al justiciable, en especial en cuanto a que debe ser juzgado en un plazo razonable, sin las dilaciones indebidas que las cuestiones de competencia suelen conllevar.

DECOMISO ¿O CONFISCACIÓN?

El decomiso instaurado en el Título II “De las Penas” del Código Penal (artículo 23) como una especie de pena, tiene dos claras finalidades: impedir la reutilización de objetos empleados para cometer el delito y procurar que el condenado no conserve el producto del ilícito para su disfrute.

El artículo 1 de la citada Ley n° 25.742 -y posteriormente la Ley n° 25.815- incorporó al artículo 23 del ordenamiento fondal una norma por medio de la cual expresamente se agregan entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima de los ilícitos previstos en los artículos 142 bis y/o 170.

Textualmente, con la modificación (subrayando lo incorporado por la misma), la disposición bajo análisis reza:

“En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en éste Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, a favor del Estado nacional, de las Provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados.

Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos.

Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito, el comiso se pronunciará contra éstos.

Si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional, provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Si así no fuere y tuviera valor comercial, aquélla dispondrá su enajenación. Si no tuviera valor lícito alguno, se destruirá.



En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 142 bis o 170 de este Código, queda comprendido entre los bienes a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad. Los bienes decomisados con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectados a programas de asistencia a la víctima

El Juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer.

El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho u obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o de indemnización del damnificado y de terceros.”

Luego de una rápida lectura de la norma en comentario se deduce sin dificultad que se trata, en realidad, de una reforma que logró una mera refinación particular del contenido general que ya ostentaba la disposición analizada; ello por cuanto, con la anterior redacción, el magistrado interviniente ya contaba con las herramientas legales necesarias para obrar conforme a las consecuencias hoy buscadas.

Sin olvidarnos, como ya adelantáramos en capítulos anteriores, que esta modificación legal se enmarcó en una realidad delictual que a partir del año 2001 azotó a nuestro territorio nacional, en forma de “*moda delictiva*”. Es por este motivo que, tal como ya fuera señalado, no puede analizarse el tema sin tener especialmente en cuenta el informe final de la Comisión Asesora para la Prevención del Secuestro de Personas -creado por decreto de Presidencia de la Nación n° 1651/02.

En efecto, en dicho informe se denota la “insuficiente” previsión del numeral 23 de la ley fondal, siendo -en palabras utilizadas por el legislador preopinante- “repugnante” al buen sentido común que los objetos que sirvieron para perpetrar o mantener un secuestro, continúen en poder del delincuente.



Así, lo que pretendió hacer -y logró- la Comisión fue aludir a que las consecuencias de este tipo de delitos no deben solamente acotarse a las sanciones privativas de libertad, sino que deben proyectarse sobre el patrimonio del delincuente para que, con ello, se procure asistir correctamente a la víctima. A partir de ello queda claro que -a diferencia del comiso genérico- esta especial previsión tiene como finalidad manifiesta otorgarle un destino especial al objeto del decomiso: la asistencia a la víctima.

Ahora, si bien en párrafos anteriores hemos esbozado los fundamentos que dieron sustento a esta modificación legal, consideramos que con ello no resulta suficiente poder justificar la reforma en cuestión.

A pesar de ello, reafirmamos nuestra opinión acerca de que la solución que hoy trae la ley mediante la norma vigente ya se encontraba insita en la disposición legal finalmente reformada (CP., 23) y, además, con mucha mayor laxitud que en la normativa civil.

En definitiva, actualmente -con la sumatoria de las dos ramas normativas- el damnificado de este tipo de ilícitos tiene una amplia gama de instrumentos para hacer efectivas las pertinentes demandas por resarcimiento económico sobre bienes del condenado.

Vale realizar citas jurisprudenciales que, al respecto, nos aportan mayor especificidad en cuanto a la casuística aplicada.

Con respecto a los bienes adquiridos con el resultado del pago de un rescate, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 4 del Departamento Judicial de San Martín ha dicho que “...*No corresponde el decomiso del automóvil Seat Ibiza incautado al imputado, por no resultar acreditado de modo fehaciente que su adquisición se hubiera efectuado con el dinero obtenido del hecho que nos ocupa...*”¹¹⁵.

También ha sido objeto de valoración por parte de los Tribunales si media o no pedido del Fiscal con respecto al secuestro y si se ha producido prueba suficiente en el caso para acreditar la titularidad del bien.

