

19. LAS COACCIONES POR MEDIO DE AMENAZAS COMO DELITO CONTRA LA LIBERTAD (*) (**)

I.

Las coacciones se conciben actualmente como un delito contra la libertad de formación de la voluntad y contra la libertad de ejercicio de la voluntad (1), con otras palabras, como delito contra la realización de la libertad. En el ámbito de las coacciones cometidas por medio de amenazas que hayan surtido efecto, el comportamiento consistente en ceder sigue siendo ciertamente un comportamiento voluntario de la víctima, pero ésta incluye en su planificación la resistencia del autor y, teniendo en cuenta la amenaza, intenta salvar la mayor libertad posible *en términos relativos*. Por tanto, la norma contra las coacciones no toma como referencia, en el lado de la víctima —como es evidente—, la libertad realizada *de hecho*, sino que garantiza la realización de la libertad sin presión coactiva alguna.

Ahora bien, toda norma jurídica, y la norma contra el delito de coacciones no constituye una excepción, tiene como finalidad limitar la libertad —cuya concurrencia fáctica se presume— del autor potencial en favor de la protección de la potencial víctima. En lo que concierne a la norma contra las coacciones, la libertad *real* se ve parcialmente protegida (ausencia de coacciones en favor de la víctima) y parcialmente limitada (carencia de libertad para coaccionar, lo cual grava al autor). La protección de una libertad real con el objeto de posibilitar el ejercicio de una voluntad, cualquiera que sea su contenido, no puede constituir el fin de la norma que se dirige contra el delito de coacciones pues la libertad fáctica real no sólo halla garantía en la norma, sino que también se ve limitada por ésta. Sin embargo, nada hay de extraño

(*) Título alemán: „Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt“, publicado en: *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters*, J.C.B. Mohr Tübingen, 1974, pp. 69 a 89. Traducción de Carlos J. Suárez González.

(**) Téngase presente que además del delito de coacciones por medio de amenazas regulado en el § 240 StGB (su contenido se reproduce en el, trabajo n.º 18 n.º 3), cuyo análisis se aborda aquí, el StGB contempla en el § 241 el delito de amenazas (*Bedrohung*).

§ 241. „Amenazas. (1) Quien amenaza a otro con cometer un crimen contra él o contra una

persona allegada será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con pena de multa.

(2) Del mismo modo será castigado quien con motivo de las relaciones con otra persona simula de mala fe que es inminente la comisión de un crimen en su contra o en contra de una persona allegada* (N del T.).

(1) Referencias en *Hansen*, Die tatbestandliche Erfassung von Nötigungsunrecht, Baden-Baden 1972, p. 148, n.º 7; *Busse*, Nötigung im Straßenverkehr, Neuwied y Berlin 1968, p. 52, n.º 1.

en que un bien jurídico sólo pueda ser preservado a costa de la lesión de otro bien jurídico de su misma especie; en este sentido, por ejemplo, cabe pensar en la legítima defensa frente a la amenaza de un delito de lesiones, por medio de la lesión del agresor. No obstante, en un caso así, ambos bienes jurídicos guardan entre sí independencia, mientras que, por el contrario, tratándose de las coacciones, el autor realiza su libertad real sustrayéndole libertad a la víctima: aquí la colisión no tiene lugar como consecuencia de una constelación fortuita, sino que está condicionada de manera suficiente y necesaria en la medida en que sólo se considere decisiva la libertad *real*. Lo que a uno se le garantiza como libertad real debe primeramente serle retirado al otro. La libertad fáctica del autor de las coacciones a coaccionar no se encuentra protegida en sí misma, y, por tanto, no se trata de que dicha libertad deba ceder por motivos de colisión, sino que la libertad del autor carece de protección; desde un punto de vista nomológico sólo podría ser concebida, por principio, como un bien jurídico contrario a derecho, lo que constituye una contradicción (2). Objeto de protección de la norma contra el delito de coacciones puede ser, a lo sumo, una libertad que está limitada por medio de la prohibición de coaccionar.

Si en las coacciones, garantía y limitación deben hallar equilibrio por medio de la propia norma contra el delito de coacciones, determinar los contornos exactos de este delito se convierte en un problema especialmente urgente; pues el objeto de protección y el comportamiento agresor no pueden ser descritos «con anterioridad a la norma», sino que se co-determinan por medio de ésta y, en concreto, en un espectro que va desde garantizar el derecho del más fuerte, si se renuncia a dicha norma, hasta la prohibición de casi todo contacto social si se amplía la norma a todo comportamiento «coactivo».

