

COLEGIO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

DOBLE GRADO EN DERECHO Y ADE

Trabajo Fin de GRADO



**DELITOS CONTRA LA LIBERTAD DE
MOVIMIENTOS: ESPECIAL MENCIÓN AL
DELITO DE SECUESTRO**

**¿Se puede condenar a una persona por la muerte de
otra si no se llega a encontrar su cuerpo?**

Autor: Sebastián de Erice Álvarez-Mendizábal, Rocío

Tutor: Sáenz de Pipaón del Rosal, Leyre

Madrid, diciembre de 2020

ABREVIATURAS	3
1. INTRODUCCIÓN	4
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO DE SECUESTRO	5
3. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL.....	6
3.1. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS.....	6
3.2. ELEMENTOS OBJETIVOS	7
3.2.1. Sujeto Activo.....	7
3.2.2. Sujeto Pasivo.....	8
3.2.3. Conducta típica	8
3.3. ELEMENTO SUBJETIVO	11
3.4. ANTIJURICIDAD: CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	12
3.5. TIPOS ATENUADOS	14
3.6. TIPOS AGRAVADOS	15
4. CASOS RELEVANTES	16
4.1. CASO “EL NANI”	16
4.2. CASO PUBLIO CORDÓN.....	21
4.3. CASO MARTA DEL CASTILLO.....	23
5. CONCLUSIONES	27
BIBLIOGRAFÍA.....	29
LEGISLACIÓN.....	29
SENTENCIAS.....	29
OBRAS DOCTRINALES.....	29
ANEXOS.....	32

ABREVIATURAS

Art/s.	Artículo/s
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
P.e.	Por ejemplo
TS	Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

Me considero una persona inquieta y curiosa, acostumbrada a preguntarme el porqué de todo a diario. Desde pequeña, siempre me han llamado mucho la atención las noticias jurídicas transmitidas en los distintos medios de comunicación, principalmente, todas aquellas relacionadas con la criminología.

Es por ello que decidí estudiar el Doble Grado en Derecho y ADE, con el fin de poder dar respuesta con los conocimientos adquiridos a todas aquellas inquietudes surgidas a lo largo de mi vida.

En concreto, siempre he tenido un especial interés por los distintos temas polémicos en los que se tuviera que decidir lo “justo”, ya no solo desde el punto de vista moral sino también desde el jurídico. Por ello, a lo largo de la carrera hemos ido dando respuesta a la pregunta que se nos ha inculcado a muchos desde pequeños en nuestra educación: ¿Verdaderamente el hombre es bueno por naturaleza?

La elección de este tema para desarrollar mi Trabajo de Fin de Grado desde un principio fue fácil, ya que gracias a mis profesores Doña Leyre Sáenz de Pipaón, Doña Beatriz Escudero y Don Manuel Marchena en sus clases de Derecho Penal, han despertado en mí unas ganas inmensas de dar respuesta a esta pregunta que tantas veces ha rondado en mis pensamientos.

Tuve claro centrarme en el delito de secuestro ya que se comete en todas partes del mundo y de forma asidua. Además, por suerte o por desgracia, se está volviendo un tema tabú debido a su gran polémica.

Se recoge en el artículo (en adelante, art.) 17.1 de la Constitución Española (en adelante, CE): “Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley.”¹

Si verdaderamente el hombre es bueno por naturaleza, ¿por qué se dan casos en los que se llega a privar a otros de su derecho a la libertad y seguridad? Y, siendo cierto que esto ha ocurrido y a día de hoy sigue ocurriendo, ¿cómo deberíamos calificarlo? Y

¹ Art.17.1, CE de 29 de diciembre de 1978.

si, además de cometerse un delito, tal y como es el de secuestro que he planteado, no llegara a encontrarse el cuerpo del sujeto pasivo ¿Se podría condenar al sujeto activo por su muerte calificando los hechos como un secuestro?

A lo largo de esta investigación, llevaré a cabo un análisis exhaustivo de esta última cuestión planteada, centrándome -en un primer lugar- en el delito de secuestro en sí y terminando con tres casos reales de gran relevancia que representan a la perfección esta gran polémica: Caso “El Nani”, Caso Publio Cordón y Caso Marta del Castillo.

Estos casos, calificados de forma distinta por los tribunales sentenciadores, reúnen el mismo requisito: los cuerpos de los sujetos pasivos nunca fueron hallados.

Me gustaría agradecer de nuevo a mis profesores, previamente mencionados, el haberme enseñado el Derecho Penal que hasta día de hoy conozco. Sobre todo, me gustaría agradecer a mi tutora, Doña Leyre Sáenz de Pipaón, el haberme brindado esta gran oportunidad para poder ahondar aún más sobre este tema que despierta en mí tantas curiosidades y que, sin duda alguna, estoy segura de que podré aumentar mis conocimientos de esta materia gracias a esta investigación.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO DE SECUESTRO

Para poder comenzar a analizar el delito de secuestro propuesto, previamente debemos estudiar su calificación vigente, así como la evolución histórica de esta.

El origen del delito de secuestro se encuentra en el Código Penal (en adelante, CP) de 1848 bajo el título denominado “Delitos contra la libertad y seguridad”.

Su regulación vigente se encuentra en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. Es en el Título VI del Libro II donde se encuentran los arts. 163-168 CP² denominados “Delitos contra la libertad”. Esta regulación supuso completar el anterior CP de 1973 e incluir expresamente la denominación del delito de secuestro del art.164 CP, definiéndolo como aquella acción de privación de libertad, por la que se exige una condición para poner en libertad al sujeto pasivo, siendo castigada con una pena de prisión de 6 a 10 años. Ahora bien, si el secuestro durara más de quince días, se impondrá la pena superior en grado, mientras que, si se diera libertad al sujeto pasivo

² Anexo I. Segundo.

dentro de los tres primeros días de su detención, entonces se impondrá la pena inferior en grado.

Posteriormente, tras la reforma del 1 de julio de 2015, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se modificaron los arts. 166 y 167 CP de 1995.

La regulación del art.166 CP fue modificada estableciendo que en aquellos casos en los que se den delitos contra la libertad y no se llegara a hallar el cuerpo del sujeto pasivo, es decir, que se diera una desaparición, el sujeto activo será castigado con una pena de 10 a 15 años de prisión en el caso de la detención ilegal, y de 15 a 20 años en los casos de secuestro. Además, si se dieran las circunstancias de que la víctima fuera menor de edad o discapacitada o si el autor hubiera llevado a cabo los delitos con la intención de atentar contra la libertad o indemnidad sexual del sujeto pasivo, entonces el sujeto activo será castigado con pena de 15 a 20 años de prisión si nos encontrásemos ante una detención ilegal y de 20 a 25 años en el caso de secuestro.

La tipificación del art. 167 CP es modificada en cuanto si el sujeto activo que llevara a cabo la acción fuera la autoridad o funcionario público, entonces se le condenaría en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

3. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL

3.1. BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

MARTIÑÓN CANO, G define “el bien jurídico como criterio para determinar la dañosidad social”, sosteniendo que “el derecho, en términos genéricos, es uno de los mecanismos de control social que busca hacer posible la convivencia humana a través de normas jurídicas”.³

En este sentido, entendemos que el derecho se encarga de regular todos aquellos comportamientos delictivos que atentan contra la esfera de los derechos fundamentales y, por consiguiente, contra la protección de los individuos. En mi opinión, tal y como anteriormente he expuesto, en muchas ocasiones el ser humano se ve vulnerado por otros, y entonces podríamos afirmar en este sentido que el hombre no es bueno por naturaleza en cuanto a que la presión social e interna le lleve a atentar contra los bienes jurídicos protegidos de la víctima. En el delito de secuestro,

³ Martiñón Cano, G. *El delito de secuestro*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pág. 47.

se ve afectado el derecho fundamental de la libertad recogido en el art.17.1 CE en cuanto se de la situación de privar a alguna persona de su libertad y seguridad, mediante el impedimento de dejarle hacer lo que quiera, o hacer que haga algo que por el contrario no quiera y entonces se vea vulnerada su convivencia humana.