De esa forma, ha sido dicho por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 2 del Departamento Judicial de San Martín que “...*En cuanto a la vivienda donde permaneciera cautiva la víctima contamos con escasos elementos y antecedentes, pues no se ha realizado prueba suficiente en la etapa de instrucción que permitiera dilucidar su titularidad. Por ello y teniendo en cuenta que*

¹¹⁵ Causa n° 1.624, caratulada “Campos Pareja, Eduardo Manuel y otros”, sentencia del 28/05/2007.



*siquiera fue solicitado su comiso por el Fiscal de juicio, se considera que no es aplicable el artículo 23, párrafo 6° del Código Penal...*¹¹⁶.

Con una clara posición crítica, puede llegar a sostenerse que el legislador ha avanzado sobre el derecho de la propiedad teniendo una simple base objetiva que habilitaría el decomiso de un bien donde se hubiere retenido a un sujeto, excediendo la responsabilidad de quien fuera el propietario del bien. En ese sentido, en lugar de un decomiso, estaríamos frente a una clara confiscación de bienes, vulnerando clara y notoriamente el derecho de propiedad del titular del bien, sin que se cuestione o analice la procedencia del mismo.

En este mismo orden de ideas, es dable mencionar que para habilitar el decomiso o, mejor dicho, la confiscación de bienes, el titular de los mismos debe haber sido -al menos- condenable -sea cual fuere el grado de su participación- por el delito que se viene comentando.

Cabe mencionar, a modo enunciativo solamente, que siempre se deben tener previstos los derechos que terceros ajenos al delito tengan sobre los bienes. En ese sentido, si bien se pueden decomisar los instrumentos utilizados para cometer el delito -sin que sea necesaria respecto de los mismos la titularidad por parte del condenado-, siempre se deben dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificados y terceros; por cuanto puede sostenerse que, precisamente, el tercero no inculpado ni responsable penalmente por el ilícito cometido no puede ser alcanzado por el decomiso salvo, claro está, que haya participado en algún grado del suceso delictivo¹¹⁷.

En resumidas cuentas, a modo de corolario del presente acápite, hemos de verter dos conclusiones que resultan -a nuestro entender- claras:

1. No era necesaria la especial disposición de decomiso prevista por la Ley n° 25.742, ya que bastaba con las previsiones que ya contenía el artículo 23 del Código Penal.
2. Este comiso especial, en realidad, encubre una confiscación de bienes que, a todas luces, deviene ilógica a la luz de las previsiones que deben ser primordiales en el sostenimiento del derecho de propiedad de los individuos.

¹¹⁶ Causa n° 1.586, caratulada “Gómez, Abel Segundo y otros”, Sentencia del 04/03/2008.

¹¹⁷ Así lo ha sostenido la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, en causa “García, Marcelo s/Recurso de casación”, sentencia del 23/08/2002.



BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

ABOSO, Gustavo Eduardo, *Comentario de la ley 25.742, para la prevención del secuestro de personas*, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2003, n° 6, p. 1.231.

ABRALDES, Sandro – MAIULINI, Federico, *Sobre las reglas jurídicas del denominado “caso de los doce apóstoles”* (nota al fallo), en La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 1.433.

Antecedentes Parlamentarios, Ley 25.742, en La Ley, julio de 2003, n° 6, p. 1.216.

BAIGUN, David, *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, Argentina, 1971.



- BAIGÚN, David – ZAFFARONI, Raúl Eugenio (Directores), TERRAGNI, Marcos (Coordinador), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, T. 5, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2008.
- BARREIRO, Gastón y otros, *Secuestro extorsivo*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- BETTIOL, Giuseppe, *Derecho Penal. Parte General*, Temis, Bogotá, Colombia, 1965.
- BUOMPADRE, Jorge E., *Derecho Penal. Parte Especial*, T I, Mave, Corrientes, Argentina, 2000.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan – HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, V. 1, Trotta, Madrid, España, 1997.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Competencia Penal en la República Argentina*, Depalma, Buenos Aires, Argentina
- CONTI, Néstor Jesús – SAUMELL, María Fernanda, *Las figuras del enriquecimiento ilícito*, Nova Tesis, Buenos Aires, Argentina, 2007.
- CONTI, Néstor Jesús – SIMAZ, Alexis Leonel, *Los delitos de robo*, Colección *Materiales de Cátedra*, del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Ediciones Suárez, Mar del Plata, Argentina, 2008.
- CONTI, Néstor Jesús, *Los robos calificados por el resultado en el Código Penal argentino*, Di Plácido, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- CONTI, Néstor Jesús, *Problemas de imputación en los delitos cualificados por el resultado*, en *Temas de Derecho Penal Argentino*, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, T. 1, 7º edición, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2007.
- CREUS, Carlos *Reformas al Código Penal. Parte Especial*, Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1985.
- CHIESA, Pedro J. M., *El delito de extorsión y sus especies en el Código Penal argentino*, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1989.
- DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura, *Delitos contra la propiedad*, Universidad, Buenos Aires, Argentina, 2000.
- DAMIANOVICH, Laura, *Unas reflexiones acerca del secuestro extorsivo*, en *La Ley*, 1.997-D, p. 974.
- DÍAZ RIPOLLES, J. L., en *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, T. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1997.



