



SECUESTRO EXTORSIVO

Por Néstor Jesús Conti¹

Art. 170 del C.P.: “Se impondrá prisión o reclusión de cinco a quince años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate. 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:

Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho (18) años de edad o un mayor de setenta (70) años de edad.

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.

Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.

Cuando la víctima sea una persona discapacitada; enferma; o que no pueda valerse por sí misma.

Cuando el agente sea funcionario o empleado público; o pertenezca o haya pertenecido a alguna fuerza de seguridad u organismo de inteligencia del Estado.

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 esforzare 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.”

Introducción.

Lamentablemente, este tipo de delitos -de tanto en tanto- se ponen de moda.

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



Se han verificado a lo largo de nuestra historia momentos en que se incrementa notoriamente la cantidad de secuestros que obedecen a los más variados motivos.

Cada vez que ello ocurría, la sociedad reclamaba a gritos una urgente respuesta del poder político; concretamente, mayor seguridad.

Ello se debía a que el fenómeno del secuestro de personas había adquirido por aquellos tiempos una relevancia excluyente que evidenció la necesidad de adoptar medidas sustanciales para prevenir y reprimir esa expresión delictiva (ABOSO, 2003:1231).

Erróneamente, más aún en nuestros días, existe la falsa creencia de que el aumento de las penas o la sanción de nuevas leyes penales puede detener o hacer desaparecer el delito cuando, históricamente, ha sido demostrado que ello no es así (ZAFFARONI, 2003:225/6).

Diferencias de las figuras de secuestro actualmente legisladas.

Tan pronto como se analiza la norma antes transcripta, puede advertirse que se verifica una relación de *especialidad* o *especificidad*, entre la aquí analizada y el delito previsto por el numeral 142 bis del elenco fondal (secuestro coactivo), circunstancia ésta que ha llevado a que en los anteproyectos de Reforma Integral al Código Penal de los años 2006 y 2013 sólo se dejara vigente una de ellas, la que contempla el secuestro coactivo, por cuanto exigir rescate por la liberación de una persona es lo mismo que exigir cualquier otra cosa, a cambio, claro está, de la restitución de la libertad ambulatoria del secuestrado.

Así ha sido entendido por la jurisprudencia al sostenerse que:

“...La conducta de quien priva ilegalmente de la libertad a otra persona, con el fin directo e inmediato de afectar la propiedad de la secuestrada y de sus hijos, mediante la obtención de un pago por la liberación de aquella, configura el delito tipificado en el artículo 170 del Código Penal, por ser más específico que el tipo genérico del artículo 142 bis del mismo cuerpo legal, pues el primero contiene elementos especificadores de lesión predominante al bien jurídico de la propiedad, aunque este perjuicio se logre por medio de vulnerar el bien jurídico de la libertad individual. Entre los artículos 142 bis y 170 del Código Penal media una relación de especialidad, que está dada sobre todo por la finalidad tenida en mira por el sujeto activo, la cual en los delitos contra la libertad personal resulta impulsada por la voluntad de obligar a la víctima, o a un tercero, a hacer o tolerar algo en contra de su voluntad, para obtener un lucro o beneficio -como el cobrar por hacer menos



gravosa la detención-, o hacer trabajar a la persona en provecho del agente o de un tercero (...), que sea totalmente ajeno al propósito que, en cambio, es específico del secuestro extorsivo prohibido por el artículo 170, cual es el de obtener rescate -precio o valor económico- por la liberación del rehén, afectando así la propiedad de éste o de un tercero... ”².

En efecto, secuestrar a una persona para exigirle el pago de rescate a cambio de su libertad, a ella o a otra, no es distinto a exigirle que haga algo en contra de su voluntad (ella misma u otra), pues además de lesionarse la libertad ambulatoria de la persona secuestrada, se afecta la libertad de autodeterminación de ella misma o de un tercero al exigirse el pago por su liberación, además de importar dicha conducta un ataque a la propiedad ajena (sea de la propia víctima del secuestro o de un tercero al que se le pide el rescate por la libertad de aquél).

Características del tipo penal que hacen a su denominación.

La particular redacción que el legislador ha dado a la figura legal sometida aquí a estudio (mediante la sanción de la ley 25.742/03) ha modificado sustancialmente el texto original y, consecuentemente, su estructura objetiva y subjetiva.

Así, resulta de importancia destacar esas connotaciones normativas a los efectos de su correcta interpretación a los fines de lograr un máximo respeto al principio de legalidad al momento de tipificar las conductas objeto de judicialización; por cuanto corresponde observar -en primer lugar- que de acuerdo a la forma de la descripción legal, estamos frente a un tipo penal cerrado en el que las conductas prohibidas por el legislador se hallan claramente individualizadas³ -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-, por cuanto la norma analizada contiene en su redacción la totalidad de las condiciones exigidas para la subsunción de las conductas juzgadas.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que de acuerdo a la forma en que se encuentra individualizado el pragma conflictivo (ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, 2000:417)⁴, estamos

² Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I, causa nº 44.283, “*Puccio, Arquímedes y otro*”, del 21/11/1995, en PJN intranet.

³ Primer conducta: secuestrar <<sustrayendo, reteniendo u ocultando>> y, segunda conducta: pedir rescate a cambio de la libertad privada.

⁴ “*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*”.



frente a un delito de resultado⁵, por cuanto la conducta básica prohibida por las normas (secuestrar) consisten en una consecuencia de lesión del bien jurídico primeramente tutelado (libertad ambulatoria), separado espacial y temporalmente de la conducta del autor (ROXIN, 2001:328). En este mismo sentido, y teniendo en cuenta el grado de afectación del bien jurídico exigido por la norma, también se trata de un delito de lesión⁶, esto, íntimamente vinculado a su clasificación como delitos 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 el caso, el pedido de rescate).

Al igual que cualquier delito contra la libertad (primer bien jurídico atacado mediante este delito) se trata de un 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 consumando (FONTAN BALESTRA, 1995:466).

En este sentido 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...”⁷.

Por demás importante resulta destacar, de igual manera, que de acuerdo a la forma en que las conductas están previstas por la norma, se trata de un delito de acción compuesta, de los denominados tipos o delitos complejos, toda vez que el tipo penal estudiado se caracteriza 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 indivisible (MUÑOZ CONDE – GARCÍA ARAN, 2000:292); siendo que esas acciones o conductas están previstas normativamente para ser llevadas a cabo por el agente de manera alternativa, por cuanto la realización de cualquiera de las típicamente previstas configura el injusto⁸, no resultando necesaria la ejecución de las mismas de forma

⁵ 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 (SILVESTRONI, 2004:228).

⁶ Existen quienes consideran este delito como de peligro, pues comienzan su análisis a partir del bien jurídico propiedad (DONNA, 2001:147), (VILLADA, 2004:25).

⁷ Tribunal Oral Criminal nº 7, “*Maldonado, José*”, sent. del 19-06-2001, en La Ley, 2002-B, 691.

⁸ Es un tipo penal casuístico alternativo “...todo aquél en que las hipótesis enunciadas se prevén una u otra y son, en cuanto a su valor, totalmente equivalentes...” (JIMÉNEZ DE ASUA, 1965:916).



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 tipicidad.

Finalmente, y a tenor de la cantidad de bienes jurídicos contenidos por las normas, tal como ya fuera señalado para los supuestos extorsivos antes analizados, se trato de un delito pluriofensivo, en razón de que las conductas contenidas en el tipo penal (al ser constitutivas -cada una de ellas- de delitos en forma autónoma), atacan dos bienes jurídicos diferentes: “libertad -ambulatoria-” y “propiedad”, correspondan o no a la misma persona.

De todo lo dicho y de la atenta lectura de la disposición legal sometida a comentario puede advertirse 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 misma (BETTIOL, 1965:549): primero ocurre un “secuestro” (no una simple privación ilegítima de libertad) y, luego, una extorsión; verificándose una conexión o concatenación -tanto objetiva como subjetiva- entre el delito medio y el delito fin.

De acuerdo al diccionario de la Lengua Española⁹, 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.

