

SUMARIO:

1. Planteamiento.
2. El secuestro en su tipicidad más elemental.
3. La participación en el delito de secuestro.
4. La motivación de la conducta como criterio valorativo.
5. La aplicación del principio de secreto profesional a la intervención en el delito de secuestro.

1. Planteamiento.

Los secuestros, bien como acontecimientos de móviles políticos o simplemente de delincuencia común, se están repitiendo con frecuencia cada vez mayor. Son uno de los signos más inquietantes de nuestro tiempo, en cualquier país. Son un fenómeno social permanente que parece caracterizar negativamente a nuestra época.

Lo que no es habitual o corriente es que el abogado intervenga, durante cierto tiempo, a veces bastante y con actividad intensa e importante, mientras dura el secuestro, con una finalidad profesional, aunque sea a nombre y por encargo de familiares o interesados del secuestrado o de éste mismo, para poner término inocuo al delito mediante el cumplimiento y ejecución de condiciones de los secuestradores.

Recientemente ha ocurrido esta concurrencia de secuestro y actividad profesional en España, en el caso Suñer, industrial secuestrado en Alcoy. Posteriormente intervienen dos Letrados, uno de Madrid y otro de San Sebastián, para lograr su liberación, 90 días después, mediante el pago de 385 millones de pesetas a los secuestradores en cuya gestión y efectividad del pago intervienen los dos abogados. Posteriormente la Policía detiene a uno de los abogados en la frontera hispano-francesa portando una importante cantidad de dinero, equivalente a varios millones de pesetas en francos suizos, cuando ya el secuestrado señor Suñer había sido puesto en libertad por los secuestradores. Pero el Juez competente decretó la detención del abogado ya detenido sin pronunciar contra él un auto de procesamiento (inculpación sobre indicios racionales de criminalidad).

Este conjunto de circunstancias ha conmovido —y en cierto modo sorprendido— a todos los medios de comunicación social y a la opinión pública española, así como a los profesionales: abogados, jueces, fiscales. . .

Pero en realidad el caso Suñer desborda los límites de las fronteras de España y plantea un problema arduo, difícil, de deontología profesional y educación legal de los profesionales, que vale la pena exponer y debatir en un ámbito jurídico internacional, no sometido a influencias nacionales, ni a ideologías políticas ni a presiones concretas de coyuntura social.

Este es el sentido que debe darse a la presente comunicación: la voluntad de clarificar, en un debate a fondo entre juristas de varias nacionalidades, la posible actividad profesional del abogado en casos de secuestro y los límites que, eventualmente, puede y debe tener tal actividad.

2. El secuestro en su tipicidad más elemental.

La tipicidad, en un sentido técnico penal, de los secuestros es muy variada, según la contemplación más o menos casuística que hacen los diversos códigos penales.

Pero a nuestros efectos vale la pena prescindir de su examen casuístico para poner la atención en lo sustantivo y esencial de todas sus formas posibles. El secuestro es, en todo caso, un delito que viola directamente y como mínimo, la **libertad** de una persona.

En la 9ª edición del *Digest of the Criminal Law*, de Sir James F. Steven, revisada por L. Fr. Sturge, se define suficientemente su forma más elemental así:

An assault is the act of depriving another of his liberty.

El famoso C. p. alemán de 1870, revisado en 1953, contiene también las diversas formas de secuestro bajo la Sección XVIII (crímenes y delitos contra la libertad individual) y en su párrafo 239 describe así la acción secuestradora en su forma más simple: "Privación de la libertad individual de cualquier manera".

Por su parte, el C.p. francés, que sigue siendo el de 1810, aunque con notables reformas posteriores (1832, 1863, 1899, 1945), sitúa el secuestro en el Título II (capítulo I: crímenes y delitos contra las personas) aunque sin buena técnica, en la Sec. V. (arrestos ilegales, y secuestros de personas) sin hacer referencia concreta al bien jurídico violado, la libertad. Pero que es un delito contra

ésta se deduce del contexto del artículo 345 cuando condiciona la reducción de la pena al hecho de que los autores, no estando perseguidos de hecho, "**hayan devuelto la libertad** a la persona secuestrada, arrestada o detenida", antes de cumplirse los diez días desde el comienzo de la detención, arresto o secuestro.