Diccionario de la Lengua Española, Editorial Larousse, México, 1994.

DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, T II-A, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2001.

DONNA, Edgardo Alberto (compilador), *Reformas penales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2004.

ESER, Albin y BURKHARDT, Björn, en *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, Colex, Madrid, España, 1995.

ESTRELLA, Oscar Alberto – GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, 2ª edición, actualizada y ampliada, T. 2, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2007.

FERNANDEZ BUZZI, Juan M., *Las nuevas agravantes de los delitos de privación ilegítima de la libertad y secuestro extorsivo (artículos 142 bis y 170 del Código Penal)*, en www.derechopenalonline.com.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, España, 1995.

FONTÁN BALESTRA, Carlos – MILLÁN, Alberto, *La reforma Penal. Ley 21.338*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1997.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1980.

HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal. Obras Completas*, T. II, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2000.

JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, T. 3, Losada, Buenos Aires, Argentina, 1965.

MARTINEZ, Stella Maris, *Las figuras del artículo 142 bis del Código Penal*, en *Delitos contra la propiedad*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2003.

MEZGER, Edmund, *Tratado de derecho penal*, T. 1, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, España, 1998.

MOLINARIO, Alfredo, *Los Delitos*, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, T. II, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1996.

MORENO, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, T. V, Tommasi, Buenos Aires, Argentina, 1923.



- MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 4ta. Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, Lerner, Córdoba, Argentina, 1989.
- NÚÑEZ, Ricardo, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2ª edición actualizada por Víctor F. Reinaldi, Marcos Lerner, Córdoba, Argentina, 1999.
- ODERIGO, Mario, *Código Penal anotado*, 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1965.
- PERÉZ BARBERÁ, Gabriel, *Principio de culpabilidad, imputación objetiva y delitos cualificados por el resultado*, en Cuadernos del Departamento de derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de Córdoba, N° 3, 2000.
- REINALDI, Víctor Félix, *Delincuencia armada*, 2ª edición, Mediterránea, Córdoba, Argentina, 2004.
- ROMERO, Gladys N., *Algunas Cuestiones de Derecho Penal*, Di Plácido, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, T. 1, Civitas, Madrid, España, 2001.
- SANCINETTI, Marcelo A., *Análisis Crítico del caso Cabezas, T II: "El Juicio"*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- SANCINETTI, Marcelo en *Análisis Crítico del Caso Cabezas, T. I, "La Instrucción"*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2000,
- SIMAZ, Alexis Leonel, *El delito de hurto simple en el Código Penal argentino (CP., 162)*, Colección *Materiales de Cátedra* del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Ediciones Suárez, Mar del Plata, Argentina, 2006.
- SIMAZ, Alexis Leonel, *Una nueva modalidad delictiva: el secuestro virtual: ¿estafa o extorsión?*, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal, La Ley, Buenos Aires, Argentina, abril de 2009, p. 11/2.
- SILVESTRONI, Mariano, *Teoría constitucional del delito*, Del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. 4, actualizado por Manuel Bayala Basombrio, Tea, Buenos Aires, Argentina, 1987.
- VILLADA, Jorge Luis, *Secuestro extorsivo*, Advocatus, Córdoba, Argentina, 2004.



WOLTER, Jürgen, *Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio ictus*, en SCHÜNEMANN, Bernd, *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, España, 1984.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La función reductora del derecho penal ante un Estado amenazado (o la lógica del carnicero responsable)*, en “¿Más Derecho?”, Di Plácido, 2003/III, Buenos Aires, Argentina.