De la conjunción de las conductas -antes explicadas- que debe llevar a cabo el agente para cometer el delito estudiado surge sin posibilidad de equívoco alguno la denominación de *secuestro extorsivo* a la ha acudido la doctrina en general.

Así, la jurisprudencia ha definido al secuestro extorsivo como:

“...una privación de la libertad caracterizada por la finalidad del autor de sacar rescate, que se consuma como delito en el momento de privar de la libertad a una persona con el propósito de lograr una disposición patrimonial... ”¹⁰.

Aspecto objetivo de la figura penal.

Sujetos del delito.

⁹ Diccionario de la Lengua Española, Editorial Larousse, México, 1994, p. 599.

¹⁰ Tribunal de Casación, provincia de Bs. As., Sala II, causa nº 3.803, sentencia del 12-09-2002.



Si se tiene en cuenta la ausencia de exigencias en orden a las cualidades requeridas para poder asumir el rol de sujeto activo del delito, se debe concluir en que se trata el injusto estudiado de un *delito común* o *de titularidad indiferenciada*, puesto que cualquier persona puede llevar a cabo cualquiera de las conductas prohibidas por la norma; ello, más allá de llegar a tornarse aplicable alguna de las circunstancias agravantes específicas previstas por la disposición legal en caso de que el autor revista alguna cualidad especial.

Por su parte, si se tiene en cuenta que la norma abstracta no exige -en su modalidad básica- la concurrencia de personas para la realización de las conductas prohibidas, debe ser clasificado este delito como *individual*, 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 ilícito.

Por su parte, la exigencia de pagar el rescate para la liberación puede estar dirigida a la víctima del secuestro o a un tercero no privado de su libertad, siendo necesario poner de resalto que esa acción u omisión exigida debe ser realizada (por el destinatario) durante el tiempo de detención de la víctima¹¹; de lo contrario, si la exigencia se le hace a la víctima que se privó de libertad para ser cumplida una vez que recupere la misma, el delito es otro (CP., 168, 1º párrafo).

En este último caso, huelga decirlo, el delito no se multiplica, por lo que la obligación de pagar rescate a que se somete al tercero no adquiere autonomía propia, ya que dicha exigencia está prevista como elemento típico de la figura estudiada puesto que, como ya se señaló, se trata éste de un delito complejo y plurifensivo.

Por su parte, las figuras legales analizadas admiten tanto la coautoría como cualquier clase de participación (CP., 45/6), incluyéndose en esta afirmación al instigador o determinador¹².

Así, respecto de la posibilidad de admitir la coautoría en este tipo de delito, ha dicho la jurisprudencia que:

“Hay coautoría funcional entre los imputados si la mayoría de los intervenientes en las privaciones ilegales de la libertad, efectuadas por un grupo de presos durante un motín, se comprometieron con anterioridad al comienzo de

¹¹ Tribunal de Casación, provincia de Bs. As., Sala I, causa nº 2.929, sentencia del 13-11-2003; Sala III, causa nº 18.967, sentencia del 07/08/2007, entre otras.

¹² Tribunal de Casación, provincia de Bs. As., Sala I, causa nº 2.929, sentencia del 13-11-2003; Sala II, causa nº 10.271, sentencia del 07-10-2003, entre otras.



ejecución, con conocimiento previo de todas sus circunstancias de tiempo, modo y lugar y se dividieron la tarea a realizar... ”¹³.

Conductas típicas.

No puede comenzarse el análisis de la estructura típica del delito estudiado sin tener muy en claro que el legislador ha decidido castigar a quien lleve a cabo un conducta (o bien sustraer, o bien retener o bien ocultar) que lesione la libertad ambulatoria de una persona como medio para, luego, exigir el pago de un rescate a cambio de su liberación, con lo que se lesionan también la libertad de decisión y el patrimonio de quien deba cumplir la exigencia, además de la libertad ambulatoria del secuestrado.

A partir de lo señalado (en cuanto a que este delito es específico respecto del secuestro coactivo prohibido por el numeral 142 bis del elenco fondal) y teniendo en cuenta la muy particular redacción que presenta la disposición legal comentada, debe señalarse que no se trata de una figura agravada del delito previsto por el artículo 141 del elenco fondal (privación ilegítima de la libertad)¹⁴, sino que, debido a la estructura típica utilizada por el legislador, resulta ser un tipo penal autónomo¹⁵, especialmente porque la conducta prevista por el tipo básico antes enunciado y la prohibida por la figura estudiada son distintas, como así también los fines perseguidos por el autor (BUOMPADRE, 2000:523), (DONNA, 2001-1:145), (CREUS, 1985:48) y (CARAMUTI, 2009: 218).

En este mismo sentido ha sostenido la jurisprudencia 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 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... ”¹⁶.

¹³ Cámara de Garantías en lo Penal de Azul, causa “*Brandan Juárez y otros*”, sentencia del 13-04-2000, en La Ley, 2000-E-832.

¹⁴ En el mismo sentido, Tribunal de Casación, provincia de Bs. As., Sala I, causa nº 2.929, sentencia del 13-11-2003.

¹⁵ Es un tipo penal autónomo (o independiente) 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 (ROXIN, 2001:340).

¹⁶ Suprema Corte de Mendoza, Sala II, “*Fiscal c. Abdelhay Di Meglio, Diego Ernesto s/Casación*”, sentencia del 30-10-1992, en Lexis, nº 16/1029 y 16/1028.



Avanzando con el estudio propuesto, debe tenerse en cuenta -atento la diferencia apuntada respecto de la figura básica y este tipo penal autónomo- 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:

a. “*Sustrayendo*” con un fin o propósito determinado (pedir rescate 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 incapaces); obviamente, en contra de su voluntad. La conducta material comentada importa, necesariamente, que la víctima llegue a estar bajo el poder efectivo del agente¹⁷, es decir, debe verificarse una sujeción impeditiva del libre desplazamiento de la misma hacia los destinos que ella fije a su arbitrio en ese momento (DAMIANOVICH DE CERREDO, 2000:181).

b. 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 puede ocurrir, o bien en contra de su voluntad, o bien con desconocimiento del sujeto pasivo de la intención del autor (pues puede verificarse el supuesto en que a alguien se le restrinja su libertad aun ante su desconocimiento de tal circunstancia -ej., cuando se retiene a un menor sin que se de cuenta de ello para exigir rescate a algún familiar). Dicha restricción de la libertad debe ocurrir durante un lapso de tiempo más o menos prolongado.

c. Finalmente, la disposición legal comentada hace uso del verbo *ocultar* a la víctima cuya libertad ambulatoria ya ha sido restringida, lo que importa esconderla o hacerla desaparecer temporalmente de la vista de terceras personas (DONNA, 2001-1:146); ello, al menos mientras sea necesario para obtener la pretensión exigida.

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 sustraída (BUOMPADRE, 2000:523).

Corresponde rechazar dicha aseveración, dado que -tal como ya fuera expuesto- el tipo legal estudiado es un delito de acción compuesta y, dentro de estos, de los denominados *alternativos* (o

¹⁷ En el mismo sentido, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala III, “*Naso, Agustín*”, sentencia del 17-04-1990, en BCNCyC, 1990-2.



mixtos), ya que, no obstante enunciar la norma tres conductas, resulta suficiente que el autor realice sólo alguna de ellas para consumar el delito¹⁸, 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 voluntad¹⁹), 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 extorsivo ulteriormente, mediante la agregación de la exigencia de lo requerido por parte del agente, el rescate (SOLER, 1996:331).

Medios comisivos.

Cualquiera de las conductas típicas que configura el delito que viene siendo analizado pueden 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 a cambio el pago del rescate 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.

Empero, de acuerdo a la manera en que ha sido redactada la disposición legal comentada, lo que no puede faltar en el supuesto fáctico que se analice es la intimidación como medio para la obtención de la exigencia del rescate; esto es, llevar a cabo la solicitud de la exigencia haciéndole saber al destinatario que de ello depende la liberación de quien esté en cautiverio, pues esa sola

¹⁸ Con relación a este aspecto ha tenido oportunidad de referir la jurisprudencia que: “*La acción típica queda determinada por tres verbos que son alternativos entre sí -sustraer, retener u ocultar-, sin que sea necesario que una misma persona realice las tres acciones, las actuaciones de los coimputados se insertan, pues, en el marco de un plan delictivo común, en el que los tres tuvieron dominio del hecho en sus respectivos roles*” (Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, causa nº 6676, “Mansilla, Mariano Manuel y otros s/ Recurso de casación”, sentencia del 25/08/2006).