En el C.p. italiano de Rocco (1930), aun habiendo sufrido algunas modificaciones obligadas por la ruptura política postfascista, pero mantenido en su estructura general y en las líneas maestras por su casi perfecto contenido técnico, el secuestro de personas (artículo 605) queda definido exactamente como "**privación de la libertad personal**", con clara diferenciación de los delitos que contra la misma puedan perpetrar los funcionarios públicos.

También en el C.p. español (artículo 480) de manera escueta, pero suficientemente exacta, se tipifica el secuestro como cometido por "el particular que encerrare o detuviere a otro, **privándole de su libertad**".

Insistimos. Importan poco, a los efectos que pretendemos conseguir en esta comunicación, las referencias complementarias que se hacen en los cuerpos legales punitivos, a otras posibles condiciones o supuestos de hecho concurrentes: duración más o menos larga; exigencia de precio de rescate; causación de tormentos, lesiones e incluso muerte, etc. . . para graduar correlativamente la pena.

Lo básico, lo que caracteriza al tipo legal es, en general y aunque en algún caso no lo diga expresamente la terminología, la **privación arbitraria, antijurídica, de la libertad al secuestrado**.

Pero ésto conduce a la caracterización del secuestro como **delito continuado**, es decir, que no se produce por el solo acto físico de irrupción, por los secuestradores, en el ámbito normal de la vida de su víctima, para mediante una violencia física y/o moral (intimidación) o una actividad engañosa, etc., trasladarlo al lugar de confinamiento. El secuestro no se consuma en este solo acto inicial. La consumación tiene permanencia. Dura tanto tiempo como transcurre el primer acto violento o engañoso y la devolución de la persona víctima del delito al uso de su libertad incondicionada. El delito de secuestro tiene una ejecución continuada, por lo que su consumación es duradera, mientras la víctima —por cesación de la actividad de vigilancia y custodia que siguen poniendo los secuestradores— no sea repuesta en su libertad.

Desde el punto de vista penal ésto tiene unas consecuencias entre otras posibles, que nos parecen innegables:

- a) Quien participa de alguna manera en el secuestro, desde que comenzó su perpetración hasta su cese, debe ser responsable a título de coautor y no de mero cómplice o encubridor.
- b) Que a todos los efectos procesales y penales son lugares de consumación todos aquellos en que el secuestro, y las operaciones concomitantes del mismo, se vayan desarrollando.
- c) Que mientras dura el secuestro existe la flagrancia, a los efectos de su persecución por vía procesal especial en los ordenamientos que la prevén (español, francés, italiano, etc.).
- d) Consecuencia de ello, como dice el jurista español Puig Peña, con carácter general para los delitos continuados, la prescripción comienza cuando acaba el acto antijurídico.

El Tribunal Supremo español en un caso de estafa continuada (Sentencia de 24-3, 1941) ya definió que en delitos continuados, por su indeterminación cronológica, pero correspondientes a una unidad de resolución y lesión jurídica, ha de estarse a la fecha en que terminaron de realizarse, por ser partes de un todo que no se puede fraccionar. Y más adelante ha definido que "en los delitos que implican un tracto sucesivo la prescripción se cuenta desde el momento en que ese tracto terminó, porque entonces quedan realizados todos los elementos integrantes de la acción" (Sentencia de 17-12, 1960).

Es congruente y reiteración de una doctrina anterior: "en el delito continuado no cabe aceptar que el término "a quo" de la prescripción sea otro que aquel en que se **termina la acción dolosa** enjuiciada, porque es entonces cuando toma vida y es todo ante la Ley la transgresión legal y el ataque al derecho ajeno hasta entonces no precisado" (Sentencia de 39-9, 1958).

En el C.p. argentino (artículo 63) se llega a definir así: "La prescripción de la acción empezará a correr desde la media noche del día en que se cometió el delito, o si éste fuera continuo, en que cese de cometerse".