Por tanto, los bienes jurídicos merecedores de protección penal, son los siguientes: la libertad ambulatoria, la libertad de obrar y la libertad de querer.

En un primer lugar, en el caso de que se atente contra la libertad de una persona de poder decidir donde ir, o de poder abandonar un lugar, y que por consiguiente se le impida, nos encontraríamos ante la perturbación de la libertad ambulatoria.

En un segundo lugar, la libertad de obrar consiste en permitir a una persona realizar sus acciones y llevarlas adelante sin que éstas se vean obstaculizadas.

En tercer lugar, la libertad de querer es aquella que permite a un individuo decidir sobre sus acciones presentes o futuras, sin que su voluntad esté determinada por el querer de otros sujetos o fuerzas extrañas a su voluntad.

Además, en el caso de que se pidiera una condición para la liberación del sujeto pasivo, factor indispensable para que hablemos del delito de secuestro, y esta fuera de carácter económico, por ejemplo (en adelante, p.e.) en el caso de que se pidiera un rescate, se estaría vulnerando su esfera patrimonial, por lo que cabría señalar que otro bien jurídico protegido en este caso sería el del patrimonio.

3.2. ELEMENTOS OBJETIVOS

3.2.1. Sujeto Activo

Al encontrarnos ante un delito común, el sujeto activo de la acción es aquella/s persona/s que lleven a cabo el delito de secuestro, es decir, podrá ser cualquier persona. Viene definido desde el CP de 1870 como aquellos particulares que privasen de la libertad del sujeto pasivo.

Puede darse también la situación de que la autoridad o funcionario público que actuase como mero particular, fuera de los casos establecidos en la ley, y privando de la libertad del sujeto pasivo, pasara a convertirse en el sujeto activo. Se entiende como funcionario aquel que opera en función pública en un sentido amplio. En cuanto se tratara de este caso, nos encontraríamos entonces ante el art.167 CP, y se le

condenaría al sujeto activo en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la superior en grado.

3.2.2. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo, es aquella persona que recibe la acción o el titular del bien jurídico vulnerado. También conocido como la víctima del delito, puede ser cualquiera. Esto incluye a aquellos menores e incapaces, incluso a quienes se les vea afectada su capacidad ambulatoria, basta con que sean desplazados en contra de su voluntad. En el caso de menores e incapaces se exige actuar en contra de la voluntad de sus tutores legales.

LUZÓN CUESTA, J.M. explica que “se cometen tantos delitos como sujetos pasivos haya, no siendo posible el delito continuado ni el delito de masa, por tratarse de bienes individualizados y personalísimos”.⁴ Personalmente, defiendo totalmente esta postura. El sujeto pasivo no deja de ser una persona libre por naturaleza, digno de protección de sus bienes jurídicos. Por tanto, en cuanto se vea dañada su esfera de derechos fundamentales, se atenderá a tantos delitos cometidos como víctimas existan, no siendo posible la existencia del delito continuado tal y como ocurriría p.e. en un delito de estafa donde deciden querellarse varios sujetos pasivos al infringirse el mismo precepto penal.

3.2.3. Conducta típica

SERRANO GÓMEZ, A. en su definición de conducta típica de secuestro establece lo siguiente: “la conducta típica consiste en encerrar o detener a una persona exigiendo una condición para ponerla en libertad”.⁵ Por consiguiente, la consumación del delito se produce en el instante en que se exige para su liberación una condición a cambio.

Sin embargo, es interesante destacar que únicamente se consuma el delito cuando la condición llega al conocimiento de quien la tiene que cumplir, sin importar el cumplimiento de esta o la liberación del secuestrado.

⁴ Luzón Cuesta, J.M., Luzón Cánovas, A. y Luzón Cánovas, M. *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: Dykinson, 2019. Pág.89.

⁵ Serrano Gómez, A., Serrano Maíllo, A., Serrano Tárraga, M.A. y Vázquez González, C. *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*. Madrid: Dykinson, 2016. Pág. 103.

Destacamos dos elementos característicos dentro de esta definición de conducta típica del delito de secuestro y que serán a continuación objeto de estudio: encerrar o detener y condición.

En un primer lugar, la conducta con la que se consigue privar de libertad al sujeto pasivo será mediante la acción de encerrar o detener.

Nos encontramos pues, ante dos situaciones:

1. El encierro: equivalente a situar a una persona en un lugar no abierto, mueble o inmueble, manteniéndole allí contra su voluntad y por ende, impidiendo su salida.
2. La detención: caracterizada por la aprehensión de una persona a la que se le priva de la facultad de alejarse de un espacio abierto mediante el empleo tanto de fuerza física como psíquica (atándola, golpeándola, etc.) privándole de su libertad ambulatoria. Se diferencia principalmente respecto del encierro en que la detención es necesaria que se lleve a cabo en lugares abiertos bajo el empleo de violencia física o psíquica, mientras que el encierro su lugar característico para llevarlo a cabo sería en un lugar cerrado no siendo necesario el empleo de violencia.

SERRANO GÓMEZ, A. establece que tanto el “encierro como la detención tienen que realizarse en contra de la voluntad de la víctima, el consentimiento de la víctima excluye la tipicidad, siempre que sea anterior o simultáneo a la detención o encierro, al ser la libertad un bien de carácter individual disponible por su titular. El consentimiento otorgado después de la detención es irrelevante, pues el delito ya se habría consumado”.⁶

En ambos casos el resultado es el mismo: la privación de libertad ambulatoria, es decir, eliminar o quitar la potestad del sujeto pasivo de poder desplazarse libremente, en contra de su voluntad. Sin embargo, es indiferente el tipo de medios utilizados para ello o si se realizó por acción u omisión. Además, se sostiene que para que la detención sea típicamente relevante, se requiere cierta duración o permanencia.

⁶ Serrano Gómez, A., Serrano Maíllo, A., Serrano Tárraga, M.A. y Vázquez González, C. op. cit, pág. 94.

En un segundo lugar, y factor característico del delito de secuestro, con cuya realización le distingue de las detenciones ilegales será el factor de exigir una condición como requisito indispensable para poner en libertad al sujeto pasivo.

Una de las principales características de la condición radica en que puede ser exigida por cualquier miembro de los sujetos activos en cuanto se diera el caso de que fueran varios, siempre bajo el consentimiento de todo el grupo, en el sentido de exigir el cumplimiento de cualquier condición acordada, a cambio de liberar el sujeto pasivo.

Además, no existe límite establecido en la condición, por lo que puede ser exigida tanto a favor del propio sujeto activo como de terceros, así como que se podrá ofertar lo que se quisiera, sin tener que coincidir con la liberación de la víctima.

Esta condición puede consistir en el clásico rescate, así como una condición de naturaleza económica o de cualquier clase, ya sea lícita o ilícita. Simplemente se exige que sea siempre de posible cumplimiento.

Cabe destacar que el momento en que puede ser exigida la condición comprenderá posteriormente a la privación de libertad y siempre antes a la puesta en libertad, en caso de que se llegara a dar.

Por el contrario, si no se llegara a dar la liberación del sujeto pasivo, nos encontraríamos ante la circunstancia distintiva del art.166 CP, en cuanto se refiere al factor de no dar razón del paradero del sujeto pasivo y, por consiguiente, nunca existiría una puesta en libertad de la víctima. La conducta típica será en este caso la acción de la desaparición física de la víctima, que ha suscitado numerosas polémicas de calificación a lo largo de la historia esta controvertida circunstancia.