¹⁹ Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, Sala I, causa nº 35.977 “Rodríguez, S. y otro”, sentencia del 01/03/2004, en elDial-AA2092.



noticia ya constituye un medio idóneo para generar el miedo o temor en el destinatario, propio de la intimidación exigida como elemento típico.

Con ello se quiere 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 (general²⁰ o específica²¹), se deberán aplicar las disposiciones legales que correspondan, sea en forma individual, o bien, aplicando las reglas del concurso ideal (CP., 54)²².

Aspecto normativo relevante de la estructura típica del delito a los efectos de la escala penal aplicable: la obtención de lo exigido.

Tal como está redactada la norma motivo de estudio, el logro del propósito buscado por el agente (sacar rescate 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 la verificación de la finalidad perseguida por el autor (ya a nivel objetivo, esto es, al momento de llevar a cabo cualquiera de las conductas típicas) no significa que deba conseguirse dicho fin para que el tipo legal quede configurado (CREUS, 1995:49), (ODERIGO, 1965:245), sino que este delito se consuma en el preciso instante en que *se priva de libertad para*, dado que -como ya fuera señalado precedentemente- se trata de un delito instantáneo, pero de efectos permanentes.

Se vuelve a poner de resalto esta circunstancia debido a que si bien algunos autores consideran a este delito como de peligro -pues comienzan su análisis a partir del bien jurídico propiedad (DONNA, 2001-1:147), (VILLADA, 2004:25)-, se lo considera aquí como delito de resultado y de lesión, pues la materialidad infraccionaria se verifica al momento en que se sustraer, retiene u oculta a alguna persona *para*.

²⁰ Por ejemplo, CP., 41 bis, cuando se utilice un arma de fuego para lograr la reducción de la persona ofendida.

²¹ Por ejemplo, CP., 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 concurran en la comisión de la empresa delictiva tres o más personas.

²² Por ejemplo, si se le provocaren a la víctima lesiones leves (CP., 89).



De acuerdo con ello, el logro de lo exigido por el agente no constituye ni una circunstancia agravante²³ 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 los tipos legales.

Así ha sido resuelto por la jurisprudencia al precisarse que:

“...la obtención del rescate...en la figura del artículo 170 del CP., sólo interesa a los fines de la cuantificación de la pena...”²⁴

De acuerdo con ello, muy particular resulta ser la posición de quien afirmaba que cuando no se lograba el rescate solicitado (de acuerdo a la redacción del texto legal anterior a la reforma comentada) se trataba de un secuestro extorsivo simple; en tanto que, si lograba cobrarse el rescate solicitado a cambio de la liberación de la víctima la figura, se agravaba el monto mínimo de la pena prevista en abstracto (CHIESA, 1989:66), (DAMIANOVICH DE CERREDO, 1997:974).

Con sustento en las argumentaciones vertidas supra y las que contendrá el desarrollo del análisis de las distintas circunstancias agravantes específicas, ahora sí contenidas por la disposición legal, no pueden compartirse dichas afirmaciones. Se volverá sobre el tema al desarrollarse el punto 2.9.

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 específico (ODERIGO, 1965:246), 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, tal como ya fuera señalado al analizar la figura común de la extorsión.

De hecho, sobre esta cuestión (amen de ser fallos sobre el delito de secuestro coactivo, resultan de aplicación al caso) ha sostenido la jurisprudencia que:

²³ De opinión contraria Caramuti (2009:224); Chiesa (1989:66); Reinaldi (2004:138); Damianovich de Cerredo (2000:184) y Soler (1996:330), entre otros.

²⁴ Tribunal de Casación, provincia de Bs. As., Sala II, causa nº 3.803, sentencia del 12-09-2002.



“...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 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...*”²⁵.

“...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...*”²⁶.

Ya la descripción de la estructura típica del delito demuestra su naturaleza subjetiva dolosa, puesto que se hallan individualizadas las conductas típicas por la incorporación del resultado al curso causal iniciado y dominado por el sujeto (MIR PUIG, 1998:205), circunstancia que importa su efectivo conocimiento, 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: pedir una suma de dinero a cambio de la libertad del secuestrado.

Por su parte, este segundo actuar del agente, constitutivo de un ilícito independiente (extorsión), también debe ser imputable a título doloso, por lo se trata que de un delito -desde el aspecto subjetivo- en que se combinan dos tipicidades dolosas; esto es, la primer conducta (secuestro) es dolosa y la segunda conducta (extorsión) también.

Precisamente, con respecto a este segundo tramo de conducta, además del dolo, el delito comentado presenta un elemento subjetivo que lo acompaña, convirtiéndolo en un *delito de intención o de tendencia interna trascendente* (MEZGER, 1958:136). 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

²⁵ Superior Tribunal de Río Negro, “*Vallejos, Roberto y otro s/Privación ilegal de la libertad y extorsión s/Rec. Casación*”, sentencia del 24-09-1993, en *elDial-AXE3C*.

²⁶ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, “*Fiscal c. Abdelhay Di Meglio, Diego Ernesto s/Casación*”, sentencia del 30-10-1992, en Lexis, n° 16/1029 y 16/1028.



concrete el resultado perseguido por el autor como ultra intención (la obtención del cobro del rescate a cambio de la libertad).

Entonces, se considera aquí a este delito como mutilado de dos actos y no como un delito de intención de resultado cortado, 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 intervención²⁷.

De acuerdo a todo lo que viene señalándose, puede afirmarse que las normas analizadas exigen sustraer, retener u ocultar a una persona *con el fin de obligar a ella o a un tercero a pagar un rescate a cambio de su liberación*, por lo que se trata de un delito subjetivamente condicionado.

Así entonces, tratándose de un delito de privación de libertad ambulatoria dolosa, acompañada de un elemento subjetivo específico (ABRALDES – MAIULINI, 2000:1.433)²⁸ o ultra intención²⁹, no habría otra alternativa que admitir sólo el llamado dolo directo³⁰, rechazándose la posibilidad del denominado dolo eventual (BUOMPADRE, 2000:523)³¹.

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*³², realicen el pago del rescate (SANCINETTI, 2002:345).

²⁷ 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 el aquí analizado- 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).

²⁸ En contra, CHIESA, 1990:67.

²⁹ “...*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...*” (Tribunal de Casación, provincia de Bs. As., Sala II, causa nº 7.608, “Torres, Hugo Alberto y otros”, sentencia 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 Código Penal, Tribunal de Casación, provincia de Bs. As., Sala II, causa nº 3.906, “M.A.R. s/recurso de casación”, sentencia del 17-12-2002.

³⁰ Tribunal de Casación, provincia de Bs. As., Sala. I, causa nº 2.929, sentencia del 13-11-2003.

³¹ En contra, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, “López, Norberto”, sentencia del 21-12-1989, en La Ley, 1991-C, 272.

³² 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 2º 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



Por su parte, como ya fuera señalado, la exigencia de pagar rescate no significa que deba conseguirse el cumplimiento de la exigencia para que este tipo penal quede configurado³³, sino que el delito se consuma en el instante en que se priva de *libertad para* (DONNA, 2001-1:147), por lo que -tal como antes fuera explicado- se trata de un delito instantáneo, pero de efecto permanente y, a su vez, de intención incompleto o *mutilado 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 el pago del rescate) 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.

Consumación. Tentativa.

Ya ha sido debidamente explicado que al verificarse la privación ilegítima de la libertad (secuestro) con la finalidad prevista por la norma estudiada (pedir rescate), queda consumado el delito (MORENO, 1923:171; NÚÑEZ, 1989:274), más allá de que la segunda conducta (netamente extorsiva) 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 extorsiva 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 sustraе y luego oculta a una persona con el propósito de exigir rescate 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 libera a la víctima –vg., 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 del rescate, pero no del secuestro, por lo que deberá castigarse al sujeto (si es habido) por privación ilegítima de la libertad (CP., 141 o 142), si es que no se acredita la finalidad con que la restricción ambulatoria se llevó a cabo. De resultar ello posible, el delito a atribuir es el aquí estudiado.