3. La participación en el delito de secuestro.

Por la índole del problema concreto que suscitamos ("¿Es lícita la actividad profesional del abogado como tal, y consecuentemente queda protegido bajo el secreto profesional, durante el de-

lito de secuestro?") vamos a limitar también muy rigurosamente el problema de la participación que, conforme con las tesis de Welzel, aunque en sentido estricto sea solamente la instigación, la complicidad y el encubrimiento, en sentido más amplio es también la coautoría.³

El mismo autor da unas fórmulas de evidente expresividad aplicables a nuestro caso:

- 1) **Coautor es quien**, estando en posesión de las condiciones personales de autor y participando de la decisión común del hecho, sobre la base de ella, **participa en la ejecución del hecho**".
- 2) "El **entendimiento recíproco** puede llevarse a cabo, también, durante el curso del hecho, después que el primer autor haya ejecutado una parte; es la llamada **coautoría sucesiva**. El que se agrega no responde por los fundamentos de agravación ya cumplidos.
- 3) "El hecho no está siempre agotado con su consumación formal. Así, la privación de libertad está consumada con el encierro, pero se agota solamente cuando el encerrado recupera su libertad. Esto tiene valor para los delitos permanentes (continuados) como la desertión, el **secuestro**, la violación de domicilio, y otros".

Conviene aplicar ya estas ideas a casos o tipos penales concretamente. Por ejemplo, en el C.p. español (artículo 480, párrafo 2º) se determina: "En la misma pena incurrirá el que proporciona **lugar** para la ejecución del delito (de secuestro)".

Es análogo al párrafo segundo del artículo 341 del C.p. francés: "Quien haya proporcionado un **lugar** para ejecutar la detención o el secuestro sufrirá la misma pena".

Por otra parte, en algunos Códigos, se prevé también, como integrante de algunos de los tipos, la exigencia de **precio de rescate**.

Así, en el Nº 4º del artículo 481 del C.p. español: "Si se hubiere exigido **rescate** para ponerle en libertad".

También está previsto en el artículo 239, 1 del C.p. alemán.

Es decir, en ambos supuestos, el **lugar** y el **rescate** contribuyen a perfilar de manera determinadísima la autoría de una acción típica, con un elemento esencial. Nos parece, pues, que en principio toda conducta encaminada a proporcionar **lugar** para el secuestro o **percepción del rescate** es delictiva en concepto de

autoría, aunque sea posterior o sobrevenida y la participación se decida sin haber intervenido en el **animus** inicial del secuestro.

Sin embargo, no se nos oculta que —con carácter general— pueden entrar en juego otros criterios valorativos de la conducta, dentro de los elementos fácticos de conjunto, cuyos criterios puedan llevar a una justificación exculpatoria o atenuatoria e incluso a una causa o motivo de exención de penalidad.

Es en este nuevo marco —más complejo— donde se encuadra nuestro problema.

4. La motivación de la conducta como criterio valorativo.

Reconduciendo la cuestión al tema que nos preocupa —posible participación profesional de un abogado durante la permanencia del secuestro, por definición delito de consumación continuada— quedamos obligados a plantearnos el problema de la motivación de su conducta.

Parece claro que el requerimiento puede partir —de hecho— igual de los secuestradores que de la víctima o familiares o interesados en su liberación. Y que el requerimiento se haga precisamente en atención a su condición o cualidad de abogado, por entender que como tal es más apto para resolver el secuestro, incluyendo la consideración de quedar obligado por el secreto profesional.

Parece igualmente claro que a tal supuesta situación del abogado requerido se le puede aplicar lo que el penalista español Quintano Ripollés definía como “la existencia de una eventual pugna de derechos o deberes y la tesitura de elegir entre dos males, el causado por el delito y el moral que se pretende precaver”.

Desde este punto de vista parece que sería indiferente que el requerimiento partiese de los secuestradores como de la víctima o sus familiares u otros interesados, puesto que el abogado no tiene posibilidad alguna de evitar, **ab initio**, el requerimiento. El problema de conciencia se le plantea a él, en la rigurosa soledad de decisión a que le obliga el secreto profesional, desde que es requerido, aunque lo sea por los secuestradores.

Algunos abogados españoles, consultados por los medios de comunicación social a raíz del “caso Suñer” han sido de opinión que el abogado en ningún caso puede actuar representando a los

secuestradores. Otros han extendido aún más la negativa: “Entiendo que los abogados no deben intervenir, porque creo que se deben limitar a aconsejar al secuestrado. Nunca deben participar en lo tocante al rescate material y mucho menos cobrar honorarios profesionales” (Prof. doctor Stampa Braun, Catedrático de Derecho Penal, de Madrid).

En algún caso se ha pretendido matizar: “El abogado que intervenga no lo hace como abogado... porque este tipo de intervención no es exclusiva de los abogados” (Prof. doctor Manuel Jiménez de Parga, Catedrático de Derecho Político, de Madrid). Este dictamen no me parece correcto porque tal tipo de intervención no está expresamente excluida de la finalidad tradicionalmente profesional de la abogacía, en cuanto tal. Si acaso traslada la dificultad hacia otro punto deontológico: la aplicabilidad o no del secreto profesional y, en su caso, los límites que tiene.