En mi opinión, resulta problemática esta situación en lo que se refiere a las situaciones hipotéticas en que se hubiera dejado en libertad a la víctima y entonces, ya no se encontrara encerrada o detenida a costa del sujeto activo, y sin embargo se diera la desaparición.

En estos casos no se le podría imputar la desaparición de la víctima al mantenerse oculto su paradero, partiendo del *principio in dubio pro reo*, es decir, “en caso de duda, a favor del reo”. Se traduce que en el que en caso de que existan dudas sobre el hecho se interpretarán a favor del acusado, por tanto, se partiría de la presunción de inocencia y no se podría condenar al sujeto activo por ello. Nos encontraríamos

entonces ya no ante un delito de secuestro sino de sospecha tal y como yo personalmente defendería a raíz de lo sostenido previamente pero que verdaderamente en muchos casos se omite esta presunción de inocencia y se califica como supuesto agravado del delito.

Así, LANDROVE DÍAZ, G. sostiene que “el espectro del delito de sospecha sigue lamentablemente presente en el tipo cualificado contenido en el art. 166, en la medida en que se agrava la sanción de la detención ilegal o secuestro, simplemente, por el hecho de no dar el autor del delito la razón del paradero de la persona por él privada de libertad”.⁷ A pesar de encontrarnos ante un delito de sospecha defendido en base a la presunción de inocencia, el factor de la desaparición de la víctima recogido en el art. 166, opera como una agravante de los tipos de detención ilegal y secuestro, castigado así el sujeto pasivo con la pena a la superior en grado.

3.3. ELEMENTO SUBJETIVO

SERRANO GÓMEZ, A. define el delito de secuestro como “un delito doloso, que no admite la comisión con dolo eventual”.⁸ Por consiguiente, establece el dolo como elemento subjetivo del delito de secuestro.

Paralelamente, LANDROVE DÍAZ, G. define el dolo de la siguiente manera: “El dolo abarca, consecuentemente, la conciencia y voluntad de llevar a cabo una privación de libertad prohibida por la ley”⁹, entendiéndolo como la conciencia y voluntad del sujeto activo para llevar a cabo una acción contraria a la buena fe.

Tal y como hemos estudiado anteriormente en la conducta típica, el delito de secuestro se compone de dos elementos esenciales y que con su ejecución se consume el delito: por un lado, la privación de libertad, y por otro, la exigencia del cumplimiento de una condición. Es por ello que podemos afirmar que nos encontramos ante un doble dolo, en cuanto el sujeto activo lleve a cabo estos dos elementos esenciales siempre de manera dolosa, es decir, que tenga la conciencia y voluntad de querer privar de la libertad al sujeto pasivo y que además exija una condición para su libertad también bajo su conciencia y voluntad. En mi opinión, me parece fundamental el

⁷ Landrove Díaz, G (1999) *Detenciones ilegales y secuestros*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. Pág.185.

⁸ Serrano Gómez, A., Serrano Maíllo, A., Serrano Tárraga, M.A. y Vázquez González, C. op. cit, pág. 103.

⁹ Landrove Díaz, G. op. cit, pág. 65.

análisis del tipo subjetivo en el tipo penal, en cuanto considero que para la consumación del delito es indispensable la existencia del dolo. Una persona para cometer el delito de secuestro, tiene que ser plenamente consciente y querer llevarlo a cabo, no basta con la intencionalidad. El dolo permanece siempre presente en esta acción no como p.e. sucedería en otros delitos, ya sea en el hipotético caso que te acusaran de un robo mientras estabas en un supermercado y sin querer te llevaste un objeto sin pagar y puedes alegar que verdaderamente no te habías dado cuenta de ello.

3.4. ANTIJURICIDAD: CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

La antijuricidad puede definirse desde el punto de vista formal, como aquellos comportamientos y conductas punibles, es decir, contrarios al ordenamiento jurídico; mientras que, desde el punto de vista material, se define como todo comportamiento y conductas que lesionen los bienes jurídicos previamente mencionados.

Es cierto que, tal y como define MARTIÑÓN CANO, G. : “en la antijuricidad se cumple el principio de regla-excepción, en el sentido de que por regla general toda conducta típica es antijurídica salvo que concurra alguna causa de justificación que autorice la realización del tipo”.¹⁰ En mi opinión, estoy de acuerdo que, en determinadas ocasiones, donde concurran ciertas circunstancias de fuerza mayor, te ves obligado a llevar a cabo dichas acciones que, en un primer momento, serían antijurídicas pero -al concurrir una causa de justificación- convierten el hecho en jurídico. Como p.e. puede ser el caso que entren a robar en tu casa y para que no te ataque el ladrón, decides encerrarle en un cuarto como acto de protección, también podríamos hablar de la legítima defensa, exigiéndole la condición de que no se lleve nada a cambio de su libertad. Nos encontraríamos ante una causa de justificación ya que aún estando privado de libertad el ladrón y exigiendo para su liberación una condición, se han llevado a cabo dichas acciones por haber recibido previamente un ataque contra nuestra propiedad e incluso nuestra propia integridad física.

Por lo tanto, existen una serie de causas de justificación en el delito de secuestro, por las que se excluiría la antijuricidad. Estas vienen recogidas en el art. 20 CP, definidas como exenciones de responsabilidad criminal, y son las siguientes:

¹⁰ Martiñón Cano, G. op. cit, pág. 161.

1. La legítima defensa: conocida también como aquel acto de protección que se lleva a cabo tras haber recibido previamente un ataque ilegítimo. Viene recogida en el art. 20.4 CP, en el que se enuncia que podrá ser una causa de justificación siempre que se “obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos”¹¹, y bajo la condición de que se den los casos de agresión ilegítima, es decir, cualquier ataque a los bienes jurídicos o derechos del sujeto pasivo; que sea necesariamente racional para impedir o repeler la agresión, en cuanto suponga una necesidad ante dicha reacción defensiva; y por último, y no menos importante, por falta de provocación suficiente por parte del defensor, entendida como aquella situación carente de provocación o motivación con el fin de originar la agresión.
2. El estado de necesidad: viene recogido en el art. 20.5 CP, donde se establecen una serie de requisitos para que se cumpla el estado de necesidad: en un primer lugar, es necesario que se de una situación de necesidad. Esta es definida por COLLAZOS SOTO, M. como “aquella situación en la que existe, para un determinado bien jurídico, el peligro de su quebranto de forma grave, que únicamente puede ser evitado mediante el sacrificio de bienes jurídicos ajenos”.¹² En segundo lugar, se establece la necesidad de que exista un interés preponderante así como que sea una acción justificada a la hora de tener en cuenta la importancia de los bienes en conflicto y estableciendo por ello como requisito “que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar”.¹³ Además, se exige una falta de provocación, tal y como hemos analizado previamente en la legítima defensa, estableciendo que nunca podrá ser originada intencionalmente la situación de necesidad por la víctima. Por último, se da una ausencia de sacrificio, en cuanto se define “que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.¹⁴

Tras haber definido las dos primeras causas de justificación podemos encontrar cierta similitud entre ambas definiciones. Sin embargo, en CARLOS FELIPE LAW FIRM se establece que “la principal diferencia entre legítima

¹¹ ART. 20.4, LO 10/1995, de 23 de noviembre.

¹² Collazos Soto, M. “Derecho Penal I. Causas de justificación”. *UMU*, 2006.

¹³ Art. 20.5.1º, LO 10/1995, de 23 de noviembre.