Por el contrario, no podrá hablarse de desistimiento voluntario cuando el proceso ejecutivo del delito se hallaba perfeccionado, amen de entregarse voluntariamente el autor del injusto.

Así, ha dicho la jurisprudencia que:

privación ilegítima de la libertad, supuesto en que operarán las reglas del concurso de delitos.

³³ Tribunal de Casación, provincia de Bs. As., Sala I, causa nº 2.929, sentencia del 13-11-2003.



“...no media desistimiento voluntario en el delito de secuestro extorsivo si cuando el autor decidió informar al personal policial el lugar en el que se tenía retenida a la víctima, el hecho a él reprochado había ingresado en la etapa del camino al delito correspondiente a la consumación, en tanto aquél ya habría exigido el pago del rescate...No ha mediado un desistimiento voluntario en los términos del art. 43, si el autor decidió entregarse a los integrantes de la fuerza de seguridad por una circunstancia ajena a su voluntad, cual es que de la agenda que él había olvidado en el lugar en que aquéllos se encontraban iba a surgir, seguramente, la pista que lo pondría en evidencia, como autor del delito que se venía investigando. En definitiva, la actitud del acusado de entregarse al personal policial no fue tomada libremente, sino a consecuencia de que el hallazgo por parte del personal policial de la agenda que había olvidado lo iba a sindicar como autor del delito que se estaba pesquisando...El delito en estudio encuentra correcto encuadramiento en las previsiones del art. 170, párr. 1º, del Cód. Penal, toda vez que la solicitud de rescate es el elemento del tipo que en tanto propio de aquél, se halla ausente en la figura prevista en el art. 142 bis”³⁴.

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 -con la finalidad prevista por la ley- 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).

Debe aclararse aquí que para aquellos que sostienen -como ya se ha visto- que éste es un delito de peligro (porque toman en cuenta el bien jurídico propiedad), la consumación del injusto operará una vez que el autor pueda disponer del importe del rescate, pues si no llega a logar su disponibilidad, no habría consumación (BREGLIA ARIAS,2011:237).

En este tren de ideas, ha llegado a decir la jurisprudencia que:

“Configura extorsión en grado de tentativa en concurso ideal con privación ilegítima de la libertad (CP., 42, 168 y 142 inc. 1º) la conducta de quienes interceptaron a su víctima en la vía pública y la obligaron a subir al rodado en que se movilizaban y a comunicarse telefónicamente con sus familiares para que les entregaran una alta suma de dinero a cambio de su libertad...La extorsión queda en

³⁴ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala 1^a, causa nº 8.185, in re “Delea, H.”, sentencia del 20/10/2005.



grado de tentativa si al ingresar los autores a la vivienda de la víctima para cobrar el dinero exigido fueron detenidos por personal policial que se había presentado en el lugar luego de que los familiares de aquél denunciaran el hecho, con lo que evidentemente nunca tuvieron la disponibilidad del botín, impidiendo entonces que el delito se consumara...La privación de la libertad a la que fue sometida la víctima fue el medio idóneo para obtener el pago de la suma de dinero que se exigía, por lo que ambas figuras concursaron entre sí en forma ideal”³⁵.

No resulta dificultoso advertir el centro de la confusión en que incurrieron los sentenciados, pues sólo se tuvo en miras el bien jurídico propiedad, de acuerdo a las exigencias del tipo penal contenido en el numeral 168 del elenco sustancial, cuando, en realidad, el caso no es subsumible en el delito de extorsión, sino en el previsto por el artículo 170 de ese mismo cuerpo legal, dado que -según los fundamentos que se darán en el punto siguiente- se trata, el analizado, de un caso de los que se ha denominado *secuestro express*, o sea, un secuestro extorsivo en el que lo que no llegó a lograrse fue el propósito perseguido: cobro del rescate.

Por su parte, retomando la posibilidad de castigar la tentativa en este delito, para que se pueda imputar el secuestro en grado de conato 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, se estará verificando 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.

Ahora, para poder saber si -en el caso en concreto- se trata de una tentativa de secuestro extorsivo 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 solicitar un rescate, el hecho deberá subsumirse como tentativa de secuestro extorsivo.

³⁵ Tribunal Oral Criminal nº 17, causa “*Morales, D. B.*”, sentencia del 29/12/08, en Jurisprudencia Penal de Bs. As., 143-80.



Deben de tenerse muy en cuenta aquí, a los efectos de dar claridad al tópico tratado, las argumentaciones vertidas en el acápite inmediatamente anterior y recordar que el delito analizado es de aquellos denominados de *intención o de tendencia interna trascendente*. A su vez, y dentro de éstos, como *delito de intención incompleto o mutilado de dos actos*, por lo que, como ya se ha señalado, la realización de la primera conducta con mirar a llevar a cabo luego la segunda materializa el injusto, más allá de que el fin perseguido efectivamente se logre.

Supuestos en que se discute la aplicación de la norma comentada.

Si bien el objeto del presente trabajo se limita -exclusivamente- al análisis de la estructura típica del delito de secuestro extorsivo incorporado al Código Penal por la Ley 25.742, no pueden ignorarse, o pasarse por alto -mucho menos dejar de hacer al menos una breve referencia a su respecto- *modernas e ingeniosas* modalidades delictivas, cuya implementación por parte de la delincuencia han dado origen a una sensación generalizada de inseguridad, lo que -por su parte- ha sido el motivo del más ferviente de los reclamos sociales en pos de una mayor *seguridad social*. Concretamente, la alusión a la que se hace mención es respecto de los denominados a) *secuestro express*, b) *secuestro virtual* y c) *auto secuestro* (o secuestro simulado).

Corresponde entonces precisar y llevar a cabo un breve análisis de cada una de estas *novedosas* formas delictivas para determinar como deben resolverse, de acuerdo a todas las argumentaciones que vinieron exponiéndose hasta aquí, según el caso.

Secuestro Express.

Se ha denominado de esta forma a aquellos supuestos en que una o varias personas (generalmente, elegidas al azar) son retenidas (previa sustracción, o no) por un período de tiempo generalmente acotado, lapso temporal en el cual los delincuentes se comunican con algún familiar de la víctima para exigirle la entrega de dinero a cambio de la libertad del infortunado. Se trata de una modalidad delictiva ágil y rápida para obtener dinero en efectivo en forma casi inmediata: se restringe la libertad ambulatoria de una persona para exigirle la entrega de dinero a un tercero.

Con relación a este primer supuesto, se han verificado dos tipos de casos diferentes, a los que se ha denominado de la misma forma, aquellos en que una persona es abordada al disponerse a realizar una operación en un cajero automático y, generalmente, mediante intimidación con arma se le exige la entrega de todo el dinero que pueda sacar en ese momento a cambio de dejarlo salir sin



hacerle ningún tipo de daño, lo que no puede ser tipificado de ninguna otra manera que como un robo agravado por el uso de arma de fuego -debido a que la restricción a la libertad ambulatoria no excede la violencia (intimidación) propia del robo³⁶- (CP., 166 inciso 2º); o bien, aquél supuesto en que se *levanta* a una persona y se la lleva a recorrer todos los cajeros de donde pueda extraer dinero para liberarla una vez culminado el *paseo*. Lo mismo ocurre cuando, en el mismo supuesto descripto, es mantenida a bordo de un vehículo en movimiento mientras se espera que un familiar o allegado abone una suma de dinero para su liberación.

Es claro que en estos dos últimos supuestos se verifican casos claros de secuestro extorsivo (CP., 170), toda vez que la privación de la libertad ambulatoria de la víctima fue el *medio* para la obtención del propósito perseguido por el autor (pago del rescate a cambio de la liberación de la víctima ya privada de su libertad) y que dicha exigencia fue requerida para ser llevada a cabo *durante* el lapso de cautiverio del secuestrado, sea por él mismo o por un tercero.