Por eso, en principio, parece mucho más seguro el criterio del Decano doctor Pedrol Rius (de Madrid): “Todo abogado tiene el deber ético de hacer lo posible por proporcionar la libertad de toda persona secuestrada. Depende de si consideramos que el abogado está en condiciones favorables para conseguirlo. Si ésto es así, no se trata de ser partidarios o no, sino de servir a una exigencia ética”.

Si además de la libertad está en juego la vida, posibles torturas u otros delitos, etc., etc., la aludida pugna entre derechos y deberes parece que puede inclinar al abogado requerido a entrar en participación mediadora, aunque por supuesto sin ánimo alguno de participar en el delito como tal, lo que le impone límites que de ninguna manera puede traspasar: no facilitar medios materiales (lugar, vehículos, etc.), que puedan asegurar más o prolongar el secuestro, ni tomar parte en los resultados económicos del delito desde la parte delincuente.

Bajo estas condiciones estimamos que una actuación profesional del abogado podría quedar cubierta por la circunstancia eximente de **ejercicio legítimo** de un derecho, **oficio** o cargo, que se contempla, por ejemplo, en los Códigos penales (artículo 8, N^o 11), belga (artículo 70), holandés (artículo 42), argentino (artículo 34, N^o 4^o) y peruano (artículo 85, N^o 5^o). Y ello porque en el abogado no ha habido **animus** de perpetración ni de cooperación en el delito, ni aún siquiera de integración de elementos materiales del tipo del injusto definido en el delito de secuestro.

Pero, naturalmente, la solución debe ser la contraria si su actuación no se produce con aquellas limitaciones. Entonces ni aún siquiera creemos que le fuera aplicable la circunstancia atenuante de "obrar por motivos **morales, altruistas** o patrióticos de notoria importancia" (artículo 9, N^o 7 del C.p. español), de alguna manera recogida también en los Códigos penales de Italia (artículo 62), URSS (artículo 48-d), suizo (artículo 64), alemán occidental (artículo 20), argentino (artículo 10) y peruano (artículo 51).

Por supuesto, parece claro que el **altruismo** y aún el **móvil moral** y la invocación a la **exigencia ética** desaparece cuando el abogado acepta o admite de los secuestradores "cualquier" tipo de remuneración o precio.

En cambio, la percepción de honorarios de la parte secuestrada, sólo y cuando fue ésta la que solicitó los servicios, me parece perfectamente legítima, porque se parte del supuesto de que el requerimiento se le hizo en su calidad profesional de abogado y éste ha puesto su actividad eficaz en cuanto tal, incluso eventualmente, con riesgos graves.

La no percepción de honorarios puede ser —y sin duda lo es— una actitud de superior elegancia moral y profesional. Pero no es exigible tal renuncia, porque todo profesional —y en general, toda persona— tiene un innegable derecho a la remuneración de su trabajo o servicios.

5. La aplicación del principio de secreto profesional a la intervención en el secuestro.

La abogacía es una profesión basada fundamentalmente en una relación de confianza. Por eso, el secreto es uno de los pilares maestros de la profesión. Leyes y estatutos profesionales lo han impuesto desde bien antiguo. (**Digesto**, Ley XXV, de test.) bajo severas penas. En bastantes textos legales medievales de España, la nota de infamia y la prohibición de ejercicio como abogado. Modernamente, su protección ha llegado a los Códigos penales de manera un tanto oblicua. Su quebrantamiento se pena como delito de prevaricación. Algunos países lo exigen del abogado desde las fórmulas de juramento profesional (España, Filipinas, Guatemala, Puerto Rico, etc.), Otros muchos lo tienen incorporado a sus "normas de ética profesional" (México, Perú, Argentina). E igualmente se encuentra reconocido en las de grandes organizaciones internacionales de abogados, como la **International Bar Association** (IBA), cuya Regla 13 dice: "Un abogado no debe revelar nun-

ca lo que se la ha comunicado confidencialmente como tal abogado, ni siquiera después de haber terminado de asesorar a su cliente". Si bien, en 1956, por iniciativa de la **Law Society** se introdujo una enmienda permisiva, con ciertas limitaciones: "A menos que se lo ordene legalmente el Tribunal". Los Ponentes la aceptaron por tratarse, así enunciado, "de una materia legal y no de ética legal" y porque el Código de normas de ética profesional de la IBA no deroga ninguna ley o regla nacional, que por tanto queda subsistente en los casos en que los Tribunales no tengan tal atribución.