¹⁴ Art. 20.5.3º, LO 10/1995, de 23 de noviembre.

defensa y estado de necesidad, radica en que en la primera, el ordenamiento jurídico otorga la potestad de defenderse de un peligro eminente frente a su agresor, lo cual motiva a diversos autores a otorgarle el carácter de un estado de necesidad privilegiado; en cambio, en el estado de necesidad, se permite lesionar o transgredir los intereses de otra persona que no ha realizado ninguna agresión, siempre y cuando el interés protegido tenga mayor relevancia que el daño que se pretende ocasionar al otro individuo, lo cual desde la época de Carrara sirvió de base para advertir a la primera como una reacción, y a la segunda como una acción.”¹⁵

3. El cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: tal y como se recoge en el art.20.7 CP, se entiende que en algunos casos, existen distintas profesiones en las que se puede proceder a llevar a cabo ciertas conductas lesivas. Se considerarán causas de justificación siempre que estén amparadas por nuestro ordenamiento jurídico y por consiguiente, se entiendan conformes al Derecho.

Otra de las causas de justificación pero que no viene recogida en el art. 20 CP podría consistir en el consentimiento del sujeto pasivo. Para que sea efectivo y que el consentimiento se considere válido y por ende, causa de justificación, se contempla que es necesario que: la víctima se considere hábil, disponga de sus plenas facultades, siendo perfectamente consciente y que ostente plena capacidad de obrar, es decir, no se admitiría en caso de que fuera menor o incapaz; exista una plena libertad a la hora de emitirlo y por último, que no se de ningún comportamiento forzoso por parte del sujeto activo para su emisión.

3.5. TIPOS ATENUADOS¹⁶

Una vez analizado el tipo básico del delito de secuestro, cabe destacar que existen una serie de circunstancias y que en caso de darse estas, cabría el tipo atenuado del delito en los siguientes artículos:

¹⁵ Carlos Felipe Law Firm. “Estado de necesidad Como Causa De Justificación”. Cf. *Abogados*, 2020.

¹⁶ Anexo I. Segundo.

1. Art. 163.2 CP: si el sujeto activo liberara al sujeto pasivo a los tres días sin conseguir su objetivo, entonces se daría el tipo atenuado de poder imponer la pena inferior en grado.
2. Art. 168 CP: si se diera la provocación, conspiración, y proposición para que se cometan los delitos de secuestro y detención ilegal, se castigaría al sujeto activo con la pena inferior en uno o dos grados, dependiendo del delito contra la libertad de que se trate.

3.6. TIPOS AGRAVADOS¹⁷

Estas situaciones vienen recogidas en los siguientes arts:

1. Art. 163.3 CP: en los casos de secuestro en los que el encierro o detención duraran más de quince días, se impondrá la pena superior en grado.
2. Art. 165 CP: si se diera la ejecución con simulación, es decir, si los respectivos delitos contra la libertad se llevaran a cabo con la simulación de autoridad o funcionario, o si la víctima se tratara de un menor de edad o incapaz, entonces nos encontraríamos ante un tipo agravado por el que se impondrá una pena en la mitad superior de los respectivos arts. 163 y 164 CP.
3. Art. 166 CP: siendo este nuestro art. objeto de estudio, se considera como tipo agravado de los delitos contra la libertad, ante la negación del sujeto activo de dar razón del paradero de la víctima. Si consistiera en una detención ilegal, el sujeto activo será castigado con una pena de prisión de 10 a 15 años; mientras que, si fuera un delito de secuestro, la pena de prisión sería de 15 a 20 años.
Por otro lado, si se dieran alguna de las siguientes circunstancias, en el caso de la detención ilegal se impondría una pena de prisión de 15 a 20 años, y en el secuestro de 20 a 25 años: si la víctima fuera menor de edad o discapacitada o si el autor hubiera llevado a cabo la acción con la intención de atentar tanto contra la libertad de la víctima como de su indemnidad sexual.
4. Art. 167 CP: si el sujeto activo fuera la autoridad o funcionario público quien cometiera el delito, y actuara entonces contra la ley, se impondrá la pena de prisión que consistiera el tipo básico del delito, en su mitad superior y pudiendo

¹⁷ Anexo I. Segundo.

incluso llegar hasta la superior en grado, junto con la inhabilitación absoluta de 8 a 12 años.

4. CASOS RELEVANTES

Una vez analizado teóricamente el delito de secuestro, nos adentramos a dar respuesta a la pregunta planteada: ¿Se puede condenar a una persona por la muerte de otra si no se llega a encontrar su cuerpo?

A lo largo de la historia se han dado numerosos casos de delitos de secuestros, en los que, tal y como hemos definido anteriormente, se privaba de la libertad ambulatoria del sujeto pasivo, y además se exigía una condición para su liberación.

Sin embargo, otros muchos de ellos coincidían en que, finalmente no se hallaba el cuerpo del sujeto pasivo, delito tipificado en el art. 166 CP como supuesto agravado de los delitos contra la libertad.

Son en los siguientes casos de estudio donde ocurría este factor y que aún dándose las mismas circunstancias finales no se les acusó a los sujetos activos del mismo delito, donde, en mi opinión, deberían haber sido acusados por delito de sospecha, tal y como anteriormente hemos podido analizar en la conducta típica del delito y no por los delitos por los cuales fueron condenados. Consecuentemente, opino que el art. 166 CP debería ser un caso en el que se planteara su posible inconstitucionalidad, como muchos autores han podido defender, debido a darse una vulneración de la presunción de inocencia.

4.1. CASO “EL NANI”

1. Fundamentos de Hecho¹⁸

Santiago Corella Ruiz, también conocido como “El Nani”, nació el 12 de enero de 1954 en Auñón, Guadalajara. En los años 60 se trasladó a Madrid donde comenzó a trabajar con tan solo 11 años, debido a que su padre les abandonó en su infancia, y ya fue por aquel entonces cuando comenzó su trayectoria criminal. En mi opinión, este factor pudo ser clave para que comenzara a adentrarse en la delincuencia. No le

¹⁸ Rada, J. “El Nani, el ladrón de la policía: ni apareció su cadáver torturado ni los 40 kilos de oro.” *El Español*, 2 de octubre de 2016.

justifico, pero sí puede ser un reflejo de cómo el hombre es bueno por naturaleza pero que cuando se dan ciertas inducciones sociales, como es en este caso, el abandono de su padre, lo que provocó su quebrantamiento y que decidiera escoger el camino fácil: comenzar a delinquir para conseguir dinero fácil y así poder mantener a su familia. Sin embargo, considero que este hecho ha podido desarrollar en él ciertas conductas como respuesta a semejante situación, que, en mi opinión, también podría haber supuesto un punto de inflexión en su vida, en el que tomara el camino honrado, y hubiera decidido esforzarse trabajando para conseguir la manutención familiar.

Siendo aún menor de edad, contrajo matrimonio con Soledad Montero con quien posteriormente tuvo dos hijos. A los pocos años y tras cumplir la mayoría de edad, ingresó en prisión por primera vez por el robo de un supermercado y el atropello en su huida del policía Victoriano Gutiérrez Lobo, quien años más tarde fue condenado por la desaparición de “El Nani” con pena de cárcel de casi 30 años.

Tras su salida de prisión, comenzó a colaborar con un grupo de miembros de la policía corruptos quienes formaron un grupo mafioso de más de una treintena de miembros dedicado al robo y la extorsión, especialmente con el fin de atracar joyerías. Consistía pues en una mafia policíaca que contactaba con distintos delincuentes y expresidarios para que llevaran a cabo las distintas acciones delictivas, es decir, planeaban el atraco y encargaban posteriormente a estos delincuentes comunes que lo ejecutaran. En aquellos casos de éxito, los policías corruptos eran quienes se quedaban con la gran parte de lo robado. Llegaron incluso a terminar con la vida de diferentes testigos que pudieran sacar a la luz todo lo que estaba ocurriendo en la sombra durante la transición española de por aquel entonces.