Puede citarse jurisprudencia que ha determinado que, en casos como los comentados, se verifica una lesión al bien jurídico libertad que se prolonga más allá de lo estrictamente necesario para la facilitación, consumación o impunidad de un robo³⁷; o bien, que:

“...el haber retenido a la víctima dentro del auto en el que circulaban, luego de haberla desapoderado de sus efectos personales, con el propósito de garantizar que las claves de las tarjetas que les fueran requeridas resultaran ser las correctas para poder operar en los cajeros automáticos, corresponde a un segmento distinto del desapoderamiento efectuado, puesto que, sin perjuicio de la presencia de quien resultare damnificado, los imputados ya se encontraban en poder de disposición de los objetos sustraídos y podrían haberse alejado del lugar con éstos, no obstante lo cual prolongaron la privación de la libertad de las víctimas con el fin de obligarlas a darles las claves, encuadrando estas conductas en el artículo 142 bis inciso 1º del Código Penal... ”³⁸.

³⁶ Tribunal de Casación, provincia de Bs. As., Sala. II, causa nº 7.608, sentencia del 12-11-2002. Idéntico criterio, Tribunal Oral en lo Criminal nº 2 de Mar del Plata, causa nº 2.839 “*Cavallo, Carlos L. s/Robo doblemente agravado*”, sentencia del 22-11-2006.

³⁷ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, sentencia del 23/08/2002; Tribunal Oral en lo Criminal nº 2 de Mar del Plata, causa nº 2.887 (y acumuladas) “*Rondón, Cristian Daniel y otros s/ Robo doblemente agravado por su comisión en lugar poblado y en banda y por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no ha podido ser acreditada (3 hechos) y hurto de ganado mayor*”, sentencia del 18/04/2007.

³⁸ Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VI, “*Schmidt, Pablo*”, del 20/06/2002, en BCNCyC, 2002-2-101.



Por el contrario, están quienes piensan que se tratará -el supuesto comentado- de un robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con una privación ilegal de la libertad (MARTÍNEZ, 2003:104); pero dicha afirmación debe contar como presupuesto -necesariamente- que la exigencia de rescate tenga que ir dirigida a un tercero (no privado de su libertad) y que lo preponderante es tener en cuenta el bien jurídico contra el cual el agresor dirigió su comportamiento.

De admitirse esta consideración, debería afirmarse que la figura del secuestro extorsivo es un delito contra la propiedad (y que la afectación de la libertad ambulatoria de la -primera- víctima sólo sería relevante como elemento normativo del tipo) cuando, en realidad, se trata -como ya fuera apuntado- de un delito plurifensivo, que lesiona -al menos- dos bienes jurídicos, siendo el primero de ellos (libertad ambulatoria de la persona secuestrada) el más importante.

De acuerdo con ello y teniendo en cuenta que lo relevante es el tiempo de ejecución de la conducta, así como la finalidad que persigue el autor, no puede compartirse la postura comentada.

Secuestro virtual.

Se ha dado en llamar de esta forma a aquellos supuestos en que el agente exige a su víctima la entrega de dinero mediante intimidación sustentada en un engaño; esto es, se elige una persona (también, generalmente, al azar) a la que se le exige la entrega de una suma de dinero (que puede ser en efectivo o en valores equivalentes) a cambio de restituirle la libertad ambulatoria a algún pariente o amigo suyo que, en realidad, no se encuentra efectivamente secuestrado, he allí el engaño³⁹: se lesiona la libertad de autodeterminación de una persona, además de su propiedad, sin que exista afectación de libertad ambulatoria de persona alguna (SIMAZ, 2009:11/2⁴⁰).

En este caso, ninguna duda cabe de que no se materializa la conducta típica prohibida por la disposición legal objeto de análisis (CP., 170), por cuanto la subsunción legal que corresponderá otorgarle a la hipótesis delictiva antes planteada es la de extorsión (CP., 168)⁴¹.

Ello así por cuanto el agente exige a su víctima la entrega de dinero mediante intimidación sustentada en un engaño (tener *secuestrado* un familiar o allegado, a cambio de cuya liberación se exige el *rescate*). Como puede advertirse, jamás podría subsumirse legalmente este tipo de conductas en la figura legal estudiada porque no existe ninguna privación de libertad, sí -en cambio- la

³⁹ Fueron tan comunes y cotidianos estos casos durante los años 2004 y 2005 que dieron lugar a la sanción de la Resolución nº 36/2005 (art. 1º) de la Secretaría de Comunicaciones del Ministerio de Planificación Federal, de fecha 24/02/2005. B.O. 28-02-2005.

⁴⁰ Desarrolla el autor un análisis muy interesante del tema en función de un par de fallos cuidadosamente elegidos conforme el objetivo propuesto en el abordaje del tema.

⁴¹ En el mismo sentido, Cámara Nacional Civil y Comercial, Sala VI, causa nº 29.535, sentencia del 05/06/2006.



exigencia, con lo cual -como ya fuera adelantado- se lesionan la libertad de autodeterminación de una persona, además de su propiedad, sin que exista afectación de libertad ambulatoria de persona alguna.

Sobre este tópico ha dicho la jurisprudencia que:

“Las reiteradas comunicaciones telefónicas anónimas con la víctima, con el propósito de anunciarle el secuestro de un familiar, configuran el medio intimidatorio injusto, grave e idóneo en los términos del art. 168 del Cód. Penal, ya que las amenazas fueron urdidas apelando a circunstanciados detalles que se le transmitieran al sujeto pasivo y lo indujeran a un serio y lógico temor, al estar relacionado con su vida particular.

La modalidad escogida resulta objetivamente apta para poner en riesgo el bien jurídico “propiedad”, si, acudiendo a una estratagema para mostrar falsamente la lesión de otro bien jurídico tutelado por el Derecho Penal -libertad-, se provoca la alarma del sujeto pasivo ante la creencia de que se había secuestrado a un pariente, y compelerlo a aceptar las exigencias para un rescate de imposible concreción.

Es suficiente que la producción del mal amenazado luzca dependiente de la voluntad del sujeto activo, que verosímilmente pueda creer que está en poder del intimidante concretarlo.

Si bien el damnificado iba a realizar una disposición patrimonial que habría de perjudicarlo, motivado por un artificio de los autores, no se configura el delito de estafa, ya que ellos no lo indujeron a error, sino a una férrea compulsión, resultando su finalidad conformar una intimidación basada en la mentira y así obligarlo a la entrega del dinero”⁴².

Auto-secuestro (o secuestro simulado).

Se trata de aquellos casos en que alguien (con o sin colaboración de un tercero) se hace pasar por víctima de un secuestro con el propósito de exigirle a sus familiares una suma de dinero a cambio de su propia liberación: hay aquí lesión de la libertad de autodeterminación y de la propiedad del

⁴² Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, causa nº 26.034, “Fernández, Susana”, sentencia del 31/03/2005.



destinatario de la exigencia, en tanto que no existe afectación de la libertad ambulatoria de ninguna persona.

Los casos que caen dentro de esta última hipótesis no son otra cosa que una extorsión llevada a cabo por alguien que, aprovechándose del conocimiento de la víctima y de las circunstancias en las que opera, elige esta modalidad delictiva para procurarse la obtención de la finalidad que persigue, con la cual se procurará un beneficio dinerario en menoscabo de la propiedad ajena. Participa de esta opinión Villada (2004:21).

Por último, debe hacerse mención que con respecto a las dos últimas modalidades delictivas (el auto secuestro y el denominado secuestro virtual), podría llegar a pensarse que se trata, en realidad, de una forma de estafa (CP., 172)⁴³; empero, como dicha tipicidad se basa en el engaño (presente en estos casos) y no en la intimidación (la que, se supone, debe ser el motivo a partir del cual el destinatario de la exigencia la cumple), es que no resulta aplicable -a los ejemplos brindados- dicha disposición legal. De la misma opinión participa Simaz (2009:11/2).

Circunstancias agravantes.