Pero hay otras entidades que especifican ciertos límites. Por ejemplo, la Asociación Nacional de Mujeres Abogados de los Estados Unidos que exceptúan el caso de "un crimen que no se ha cometido todavía". Y los Códigos de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Lima y de la Barra Mexicana (artículos 17 y 12, respectivamente) que eximen del secreto profesional al abogado que conoce profesionalmente "la intención de cometer un delito", precisamente para que pueda ser evitado.

Pienso que estos supuestos hay que ampliarlos a los casos de delitos de "**consumación continuada**", puesto que la comunicación de sus antecedentes o circunstancias concurrentes pueden contribuir a su cesación aunque por el conocimiento a posteriori no se haya podido evitar el inicio.

La razón de índole moral es la misma que para la evitación del delito que aún no se ha producido, supuesto de las excepciones alegadas. En el caso del delito continuado, éste se sigue produciendo. Por eso la violación del secreto profesional es intrínsecamente moral, pues con ella puede evitarse la continuación del delito en beneficio de la víctima y en servicio de la justicia.

Claro es que en la solución de cada caso concreto inciden otros muchos factores: el posible riesgo, incluso de muerte, que puede soportar el abogado, sus familiares o sus colaboradores, por su infidencia; el mismo de la víctima o sus parientes; la rigurosa condición de que ha de mantener el secreto que le hayan puesto los clientes (víctima o familiares); mayor o menor probabilidad de éxito para terminación del secuestro; posible incidencia social en la calificación sobre la honorabilidad profesional del abogado, etc., etc.

En resumen, creemos que, una vez más, en supuestos como el que nos ocupa, la conciencia del abogado es el único árbitro de su decisión, ponderando todas las circunstancias.

Pero en estos casos, como en otros que pueden presentarse y se presentan en el ejercicio profesional, no puede exigirse al abogado que actúe o decida conforme a lo que en ética se llama "conciencia cierta", que es la que nos da seguridad incluso frente al error. La moral cristiana ha rechazado siempre el "tuciorismo", según el cual hay que decidir y hacer siempre "lo más seguro". Por tanto puede, pues, el abogado atenerse a la "conciencia probable", siguiendo un criterio que le parezca posible, incluso frente a otros de mayor probabilidad.

En consecuencia, estimo en resumen que el abogado no está obligado a quebrantar el secreto profesional para facilitar el término de la comisión del delito continuado de secuestro. Pero si lo quebranta, ponderando todas las circunstancias y siguiendo un criterio de probabilidad moral, en aras de su feliz desenlace, no comete falta alguna contra sus deberes profesionales.

Conclusiones:

- 1) Estimo que es lícita la intervención profesional del abogado con la finalidad o propósito de terminar lo más eficaz y rápidamente posible la situación delictiva de secuestro, pero sin participar de ninguna manera en cualquier forma de ejecución del mismo, ni en sus resultados económicos o de otra especie.
- 2) Si ha sido requerido por la víctima o familiares o interesados de esta parte, le es lícita la percepción de honorarios profesionales, no siéndole exigible su renuncia.
- 3) En cuanto al mantenimiento del secreto profesional, el abogado en principio no está obligado a mantenerlo, por tratarse de comisión continuada, que una razón ética superior justifica que debe terminar, si el sacrificio del principio de secreto puede resultar útil y eficaz a tal fin.

Puede quedar obligado a mantenerlo si prevé graves consecuencias para la víctima y sus familiares o para él mismo y los suyos y colaboradores del bufete o si le ha sido impuesto como condición "sine qua non" por quien le hizo el encargo de intervención y así lo aceptó.

Pero en todo caso corresponde al propio abogado tomar la decisión de mantener el secreto o quebrantarlo, ponderando todas las circunstancias y consecuencias posibles, según un criterio de probabilidad moral.

Madrid, 7 de mayo de 1981

NORMAS CIVILES VIGENTES EN MATERIA LABORAL

Jaime Montoya Hurtado

Doctor en Derecho de la U. de A.
Magistrado del Tribunal Superior de Medellín.
Profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad
de Derecho de la Universidad de Antioquia.