Además de esta banda de policías corruptos, cabe destacar a un conocido joyero de Santander, Francisco Venero Herrero, quien durante varios años se convirtió en un claro confidente de la policía, facilitándoles todo tipo de información útil como los distintos lugares y horarios, objeto de atraco y distintas armas para llevar a cabo los robos. Una vez cometidos los atracos, en los que nunca eran detenidos los delincuentes, este joyero procedía a fundir todo lo robado para posteriormente transformarlo en lingotes y ponerlo en venta con el resto de las piezas. El beneficio que se obtuviera era repartido entre el joyero y los policías corruptos, no obteniendo casi recompensa los ladrones que llevaban a cabo dichos atracos.

Tras varios exitosos golpes llevados a cabo por “El Nani”, fue en su tercer atraco por encargo en el que tuvo lugar en Valladolid, donde consiguió robar 48 kilos de oro en una joyería del municipio vallisoletano de Benafarces. De esta cantidad, simplemente entregó al joyero Venero 8 kilos, ocultando el resto con la ayuda de su compinche Ezequiel Gutiérrez Echevarría cerca de la joyería atracada, para poder venderlo posteriormente sin poder levantar sospechas.

Al poco tiempo de este suceso, este joyero cómplice organizó un autogolpe en su propia joyería, habiendo contratado previamente un seguro a todo riesgo, en el que “El Nani” y su banda llevaron a cabo un atraco mientras supuestamente se encontraba actuando como perista de un cliente al que robaron un valioso lote de joyas anteriormente robado en Holanda. Posteriormente, reconoció el joyero que se trataba de una simulación que llevó a cabo por haber sufrido fuertes presiones por parte de los policías Antonio Caro y Miguel Bercianos para así poder detener a “El Nani” y su banda y conseguir los 40 kilos de oro restantes que se encontraban escondidos.

El 12 de noviembre de 1981, “El Nani”, ingresó en prisión donde le interrogaron para conocer el lugar donde se hallaba el oro escondido. Finalmente, confesó que se encontraba cerca del lugar donde se llevó a cabo el atraco en Valladolid. Sin embargo, tras una profunda búsqueda por parte de esta banda de policías corruptos, nunca se llegó a encontrar el oro. Supuestamente, fue su compinche Gutiérrez Echevarría quien aprovechó el ingreso en prisión de “El Nani” para robar el oro y huir. Aún así, sigue sin poder confirmarse la veracidad de este hecho.

Tras la victoria electoral socialista, se ordenó que se pusiera fin a esta situación que se estaba dando en la sombra. Fue el nuevo ministro del Interior, José Barrionuevo, quien ordenó que se tomaran las medidas para poder terminar con dicha banda corrupta, pero los que llevaban a cabo estas detenciones, eran precisamente los grupos antiatracos de Madrid, Santander y Bilbao, quienes formaban parte del grupo mafioso. Por ello, raramente se conseguía recuperar lo robado.

En agosto de 1983, tras salir de prisión, Venero le propuso llevar a cabo un nuevo atraco en la joyería madrileña de Payber, situada en el barrio de Lavapiés de Madrid, sin embargo, fue el propio “Nani” quien se echó para atrás y no aceptó llevar a cabo el atraco sugerido. Aún así, el robo se llevó a cabo y además de robar casi seis millones

de pesetas, mataron al dueño, Pablo Perea Ballesteros. El único testigo del robo, Juan Sánchez Gómez, empleado de la joyería, acusó a “El Nani” del robo tras señalarle en unas fotografías que le mostraron sin rueda de reconocimiento, las cuales años más tarde salió a la luz que en ellas solo aparecía “El Nani”.

Tras esta acusación, el 13 de noviembre de 1983 esta banda de miembros de la policía mafiosos interrumpe en su casa inculpándole por el crimen del joyero y le dirigieron hacia los calabozos de la Dirección General de Seguridad junto con su mujer y sus hermanas. Lo último que se supo y que sus familiares testigos pudieron retractar fue cómo los policías preguntaban a gritos mientras le torturaban: “Canta, Nani, canta”, “¿Dónde está el oro?”, “¿Dónde está el colorao?”¹⁹

Hacia la una de la madrugada, testificó Javier Folner cómo en la Puerta del Sol varios agentes sacaron al detenido a rastras y totalmente herido, cubierto con un mono azul metálico. Le dirigían hacia un descampado situado junto a la carretera que une Canillejas y Vicálvaro. Estos agentes resultaron ser Francisco Javier Fernández Álvarez, Victoriano Gutiérrez Lobo, El Guti y Francisco Aguilar González. Allí, Santiago Corella consiguió escapar, sin embargo, nunca más se obtuvo noticias sobre su paradero.

Tras varios meses, finalmente la esposa y hermanas de Santiago Corella, pudieron sacar a la luz la verdadera historia del caso. Fue Andrés Martínez Arrieta, titular del Juzgado número 4 de Madrid, quien declaró la imposibilidad de la fuga por parte de “El Nani” ante la tortura previamente recibida y probada, por lo que concluyó que la víctima murió en comisaría. Venero, en un primer momento, denunció a esta mafia policial y confesó que murió de un infarto mientras le estaban interrogando y que posteriormente procedieron a enterrarlo en aquel descampado. Sin embargo, cinco años más tarde, modificó sus declaraciones acerca del paradero del cuerpo del sujeto pasivo, indicando esta vez que se encontraba en la finca cordobesa localizada en Campo del Alto del vizconde de los Palacios de Valduerna, Jaime Messía Figueroa. Ambos lugares fueron rastreados y sin embargo nunca se halló el cuerpo de “El Nani”.

Finalmente, se les condenó a penas superiores a 29 años por delitos continuados de falsedad y detención ilegal con desaparición forzada al comisario Fernández Álvarez y a los inspectores Gutiérrez Lobo y Aguilar González, los sujetos activos que interrogaron

¹⁹ Ortega, S. “¿Dónde está ‘El Nani’? 35 años de una desaparición más que misteriosa”. *La Vanguardia*, 13 de noviembre de 2018.

a “El Nani” y que posteriormente le condujeron al descampado donde no se obtuvo nunca más noticias de su paradero.

Posteriormente, en 1996, el juez de Primera Instancia número 65 de Madrid, debido al transcurso de más de diez años desde la desaparición, declaró el fallecimiento legal de “El Nani”. Años más tarde, en 2010, el controvertido letrado Rodríguez Menéndez, llegó incluso a reconocer que “El Nani” salió muerto de los calabozos y que posteriormente fue enterrado en Córdoba. Sin embargo, nunca llevó a resolverse el caso.

Se cumplen ya más de 30 años desde su desaparición y sin embargo sigue sin hallarse el cuerpo de la víctima. En mi opinión, este caso tan controvertido sirvió para sacar a la luz esta mafia policiaca que tantos delitos estaban cometiendo en la sombra y que, a raíz de la muerte y desaparición de Santiago Corella, pudo conocerse la verdad sobre la situación de antaño en donde no se daban los suficientes mecanismos de control como los actuales. Actualmente, sigue sin encontrarse su cadáver, y sin él, no se puede condenar por asesinato a los sujetos pasivos. Su desaparición fue de las más polémicas y uno de los casos más controvertidos que ocurrieron durante la Transición y que aún sigue sin poder resolverse.

2. Fundamentos de Derecho

Este caso supuso un gran escándalo debido a que todo el proceso se fundamentó en mentiras, llegando incluso a falsificar las firmas y la declaración de fallecimiento de Santiago Corella en los libros del calabozo. Todo ello cometido en manos de funcionarios públicos, lo que agrava aún más los hechos cometidos.