En lo que concierne a las coacciones violentas, la búsqueda de los contornos se realiza actualmente de manera abierta, pero en lo que concierne a las coacciones por medio de amenaza —con excepción de la aún hoy polémica decisión sobre los supuestos de amenazas de omitir (3)— dicha búsqueda tiene lugar de manera oculta y, concretamente, bajo el ropaje de la cláusula de reprobabilidad del § 240, apartado 2 StGB (*). Los esfuerzos en favor de un tipo de coacciones delimitado y preciso son tan antiguos como el intento de otorgar protección jurídico-penal a la realización de la libertad, lo que constituye, a la vez, un ejemplo del dilema del legislador constatado por *Peters* (4), entre una formulación típica demasiado amplia o demasiado res-

tringida (5). Las formulaciones realizadas por el RStGB y las del StGB establecen, en lo que se refiere al medio coactivo de las amenazas, los extremos: hasta el Decreto de Armonización del ordenamiento jurídico-penal de 29 de mayo de 1943, sólo la amenaza de un delito grave o menos grave constituía —junto a la violencia— el medio coactivo típico; desde entonces, y con reserva de la cláusula de reprobabilidad, basta toda amenaza de un mal relevante. El desarrollo de la extorsión discurre, en cierta medida, en sentido contrario: el precepto inicial, que consideraba decisivo el medio comisivo «amenaza» como medio ilimitado, se vio limitado por el mencionado Decreto a la amenaza de un mal relevante, además de restringido a través de la cláusula de reprobabilidad.

Si se quiere que la cláusula de reprobabilidad no constituya la última palabra en materia del arte de legislar, un examen de los intentos científicos de limitar el tipo de la extorsión, así como los intentos de ampliar del tipo de las coacciones de acuerdo con el derecho anterior (hasta 1943), aportará elementos a la crítica y al intento de seguir avanzando.

II.

Ya Goldschmidt se percató de la brecha que existía entre los §§ 240 y 253 en su antigua redacción (6). Paralelamente a las amenazas abarcadas por la antigua versión del § 240 desarrolló un concepto de coacción por medio de cualquier amenaza contraria a derecho, no punible de conformidad con el derecho vigente de la época pero igualmente antijurídica (7); además, desarrolló unas coacciones antijurídicas para alcanzar un fin contrario a derecho por medio de amenazas; y, finalmente, un delito de coacciones también contrario a derecho, por medio de la amenaza de un comportamiento carente de conexión con el fin perseguido (8). Con ello, ya se abarcaron aspectos esenciales de los actuales principios de concreción que respecto de la cláusula de reprobabilidad se han visto desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.

En relación con la extorsión, la solución de la conexión se convirtió posteriormente, y bajo la denominación «teoría de la relación», en una especie de «teoría dominante» (9), que en lo concerniente a sus supuestos encontró su elaboración mas restrictiva en *Engelhard*, quien consideró decisivo «si el momento económico... es ya inherente a la situación, o si es introducido por el autor al relacionar la posibilidad de causación del mal con el beneficio patrimonial perseguido» (10). La fórmula «concorre amenaza en el sentido del

(2) Aquí ya fracasó la teoría del tipo en relación con el delito de coacciones de *Schmidhäuser*, de acuerdo con la cual «el libre ejercicio de la voluntad ajena» constituye «siempre un bien cuyo respeto le ha sido encomendado a todos». *Edgisch-Festschrift*, Frankfurt am Main 1969, p. 451; también en *Strafrech*, AT, Tübingen 1970, 9/11.

(3) ¿Se requiere un deber jurídico de actuar? En contra: *Schönke-Schroder*, *Strafgesetzbuch*, 16.ª ed., Munich 1972, § 240, n. m.

22; *Niese*, *Streik und Strafrecht*, 1954, pp. 18 y ss.; en las conclusiones, también el RGSt 72, 75 y ss., 76 y s.; se muestra a favor RGSt 14, 264 y s., 265; RGSt 63, 424 y ss., 425; BGH GA 60, 277 y s., y 278 con dudosa invocación de los fundamentos de la sentencia RGSt 72, 75 y ss., indecisa, BayObLGSt 60, 296 y ss., y 299.

(*) Vid. el contenido del parágrafo *infra*, en el trabajo n.º 18 de este tomo (N. del T.).

(4) Eb. *Schmidt-Festschrift*, Göttingen 1961, pp. 494 y s.