Como introito del análisis de las circunstancias agravantes previstas por la norma motivo de estudio, se estima oportuno hacer una breve referencia a una vieja discusión doctrinaria en cuanto a la naturaleza de las mismas, para poder tomar posición 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 objetivas (BAIGUN, 1971:13).

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.

⁴³ En este sentido y en alusión exclusiva del *secuestro virtual*, Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, causa nº 26.034, sentencia del 31/03/2005.



Claramente nos explica Baigún (1971:14/5) 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, inmóvil; todo lo contrario, obedece a la ley de un permanente cambio, de un continuo movimiento de carácter dialéctico que hace que el fenómeno psíquico del sujeto cognosciente no sea imagen idéntica, espejada, 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-...”.

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 penal⁴⁴.

Es por estos fundamentos que se adhiere aquí 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 señalado (BAIGUN, 1971:22/4), y así deben ser analizados en el caso en concreto; ello, en estricto respeto al principio constitucional de legalidad⁴⁵ 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 condicionada (FERRAJOLI, 1995:95), toda vez que la certeza exigida en la letra de la ley garantiza su validez constitucional.

⁴⁴ Fórmula abstracta que conceptualiza una conducta humana.

⁴⁵ CN., 18, 19 y 75 inciso 22º; CADH., 9º; PIDCyP., 9º, e/o.



En definitiva, descartada la adjetivización que viene comentándose, 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.

En cuanto al objeto de estudio que aquí interesa, queda claro que las circunstancias que se pasarán 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 al mismo, según sea el caso.

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

De acuerdo a las características personales de la víctima, pueden agruparse en dos las diferentes condiciones que la misma puede presentarse frente al delito. Cuando ello efectivamente ocurra, esos agrupamientos pueden hacerse de la siguiente manera:

Supuesto de mujer embarazada, menor de 18 años de edad o mayor de 70 años de edad.

En orden a la descripción del enunciado, el delito sometido aquí a análisis se agrava cuando la víctima fuese una mujer embarazada, o un menor de 18 años de edad, o un sujeto 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, en cualquiera de los tres casos, aunque por distintas circunstancias fácticas, a saber:

a. Mujer embarazada: esta circunstancia agravante fue incorporada por la Ley 25.742 (que ya fuera motivo de comentario) y como dicha reforma legislativa operó en el sentido de que la disposición legal quedara redactada de manera idéntica a la del artículo 142 bis, también del elenco penal; en realidad, puede afirmarse que, el legislador, vino a reemplazar la agravación por la sola calidad de mujer de la víctima contenida en la única de esas normas que preveía circunstancias agravantes (CP., 142 bis).

En efecto, en el tristemente célebre caso de los denominados “doce apóstoles” (ocurrido en la Unidad Penal II de Sierra Chica, con motivo de un sangriento motín llevado a cabo por los internos), fue retenida una magistrado -quien fue secuestrada por detentar dicha condición y no por su sexo- por los internos durante el motín y toma del Penal con el propósito de obtener impunidad primero y luego mejoras concretas en la situación en la que estaban involucrados. Allí la Cámara de Garantías



en lo Penal de Azul consideró aplicable la norma comentada (CP., 142 bis, 2º párrafo, inciso 2º -texto anterior a ley 25.742-), cuando, en realidad, la jueza fue tomada en cautiverio en oportunidad de ir al lugar de los hechos frente a exigencia de los reclusos por su calidad funcional y no por su condición de género⁴⁶.

De acuerdo con ello, puede afirmarse que 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 feto (DONNA, 2004:17) y, por otro lado, ha recogido las críticas doctrinarias que cuestionaban seriamente la constitucionalidad de la figura, atento su notorio carácter discriminatorio (MARTINEZ, 2003:112).

b. Menor de 18 años: A los fines de legislar sobre esta circunstancia agravante se ha tomado en cuenta, necesariamente, 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 1º 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...”⁴⁷.

Se considera aquí que es éste el criterio con que debe interpretarse la norma analizada, puesto que el fundamento de la agravante específica comentada radica, como ya se dijo, en la menor posibilidad de defensa por parte de la víctima.

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

⁴⁶ Cámara de Garantías en lo Penal de Azul causa “*Brandan y otros*”, sentencia del 13-04-2000, en La Ley, 2000-E-832.

⁴⁷ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa nº 4.683, “*F.A., C.A. y otros*”, del 07/03/2005, en Lexis, 1/70018149-2.



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-) cuando la exigencia esté dirigida a otras personas (sus padres, tutores, cuidadores, etc.). Así lo sostiene, por ejemplo Martínez (2003:114).

Sin embargo, se reitera, el fundamento de la agravante radica en el mayor estado de indefensión que presenta la víctima (del secuestro) elegida, por lo que la interpretación correcta -según se considera aquí- es la primeramente señalada.

c. Mayor de 70 años: Ha venido aquí la nueva ley a agregar el otro extremo erario de la población, agravando la conducta restrictiva de libertad (secuestro) con finalidad 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 -C.Civil, 25 a 27-). 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.

A ello debe agregarse que dicha modificación legal encuentra correlato en el resto del ordenamiento positivo, pues setenta años es la edad tomada por la ley⁴⁸ para admitir la prisión domiciliaria, dado que, se presume, a esa edad la persona puede vivenciar mayor sufrimiento o padecimiento físico y/o psíquico producto del deterioro que ocasiona el paso de los años.

La nota característica que presentan en común todas las severizantes analizadas es que en cada uno de esos 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 autor (DONNA, 2001-1:149; QUINTANO RIPOLLES, 1997:753, e/o), circunstancia que debe ser conocida y procurada por el agente para valerse de la misma.

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 22º) sobre la mayor *protección* que debe otorgar la ley a determinadas

⁴⁸ CP., 10; Ley 24.660, 33 y Ley 12.256, 19.



personas o, mejor dicho, a las circunstancias en que esas personas se encuentran al momento de sufrir un delito⁴⁹.

Supuesto de persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.

El fundamento de esta agravante viene 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 sana (DONNA, 2004:18), 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.

Términos como *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, como la psíquica o 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 (si bien el caso es respecto del artículo 142 bis, resulta aplicable al caso comentado), que:

*“...El tipo penal previsto en el art. 142 bis, inc. 1º 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 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...”*⁵⁰.

⁴⁹ 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, 6º.5; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 11, inciso 2º, d y 12 inciso 2º. En cuanto a los niños: Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, , VII, Declaración Universal de Derechos Humanos, 6º.5, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 24.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 4º inciso 5º y 19, Convención sobre los Derechos del Niño, 1. Respecto de los ancianos: Convención Americana sobre Derechos Humanos, 4º inciso 5º.

⁵⁰ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala IV, causa nº 4.683, “F.A., C.A. y otros”, del 07/03/2005, en Lexis, 1/70018149-2.



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.

Por último, y común a las severizantes que se vienen comentando, es necesario destacar que, desde el aspecto subjetivo, es imprescindible 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, o bien, que pague el rescate).

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

Tal como está redactada la norma, 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 para exigir un rescate a cambio de su liberación; 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-, debe destacarse el criterio de Donna (2004:18) en cuanto a que la circunstancia calificante alcanza también a aquellos casos de adopción.

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* siempre, claro está, que sean acreditadas fehacientemente en el caso en concreto.

En este caso, al igual que como ocurre en el delito de homicidio agravado por el vínculo (CP., 80 inciso 1º), 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 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. Sobre este punto no hay controversias en la doctrina.

En definitiva, debe resaltarse que 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 (en cualquiera de los supuestos estudiados).

Por la calidad del agente (inciso 5º).

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, 4º 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 2º y “Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública”, nº 25.188, artículo 1º)⁵¹, a partir de lo cual, queda claro que el análisis de esta norma debe 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 este delito 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.

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

⁵¹ Como ya fuera señalado, sobre el contenido y alcance que debe darse -en derecho penal- al concepto de funcionario público, ver CONTI-SAUMELL, 2007:28/34.



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"*⁵².

Si se toma en cuenta todo lo hasta aquí señalado, debe advertirse que sólo podrá aplicarse la figura agravada cuando, además de revestir el agente la calidad de funcionario o empleado público, éste se haya valido 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 intervenientes (inciso 6º).