Es importante destacar que la regulación vigente de cuando se produjeron los hechos consistía en el CP de 1973. Consecuentemente, y con todas las pruebas expuestas, podemos plantear que nos encontramos ante un caso de detención ilegal con desaparición forzosa y otro delito de falsedad. Por un lado, se dispone de todos aquellos documentos falsificados y todo lo relativo a la veracidad de sus testimonios y por otro, por todo lo que supusieron las actuaciones llevadas a cabo aquella noche del 13 de noviembre de 1983, en cuanto que los sujetos activos irrumpieron en casa de la víctima, deteniéndole ilegalmente y posteriormente sin hallar el paradero del mismo.

Sí que es cierto que contemplaría la opción de que existiera una detención ilegal por las pruebas expuestas si se hubieran dado las circunstancias del tipo básico, es decir, si se le hubiera privado de la libertad a la víctima y posteriormente se le hubiera puesto en libertad. Sin embargo, todo lo anterior lo considero auténticamente inconstitucional ya que al no hallar el cuerpo de la víctima, no hay prueba de ello y entonces deberíamos estar ante un delito de sospecha. No obstante, aunque considere inconstitucional el art. 483 CP no quita que lo contemple como la más correcta vía de calificación debido a ser la más acorde en cuanto a una correcta calificación de los hechos, por lo que coincido con la condena del delito.

4.2. CASO PUBLIO CORDÓN

1. Fundamentos de Hecho²⁰

Publio Cordón Munilla, nacido en Soria en 1937 y reconocido como uno de los mayores empresarios españoles, fue secuestrado a sus 61 años, el 27 de junio de 1995, a las 7:30 horas, mientras hacía deporte en Zaragoza. La acción fue llevada a cabo por los miembros de los Grapo, ya condenados, Fernando Silva Sande, José Ortín Martínez y Enrique Cuadra Echeandía, quienes en contra de su voluntad y a la fuerza le introdujeron en el interior de un vehículo trasladándole hasta una vivienda en Lyon, Francia, previamente alquilada por José Antonio Ramón Teijelo y María Victoria Gómez Méndez, quienes se hacían pasar por una pareja de profesores conocidos como los “señores Monforte”. Allí le encerraron en un armario durante 16 días, periodo que posteriormente fue probado gracias a que la víctima marcara cada día con “palotes” y distintos signos que sirvieron como prueba para poder demostrar dicho encierro. Tras este tiempo, consiguió huir por una de las ventanas y por ello al caer resultó gravemente herido.

Desde el día 29 de junio de 1995 comenzaron las negociaciones para conseguir un rescate de 400 millones de pesetas, y así liberar a cambio a la víctima. Mientras duró el encierro, el grupo de los Grapo permitía a Publio escribir cartas a su familia para así poder probar su supervivencia. Finalmente, pactaron la entrega del rescate exigido en París el 9 de agosto de 1995. Sin embargo, hicieron creer a la familia que Publio estaba

²⁰ La Voz/ Agencias. “Las claves del secuestro y muerte de Publio Cordón: las mentiras de los «señores Monforte»”. *La Voz de Galicia*, 20 de noviembre de 2017.

vivo para cobrarlo, cuando en realidad semanas antes había ocurrido el suceso de la intención de huida del que resultó muerto accidentalmente.

Por tanto, ocultaron su muerte y, sobre todo, el paradero de su cuerpo, el cual, sigue sin conocerse 25 años después de lo acontecido. Si que es cierto que, durante el transcurso del secuestro, Fernando Silvia Sande redactó una carta en la que, en un primer lugar, afirmaba que el paradero del cuerpo se hallaba en los Alpes pero, posteriormente, reculó su ubicación a los Pirineos. Sin embargo, estas cartas fueron anuladas como prueba al no considerarse lícitas y tras encontrarse restos de ADN de María Victoria Gómez en una de las supuestas cartas enviadas por Publio como prueba de su supervivencia.

2. Fundamentos de Derecho²¹

El secuestro de Publio Cortón tuvo lugar en 1995, anteriormente a la promulgación del CP vigente, por lo que la regulación de los delitos cometidos se encuentra en el CP 1973. En un principio, podríamos calificar este caso como secuestro, debido a que se cumplen las dos condiciones de la conducta típica, que son la privación de la libertad ambulatoria puesto que le encerraron en un armario durante los días que duró el secuestro y que además se exigiera una condición para la liberación del sujeto pasivo, equivalente al rescate de 400 millones de pesetas. Estos hechos fueron probados gracias a los indicios hallados en el mismo armario en el que se encerró a Publio, así como por las cartas y llamadas telefónicas, por lo que podría condenarse a los sujetos pasivos por ello. Sin embargo, el gran factor de la desaparición física de la víctima y nunca hallar su cuerpo, supone que ya no nos encontramos ante un delito de secuestro al no darse la puesta en libertad. En mi opinión, este factor debería plantearse como delito de sospecha y no como tipo agravante del delito, tal y como numerosos autores sostienen. Aún así, tal y como anteriormente he mencionado, la denominación del delito de secuestro no se introdujo hasta el CP de 1995 y como este caso tuvo lugar anteriormente a su promulgación, nos encontraríamos ante el caso de la detención ilegal con desaparición forzosa contemplada en el art. 483 CP 1973²².

²¹ Ballesteros, EFE. "Condenados a 30 años de cárcel dos grapo por el secuestro de Publio Cordón". *20 minutos*, 21 de diciembre de 2017.

²² Anexo I. Tercero.

Además, podríamos confirmar que nos encontramos ante un homicidio en el caso de poder hallar el cuerpo y así probar todo lo relatado, pero como a pesar del transcurso del tiempo sigue sin conocerse el paradero del mismo, nos encontraríamos de nuevo ante un delito de sospecha del art.166 CP actual, el cual plantea numerosas polémicas en cuanto a su calificación.

3. Fallo²³

En un primer momento, la Audiencia Nacional fijó una pena de prisión a los sujetos pasivos de 30 años. No obstante, a posteriori, la modificó por una inferior, siendo de 20 años para cada uno, en cuanto entró en vigor el vigente CP de 1995.

Posteriormente, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (en adelante, TS) interpuso la pena de prisión de 27 años y seis meses a cada condenado en cuanto consideró oportuno la aplicación en la total integridad del CP de 1973 y sin además sustituir ni rebajar la pena comparada a la del CP de 1995.

Opino que fue correctamente calificado el delito ya que aún considerando totalmente inconstitucional el art. 483 CP de 1973 por el cual fueron condenados, sí que es cierto que tal y como anteriormente he sostenido en el caso “El Nani”, encuentro este art. como el más idóneo dado que es más acorde a una correcta calificación de los hechos, y consecuentemente la pena más oportuna tendría que consistir en la de 27 años y 6 meses que fue impuesta por parte de la Sala de lo Penal del TS.

4.3. CASO MARTA DEL CASTILLO

1. Fundamentos de Hecho²⁴

Marta del Castillo, una joven sevillana nacida el 19 de julio de 1991 ha protagonizado uno de los casos más emblemáticos españoles en cuanto se refiere a su asesinato y desaparición. Todo comenzó una tarde del 24 de enero de 2009 cuando Miguel Carcaño Delgado, de 19 años y con quien mantuvo en el pasado una relación sentimental, le recogió en su casa para dirigirse hacia el piso situado en la calle León

²³ Comunicación Poder Judicial. “El Tribunal Supremo condena a 27 años y medio de prisión a los dos miembros del GRAPO que custodiaron a Publio Cordón en Lyon (Francia)”. *Poder Judicial España*, 21 de junio de 2018.

²⁴ SAP SEV 1/2012, de 13 de enero de 2012.

XIII en Sevilla. Ahí comenzaron a discutir desencadenando un trágico y mortal golpe de un cenicero en la sien izquierda de Marta provocando el fallecimiento inmediato de la joven. Tras este suceso, llegó a la vivienda el menor Francisco Javier García Marín, también conocido como “el Cuco” quien ayudó a Carcaño junto con una tercera persona no identificada, a hacer desaparecer el cuerpo de Marta con todos sus objetos personales en un lugar aún desconocido sacándola de la vivienda en una silla de ruedas. Posteriormente, decidieron separarse para no levantar sospechas y por ello Carcaño se fue a Camas, al domicilio de su novia, mientras que el menor regresó a su domicilio en Sevilla. A media noche, María García Mendaro llegó al domicilio donde tuvo lugar el suceso. Estuvo estudiando un par de horas y finalmente durmió esa noche ahí junto a su novio Francisco Javier Delgado Moreno. Hacia las 4 de esa madrugada comenzó este último a recibir llamadas telefónicas en las que le preguntaban sobre el paradero de Marta del Castillo ya que su hermano Miguel Carcaño fue con la última persona que se probó que estuvo. Una hora más tarde, Carcaño llegó al domicilio situado en la calle León XIII explicando a su hermano que había dejado a Marta el día anterior sobre las 21:30 en el portal de su casa. Comenzaron entonces a acudir al piso numerosas personas, destacando al acusado Samuel Benítez Pérez.

Desde entonces, Carcaño se ha negado a decir dónde se halla el cuerpo de Marta del Castillo, llegando incluso a ofrecer varias versiones sobre el paradero del mismo, las cuales supusieron duras búsquedas de las que nunca se obtuvo ningún resultado.

Tras haber archivado el caso en 2013, es en este año 2020 en “el que el magistrado Álvaro Martín ha ordenado a la Policía Nacional de Sevilla que investigue las nuevas pistas aportadas por la familia de Marta del Castillo en relación con la disputa mantenida por Miguel Carcaño y su hermano, Francisco Javier Delgado, en el piso de León XIII donde se produjo el asesinato de la joven sevillana. Fue en la séptima versión en la que Carcaño desveló que, en realidad, durante esa tarde del 24 de enero de 2009, mantuvo una fuerte discusión con su hermano Francisco Javier Delgado Moreno en la que a raíz de que Marta intercediera en ella recibió dos golpes con la culata de su pistola y que provocaron su fallecimiento inmediato”.²⁵

²⁵ Martín, A. “El juez reabre el caso por la muerte de Marta del Castillo”. *La Vanguardia*, 14 de febrero de 2020.

En mi opinión, este caso, aunque tuviera lugar hace ya 11 años sigue siendo tan emblemático ya que se sigue sin conocer el paradero del cuerpo de Marta de Castillo y además ahora, con esta nueva versión sobre los hechos, supone reabrir un caso que ya se había archivado tras inculpar a quien había sido previamente absuelto.

2. Fundamentos de Derecho

Una vez analizados los fundamentos de hecho y que estos hayan sido probados, considero que no nos encontramos ante un delito contra la libertad, ya sea una detención ilegal o un secuestro, al no darse la conducta típica del delito previamente estudiado y que el factor determinante de ello es el hecho de que Marta accediera al piso donde se desencadenó su muerte de forma voluntaria y conscientemente. Sí que es cierto, que todos los hechos ocurridos apuntan a que nos deberíamos encontrar ante un delito de asesinato, recogido en los art. 138 y 139. 1 CP²⁶, y no de homicidio, al suponerse que se originó la muerte a raíz de un golpe de cenicero del que Marta no pudo defenderse, por lo tanto, podemos hablar de la existencia de alevosía ya que no vio que le fueran a atacar y que además se diera la agravante de que la víctima fuera menor de edad. Sin embargo, opino que, si no se halla el cuerpo del delito, no se le podría practicar la autopsia para poder así confirmar que los hechos narrados tuvieron lugar y condenar a Carcaño por el delito de asesinato.

3. Fallo²⁷

La sentencia dictada el 13 de enero de 2012 por la Audiencia Provincial de Sevilla condenó a Miguel Carcaño a una pena de prisión de 20 años por ser el presunto autor del delito de asesinato. Y señaló el “presunto” ya que personalmente considero una auténtica barbaridad dicha condena partiendo de la base de que nunca se halló el cuerpo. Sin cuerpo no hay prueba de la existencia del asesinato ya que no es posible demostrar dicho delito sin practicar previamente una autopsia. Pues bien, fundamentándome en ello considero que este caso es un claro ejemplo de un delito de sospecha de asesinato considerando que no es prueba suficiente el hallazgo de restos

²⁶ Anexo I. Cuarto.

²⁷ Redacción, Sevilla. “Claves de la sentencia del caso Marta del Castillo: ¿Por qué Carcaño es el único condenado?” *20 minutos*, 13 de enero de 2012.

de sangre de la víctima en el chaquetón del autor como para poder condenarle por un delito de asesinato. Por ello, contemplo más oportuna la pena que se recoge en el art. 166 CP, porque resulta más acorde a una correcta calificación de los hechos, a pesar de su inconstitucionalidad.

Espero que pueda conocerse pronto la verdad sobre este caso y sobre todo que lleguen a confesar el paradero del cuerpo de Marta para poder inculparles por los delitos realmente cometidos.

Finalmente, los otros tres imputados en el caso: Francisco Javier Delgado, María García y Samuel Benítez fueron absueltos por todos los presuntos delitos que se les imputaba al no existir suficientes pruebas que les inculparan de ellos. Sin embargo, cabe destacar que, tras la última revelación sobre el suceso, Carcaño llegó a inculpar a su hermano Francisco Javier Delgado como asesino de Marta por lo que aún habiendo sido archivado el caso en 2013, el juez ha ordenado que se reabra de nuevo.

5. CONCLUSIONES

I. El delito de secuestro puede considerarse como un delito común y con gran repercusión a nivel global. Sin embargo, su expresa denominación no llegó a incluirse hasta el CP vigente de 1995, en el que se introdujo su tipo básico.

II. Es en el análisis del mismo donde encontramos que, para que se consume el delito es necesaria la intervención de dos partes: por un lado, el sujeto activo, conocido como el autor del delito; y por otro, el sujeto pasivo o también denominado como víctima del delito. Además, para que pueda calificarse como delito de secuestro, es imprescindible que se de la conducta típica de privar de la libertad ambulatoria del sujeto pasivo mediante las acciones de encerrar o detener siempre en contra de su voluntad, tal y como ocurre en el delito de detención ilegal.

III. Lo que diferencia al delito de detención ilegal del delito de secuestro es que, en este segundo, existe un factor diferenciador que es la exigencia de una condición para la liberación del sujeto pasivo. Esta condición puede ser de cualquier tipo, no siendo necesario que sea de carácter económico. Además, en la conducta típica de estos delitos solo se contempla una conducta dolosa por parte del sujeto activo, es decir, que el autor material de estos delitos, actúa siempre y en todo caso con plena consciencia de la comisión de este delito.

IV. Ahora bien, en nuestro caso planteado radica la situación excepcional por la que no tiene lugar la liberación del sujeto pasivo; y consecuentemente, se ha de destacar que la conducta típica también radicaría en la desaparición física de la víctima. Pues bien, este controvertido factor ha despertado en numerosas ocasiones polémicas al calificarse esta circunstancia como circunstancia agravante del delito definido en el art. 166 CP y que en mi opinión, debería tratarse de un delito de sospecha.

V. No obstante, considero interesante destacar que, existen ciertas situaciones, conocidas como causas de justificación, en las que aún cometiendo los elementos fundamentales de la conducta típica, no se estaría cometiendo dicha antijuricidad y consecuentemente, no se inculparía al sujeto activo. Como p.e. en causas de legítima

defensa, estado de necesidad, en el cumplimiento de distintos deberes o si, además, existiera el consentimiento de la víctima.