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

El fundamento de esta circunstancia agravante específica radica en castigar más severamente a quienes toman la precaución de aunar sus voluntades con una finalidad delictiva común, decisión que los coloca -obviamente- 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- (DONNA, 2004:20); por lo que quedan fuera de la agravante los instigadores -que intervengan antes de la ejecución del suceso- y los partícipes (secundarios) 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.

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

⁵² Ver Antecedentes Parlamentarios, Ley 25.742, en La Ley, julio de 2003, nº 6, p. 1.216.



Al analizar esta figura penal, 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, debe sostenerse que se trata -en realidad- de tipos penales de *acción compuesta, de los denominados tipos penales complejos*; dado que -tal como ya fuera referido con anterioridad- el mismo se caracteriza por la concurrencia de dos conductas, cada una -individualmente- constitutiva de un delito (BETTIOL, 1965:549) en forma autónoma (MUÑOZ CONDE – GARCÍA ARAN, 2000:296), 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-* (WOLTER, 1984:113).

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, sostiene el autor citado, puede decirse que *la imputación objetiva se basa, pues, en una imputación personal e individual del riesgo* (1984:114).

En base a estas consideraciones, debe observarse que en el primer caso (CP., 170, inciso 3º), el ilícito se integra con un secuestro extorsivo, por un lado, y la causación de lesiones -graves o gravísimas- (lesión al bien jurídico incolumidad de la persona humana⁵³), por el otro (CP., 90/1), resultado que -por su parte- deberá poder ser imputado al agente (indefectiblemente) a título doloso.

En el segundo caso (CP., 170, 3º párrafo), el tipo penal se compone de un secuestro extorsivo, por un lado, y de un homicidio imprudente (afectación del bien jurídico vida humana⁵⁴) 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 extorsivo, por un lado, y por un homicidio doloso (afectación del bien jurídico vida humana), por el otro (CP., 170, 4º párrafo).

⁵³ Sobre el alcance y la extensión del concepto de este bien jurídico (CONTI, 2006:133).

⁵⁴ Sobre el alcance y la extensión del concepto de vida -como bien jurídico- (CONTI, 2009-2:213/25).



Como correlato de lo expuesto, y a partir de la correspondencia exacta que debe verificarse entre los aspectos objetivo y subjetivo, desde éste último, estas figuras legales deben clasificarse como delitos calificados por el resultado⁵⁵, 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 con esta legislación deben subsumirse en dicha disposición legal se resolverían, de manera adecuada -a la luz de los principios constitucionales de culpabilidad y legalidad- con las referidas reglas concursales.

Corresponde ahora pasar a analizar las particularidades que pueden presentar cada una de estas tres circunstancias que agravan (por el resultado) a un secuestro extorsivo.

Secuestro extorsivo agravado por el resultado lesiones (CP., 170 inc. 3º).

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 la norma excepciona el concurso de dos delitos dolosos o de un delito doloso y otro imprudente.

De acuerdo a las argumentaciones vertidas precedentemente, ninguna duda pueda haber de que debe tratarse de lesiones dolosas⁵⁶; 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, debe de hacérselo a partir del principio constitucional de máxima

⁵⁵ Se entiende aquí 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 (CONTI, 2006:40). 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).*” (HIRSCH, 2000:299).

⁵⁶ 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 interpretativa⁵⁷, por lo cual corresponde acudir a esta última alternativa; en virtud de lo cual, debe entenderse 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 se trata -la aquí estudiada- de una figura legal que excepciona 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 aparece como *razonable* la escala penal prevista -en abstracto- por la norma.

Secuestro extorsivo agravado por el resultado *muerte de la persona ofendida*.

Las otras dos circunstancias agravantes específicas que califican al delito de secuestro extorsivo por el resultado se refieren a la muerte de la persona secuestrada, previéndose específicamente cuando la misma sea imputable al autor a título de imprudencia, en el primer caso, o a título doloso, en el segundo de ellos. Lo que puede afirmarse es 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 (Ley 25.742) en orden al aspecto subjetivo que debía verificarse respecto de la muerte ocurrida durante un secuestro (antes de la reforma, el coactivo), ya que el delito de secuestro extorsivo no contemplaba (como agravante) la posibilidad de muerte de la persona ofendida (SANCINETTI, 2002:959).

Conforme a ello, puede afirmarse que -en el primer caso- se trata de un delito doloso seguido de otro delito imprudente, mientras que, en el segundo supuesto, tanto el hecho base (secuestro) como el resultado final (muerte) deben ser dos delitos dolosos.

a. En el primer caso (CP., 170, 3º párrafo), 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

⁵⁷ 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 descripta 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, 1995:93). 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 – HORMAZÁBAL MALARÉE, 1997:81).



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 al tipo penal estudiado, dado que la muerte (que es imprudente) no constituye aquí la concreción del riesgo creado por el delito ejecutado por los autores, por lo que correspondería aplicar lo normado por el artículo 84 del Código Penal en concurso ideal con la figura delictiva motivo de estudio.

Como se advierte, se trata de un supuesto en que no se verificaría conexión de tipo alguno entre el delito base (secuestro) y el resultado (muerte), ni objetiva ni subjetiva (SANCINETTI, 2002:1033/4).

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 culpabilidad (*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 tipicidad (PEREZ BARBERA, 2000:224/6).

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 se hará referencia), por cuanto antes de la sanción de la ley que ha dado lugar a esta *nueva* norma, 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 autor (NUÑEZ, 1989:151), (DONNA, 2001-1:151), (ESER – BURKHARDT, 1995:124)⁵⁸.

Si, por ejemplo, un sujeto secuestra a una persona con fines extorsivos y luego la oculta en el sótano de su vivienda para poder gestionar la obtención del pago de rescate, 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.

⁵⁸ Sostienen los autores citados en último término que “...la cualificación del resultado se debe haber producido al menos de forma culposa”.



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

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 había colgado sin el debido cuidado, provocándole la muerte, por cuanto dicho obrar negligente del secuestrador no guarda ninguna relación con el secuestro⁵⁹.

De acuerdo con todo lo señalado, en los supuestos en que no se verifique esa conexión causal entre el hecho base y el resultado, deben de aplicarse las reglas del concurso real.

Por su parte, no puede dejar de advertirse que, de acuerdo a las pautas interpretativas dadas, las 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, debe de observarse que de acudirse a su aplicación, la escala penal debería ser de cinco a quince años en el supuesto del concurso ideal (CP., 54, 84 y 170), y de cinco a veinte años en el caso del concurso material (CP., 55, 84 y 170); pues se tratará de la comisión del delito de secuestro extorsivo 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.

Como consecuencia de ello, se debe advertir aquí que 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. 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, por los mismos fundamentos antes brindados, deberán aplicarse las reglas del concurso.

⁵⁹ De opinión contraria (REINALDI, 2004:138), por cuanto, a partir de un ejemplo similar al aquí utilizado, concluye en que el resultado deviene como *preterintencional* (¿?).



Con respecto a esta exigencia de acreditación de la conexión (objetiva y subjetiva) entre el secuestro y la muerte, debe recordarse 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 típico (ROMERO, 1999:83) y que, a su vez, esté comprendido en la estructura de un tipo legal.

En este tren de análisis, debe observarse que la expresión *querida* ahora utilizada por el legislador en el párrafo comentado, 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, no siendo el criterio aquí sostenido) a título de dolo eventual, 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, puede tomarse como ejemplo el caso en que una o varias personas secuestren a otra con fines extorsivos 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 libertad⁶⁰, situación ante la cual sus cuidadores se verán compelidos a matarlo en resguardo de sus vidas, 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)⁶¹ y deslindada, por otra parte, la posibilidad de atribuir la muerte conforme lo normado 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 delitos⁶², pero *nunca* la disposición legal que se viene 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 de la figura penal estudiada.

⁶⁰ Ello es factible puesto que, como ya fuera expuesto, se trata el caso estudiado de un delito de efectos permanentes.

⁶¹ Pues a ellos no los ampara (en ninguno de estos casos) la legítima defensa (CP., 34 inciso 6º “a contrario”).