VI. Una vez analizado el tipo penal del delito podemos adentrarnos a dar respuesta a la pregunta planteada: ¿Se puede condenar a una persona por la muerte de otra si no se llega a encontrar su cuerpo? Pues bien, personalmente, puedo fundamentar, gracias a todo lo previamente desarrollado que, para poder condenar a una persona es necesaria la existencia de pruebas que demuestren la consumación del delito. Por tanto, sin cuerpo del delito, considero que no se podría condenar al sujeto activo por la muerte de la víctima.

VII. Así, en numerosas ocasiones, se debería inculpar a los acusados por un delito de sospecha tal y como considero al actual art.166 del CP, y no por un delito de homicidio o asesinato como ocurre en el caso de Marta del Castillo.

VIII. Es este art. 166 CP el que protagoniza el desarrollo de la investigación. En dicho artículo, se establece la circunstancia de la desaparición del sujeto pasivo como agravante del delito, hecho que personalmente considero inconstitucional, dado que este factor fundamenta un delito de sospecha y consecuentemente impone una pena en base a que el reo hubiera podido matar al secuestrado y por ello no de razón de su paradero, pero no se tiene constancia de que -efectivamente- le haya dado muerte.

IX. Sin embargo, considero oportuno que en casos como los de “El Nani”, Publio Cordón y Marta del Castillo deban ser resueltos por la vía del art. 166 CP, ya que encuentro esta condena la más consecuente con la calificación de los hechos, a pesar de su inconstitucionalidad y la posible violación del principio de la presunción de inocencia.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

España. Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978 [en línea], (311) Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229> [Consulta: 5 octubre 2020].

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995 [en línea], (281) Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf> [Consulta: 3 octubre 2020].

España. Real Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de diciembre de 1973 [en línea], (297) Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1973-1715> [Consulta: 26 octubre 2020].

SENTENCIAS

Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Séptima). Sentencia núm. 1/2012, de 13 de enero de 2012 [en línea] Disponible en: https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2012/01/13/caso_marta.pdf [Consulta: 30 octubre 2020].

OBRAS DOCTRINALES

Ballesteros, EFE. “Condenados a 30 años de cárcel dos grapo por el secuestro de Publio Cordón”. [en línea] *20 minutos*, 21 de diciembre de 2017. Disponible en: <https://www.20minutos.es/noticia/3218085/0/condenados-30-anos-grapo-secuestro-publio-cordon/?autoref=true> [Consulta: 26 octubre 2020].

Calero, J. “Treinta y cinco años de la desaparición de ‘El Nani’, el joven delincuente torturado por una mafia de policías corruptos” [en línea] *El Cierre Digital*, 11 de noviembre de 2018. Disponible en:

<https://elcierredigital.com/sucesos/985457424/desaparicion-nani-torturado-mafia-policias-corrupos.html> [Consulta: 7 octubre 2020].

Carlos Felipe Law Firm. “Estado de necesidad Como Causa De Justificación”. [en línea] *Cf Abogados*, 2020. Disponible en: <https://fc-abogados.com/es/estado-de-necesidad-como-causa-de-justificacion/> [Consulta: 20 octubre 2020].

Collazos Soto, M. “Derecho Penal I Capítulo 19. Causas de justificación”. [en línea] *UMU*, 2006. Disponible en: <http://www.marisolcollazos.es/Derecho-Penal-I/Derecho-Penal-I-19-Causas-justificacion.html> [Consulta: 20 octubre 2020].

Comunicación Poder Judicial. “El Tribunal Supremo condena a 27 años y medio de prisión a los dos miembros del GRAPO que custodiaron a Publio Cordón en Lyon (Francia)” [en línea] *Poder Judicial España*, 21 de junio de 2018. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/El-Tribunal-Supremo-condena-a-27-anos-y-medio-de-prision-a-los-dos-miembros-del-GRAPO-que-custodiaron-a-Publio-Cordon-en-Lyon--Francia-> [Consulta: 26 octubre 2020].

La Voz/Agencias. “Las claves del secuestro y muerte de Publio Cordón: las mentiras de los «señores Monforte»”. [en línea] *La Voz de Galicia*, 20 de noviembre de 2017. Disponible en: <https://www.lavozdegalicia.es/noticia/espana/2017/11/20/claves-secuestro-muerte-publio-cordon-mentiras-senores-monforte/00031511162838419518767.htm> [Consulta: 6 octubre 2020].

Lamarca Pérez, C. *Delitos: la parte especial del derecho penal*. 4ªed. Madrid: Dykinson, 2019.

Landrove Díaz, G. *Detenciones ilegales y secuestros*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

Luzón Cuesta, J.M., Luzón Cánovas, A. y Luzón Cánovas, M. *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. 22ª ed. Madrid: Dykinson, 2019.

Martiñón Cano, G. *El delito de secuestro*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

Ortega, S. “¿Dónde está ‘El Nani’? 35 años de una desaparición más que misteriosa” [en línea] *La Vanguardia*, 13 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/sucesos/20181113/452879942274/el-nani-35-anos-desaparicion.html> [Consulta: 28 octubre 2020].

Rada, J. “El Nani, el ladrón de la policía: ni apareció su cadáver torturado ni los 40 kilos de oro” [en línea] *El Español*, 2 de octubre de 2016. Disponible en: https://www.elespanol.com/reportajes/grandes-historias/20160930/159484825_0.html [Consulta: 29 octubre 2020].

Redacción, Sevilla. “El juez reabre el caso por la muerte de Marta del Castillo” [en línea] *La Vanguardia*, 14 de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/local/sevilla/20200214/473551355253/juez-reabre-caso-asesinato-marta-castillo-pruebas-miguel-carcano-hermano.html> [Consulta: 7 octubre 2020].

Serrano Gómez, A., Serrano Maíllo, A., Serrano Tárraga, M.A. y Vázquez González, C. *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª ed. Madrid: Dykinson, 2016.

Travieso, J. “Claves de la sentencia del caso Marta del Castillo: ¿Por qué Carcaño es el único condenado?” [en línea] *20 minutos*, 13 de enero de 2012. Disponible en: <https://www.20minutos.es/noticia/1275577/0/marta-del-castillo/analisis-sentencia-caso/condena-miguel-carcano/> [Consulta: 28 octubre 2020].

ANEXOS

ANEXO I

PRIMERO

Artículo 17.1 CE

Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley.

SEGUNDO

CÓDIGO PENAL 1995

TÍTULO VI Delitos contra la libertad

CAPÍTULO I De las detenciones ilegales y secuestros

Artículo 163.

1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.
2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.
3. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.
4. El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

Artículo 164.

El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años. Si en el secuestro se hubiera dado la circunstancia del artículo 163.3, se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieran las condiciones del artículo 163.2.

Artículo 165. Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con

simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 166.

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

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

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

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

Artículo 167.

1. La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en este Capítulo será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

2. Con las mismas penas serán castigados:

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

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

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

Artículo 168. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este Capítulo se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito de que se trate.

TERCERO

CÓDIGO PENAL 1973

TÍTULO XII De los delitos contra la libertad y seguridad

CAPÍTULO PRIMERO De las detenciones ilegales

480. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión mayor.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CUARTO

CÓDIGO PENAL 1995

TÍTULO I Del homicidio y sus formas

Artículo 138.

1. El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.
2. Los hechos serán castigados con la pena superior en grado en los siguientes casos:
 - a) cuando concurra en su comisión alguna de las circunstancias del apartado 1 del artículo 140, o
 - b) cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550.

Artículo 139.

1. Será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:
 - 1.ª Con alevosía.
 - 2.ª Por precio, recompensa o promesa.
 - 3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.
 - 4.ª Para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra.
2. Cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el apartado anterior, se impondrá la pena en su mitad superior.