⁶² Entre una privación ilegítima de libertad o secuestro (depende la finalidad perseguida por el autor) y un homicidio agravado por alevosía.



Atenuante.

La ley 25.742 introdujo como reforma en la norma penal que viene siendo comentada (CP., 170), 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.

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 cobro del rescate por parte de la víctima o de 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.

Puede tomarse 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 el cobro por su rescate, 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 rescate por su liberación; en tanto que el tercer sujeto (el que obra como vigilador de la víctima del cautiverio), 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 efectuado el pago del rescate.

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 impune⁶³, mucho menos la de los otros dos que estaban gestionando el cobro del rescate.

En definitiva, puede concluirse en que el fundamento real de esta circunstancia aminorante de la penalidad viene dado en que, al momento de procurarse la 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, evidentemente y según el criterio expuesto, fundamentan la reducción de la escala penal aplicable al caso.

⁶³ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, “*Delea, Héctor*”, sentencia del 20-10-2005.



Jurisdicción competente ¿ordinaria o de excepción?

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 el ilícito que aquí se está analizando. En virtud de ello, se intentará aquí desbrozar si este delito encuadra dentro de las excepciones de competencia contenidas en el artículo 3, inciso 5º de la Ley 48.

Ello así, corresponde la trascipción 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 competa 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 transcripto 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, de acuerdo al criterio aquí sustentado, es otro muy distinto.

En este sentido, bien ha sostenido la jurisprudencia que la previsión del inciso 5º del artículo 3º 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 instituciones⁶⁴.

En la misma dirección se ha expedido el máximo organismo jurisdiccional nacional al decir que las causas en las que se imputa la comisión del ilícito previsto en la disposición legal a la que se viene aludiendo, debe tramitar, en primer término, ante la justicia federal, sin perjuicio de la competencia ordinaria en los casos en los se revele inequívoca y fehacientemente que los hechos

⁶⁴ Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III causa nº 539 (nº Presidencia 5240) “O., P. C. s/ *recurso de casación*”, fallo del 14/10/2003



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 instituciones⁶⁵.

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 ha sido 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 triten 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 justicia⁶⁶, 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, se considera aquí que en los casos en los que la declaración de incompetencia sea procesalmente tardía -colisionando contra una de las máximas garantías que debe 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 22º) consagra el derecho a ser juzgado sin demoras indebidas, es que se refuerza la idea antes expuesta de que el fuero federal debe -necesariamente- ser de excepción.

Por demás elocuente resulta ser la opinión de Clariá Olmedo (1945:167/8) 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*

⁶⁵ Fallos 306:434; 290:362; 293:483; 293:183; 300:490; 318:53; 324:1627

⁶⁶ Lo que violentaría los derechos estatuidos en el artículo 6.1 del Convenio de Roma, en el artículo 7º párrafo 5º 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.



Estado, con lo que debe restársele importancia al lugar de comisión, al autor, a la víctima o a cualquier otra situación.

En este sentido se ha expedido en varias ocasiones el Tribunal de Casación Penal bonaerense.

Así, ha dicho que:

“...En los delitos de carácter permanente -como lo es el secuestro extorsivo- no hay razón de principio que imponga decidir a favor de la competencia de alguno de los jueces en el ámbito de cuyas jurisdiccionales se ha desarrollado la acción delictiva, por lo que son determinantes para resolver el punto, consideraciones de economía y conveniencia procesal (conforme CSJN.); por lo que corresponde que la causa tramite ante los órganos jurisdiccionales con sede en la investigación preliminar... ”⁶⁷.

También fue clara la Corte Suprema de Justicia al dictar sentencia en la causa seguida a Mario E. Firmenich, en cuanto refirió que:

“...Los delitos de homicidio y secuestro extorsivo, más allá de los móviles subjetivos políticos o revolucionarios que intente invocar en su defensa el recurrente, son delitos comunes contra la vida y el patrimonio, que aparecen totalmente desvinculados de los delitos objetivamente políticos y de cualquier justificación basada en la resistencia a la opresión... ”⁶⁸.

Análisis aparte merece el fallo dictado por nuestro máximo organismo jurisdiccional de competencia nacional en la conocida causa del secuestro del joven Axel Damián Blumberg⁶⁹.

En esa oportunidad nuestro más Alto Tribunal hizo suyos los fundamentos del Procurador Fiscal de la Nación al decir:

- *“...refuerzan la opinión de este Ministerio Público respecto a la competencia del fuero de excepción en la materia, toda vez que el trabajo mancomunado realizado por la Unidad Fiscal Especial Móvil para la Investigación de Secuestros Extorsivos... permitió comprobar la conexión entre diversos hechos, perpetrados en distintas jurisdicciones y finalmente atribuidos a la misma banda armada... ”.*

⁶⁷ Voto del Dr Borinsky en causa TC0003 LP 28520 RSD-174-8 S 21-2-2008

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Fallos 312: 1262 – DJ 1989-2, 639

⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Fallos 329:373, DJ 05-04/2006, 902 – JA 2006- II, 104



- “...también debe valorarse, en este aspecto, el carácter *inter jurisdiccional* que revestía la actividad ilícita, ya que los imputados habrían buscado refugio en otras provincias, lugares donde también realizaron inversiones con el dinero proveniente de los botines, o buscaron hacerlo...”.
- “...en caso de existir, al momento de los sucesos, una inequívoca relación entre el hecho investigado y el entorpecimiento del legítimo ejercicio de funciones de índole federal, deben ser investigados por la justicia de excepción por ser de aquellos que corrompen el buen servicio de los empleados de la Nación (Fallos: 319:1672 y sus citas)...”.
- “...debemos ponderar la reciente doctrina del Tribunal que establece que en los casos de pluralidad de movimientos voluntarios que responden a un plan común... o un único complot delictivo...es a los tribunales federales que conocen de los delitos propios de su competencia analizar la conducta delictiva en su totalidad, ello atendiendo a la necesidad de que su investigación quede a cargo de un único magistrado...”.

Como se advierte, y sin perjuicio de haber dictaminado a favor de la competencia de excepción, la Corte Suprema de Justicia Nacional, se ha sustentado 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, se sostiene aquí que las conductas que deban ser subsumidas legalmente en la figura penal estudiada debe 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 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 cautiva a la víctima del ilícito previsto en el artículo 170 del catálogo penal.

Textualmente, luego de la modificación, 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 alguna 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 olvidar, como ya fuera adelantado 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 que -por este motivo- 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 se han esbozado los fundamentos que dieron sustento a esta modificación legal, se considera aquí que con ello no resulta suficiente poder justificar la reforma en cuestión.

A pesar de ello, se reitera aquí 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...”⁷⁰.

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

⁷⁰ Causa n° 1.624, caratulada “Campos Pareja, Eduardo Manuel y otros”, sentencia del 28/05/2007.



ello y teniendo en cuenta que siquiera fue solicitado su comiso por el Fiscal de juicio, se considera que no es aplicable el artículo 23, párrafo 6º del Código Penal... ”⁷¹.

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 (en el marco del ilícito estudiado, según artículo 170 del Código Penal), 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 tipificado en el artículo 170 del Código fondal.

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 damnificado 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 delictivo⁷².

Al fin de cuentas, a modo de conclusión sobre el tópico, podemos sostener dos conclusiones que resultan -según lo expuesto- sumamente claras: en primer lugar, 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 y, por otro lado, 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.

⁷¹ Causa n° 1.586, caratulada “Gómez, Abel Segundo y otros”, Sentencia del 04/03/2008.

⁷² 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, nº 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, nº 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*, 2^a 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*, 2^a edición actualizada por Víctor F. Reinaldi, Marcos Lerner, Córdoba, Argentina, 1999.

ODERIGO, Mario, *Código Penal anotado*, 3^a 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*, 2^a edición, Meditarránea, 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., *Ánalisis Crítico del caso Cabezas, T II: "El Juicio"*, Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2002.

SANCINETTI, Marcelo en *Ánalisis 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, Berd, *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 carníbero responsable)*, en “¿Más Derecho?”, Di Plácido, 2003/III, Buenos Aires, Argentina.