(5) En lo que concierne a la evolución histórica vid. *Hansen*, op. cit. n.º 1, pp. 27 a 47.

(6) Die Strafbarkeit der widerrechtlichen Nötigung, 1897, *Strafrechtliche Abhandlungen* 6, pp. 3 y s.

(7) loc. cit. p. 14.

(8) loc. cit. pp. 23 y ss.; «una relación fáctica o jurídica», p. 24.

(9) Referencias en *Nipperdey*, *Grenzzlinien*

der Erpressung durch Drohung, Weimar 1917, pp. 86 y ss.; *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18.ª ed., Tübingen 1931, § 253, n.º II 2.

(10) Das Chantage-Problem im geltenden und künftigen deutschen Strafrecht, 1912, *Strafrechtliche Abhandlungen* 151, p. 52.

§ 253, en tanto en cuanto la amenaza no consista esencialmente en producir la obtención de la ventaja patrimonial» (11), ciertamente ofrece una delimitación cualitativa entre la extorsión y la usura, como delito éste en el que el momento económico concurre con independencia del comportamiento del autor (12), sin embargo no ofrece delimitación alguna que pueda servir en el ámbito del chantaje. La amenaza de presentar una denuncia contra el autor de un delito, o contra una persona allegada, en caso de que el daño producido por el delito no sea reparado, vincula también aspectos económicos con la pena; en este sentido, la argumentación de *Engelhard* de que «las necesidades de expiación» desaparecen «de manera natural», o de que «se verán muy atenuadas si la lesión es reparada voluntariamente» (13) permite reconocer en el elemento «voluntario» lo que de circular hay en la argumentación, pues en el caso de que la amenaza con desplegar un comportamiento contrario a derecho pueda limitar la libertad, quien se ve amenazado precisamente no realiza la prestación de manera voluntaria, y la indemnización así obtenida afecta, de forma primaria, al interés privado de la víctima del delito: de este modo, el *ius puniendi* se ve sustituido por la pretensión de indemnización. Si se establece esta conexión con el hecho de lo venal también en relación con comportamientos primariamente carentes de significación económica, el elemento de la conexidad ya no constituye un obstáculo para aprovechar cualquier posición económica de la que pueda obtenerse un provecho.

Por medio del elemento de la conexidad el problema no podía hallar solución. Sobre todo, en el ámbito de la problemática que presenta el chantaje (referido a la amenaza de hacer revelaciones comprometedoras pero permitidas), quedó sin resolver la cuestión acerca de cómo una amenaza de llevar a cabo un comportamiento conforme a derecho podía dar lugar a una extorsión antijurídica. La solución más restrictiva la ofreció *Kollmann*, si bien su concepción eludía las consecuencias recurriendo a una dogmática de construcciones artificiosas. Este autor exigió para poder apreciar la concurrencia de una amenaza en el ámbito de la extorsión la amenaza de llevar a cabo un comportamiento antijurídico: «si alguien ostenta el derecho de irrogar a otro un mal, con más razón debe ostentar jurídicamente la posibilidad de ofrecer al afectado, por medio de una amenaza coactiva, la posibilidad de substraerse al mal más grave por medio de un mal menor» (14). En aquellos supuestos en los cuales se le puede irrogar lícitamente un mal a la víctima, amenazar con dicha producción significaría para *Kollmann* algo así como un plus de libertad: la víctima puede optar y «la persona que sufre la coacción opta precisamente por el mal que en su opinión sea menos grave» (15). Para evitar la solución de impunidad que de este modo resultaba evidente en los casos de chantaje y otros supuestos similares de coacciones —en concreto, en los que se exigen comportamientos no relacionados con aspectos patrimoniales— *Kollmann* escoge una construcción sorprendente: la antijuridicidad del acto individual inherente al delito de usura en relación con objetos, en el que

(11) loc. cit. p. 52.

(12) loc. cit. pp. 50 y s.

(13) loc. cit., p. 76.

(14) Die Lehre von der Erpressung nach deutschen Recht, Berlin 1910, p. 75.

(15) loc. cit. p. 75.

no se toma en consideración el carácter habitual o lucrativo del comportamiento, convierte todos los negocios en antijurídicos conforme al § 138, apartado 2 BGB (*), y da lugar a que el chantaje constituya una extorsión antijurídica (16). Pero dado que incluso bajo el presupuesto de *Kollmann* de la antijuridicidad del acto de chantaje, al autor le queda, al menos, la alternativa conforme a derecho de rechazar totalmente a la prestación, y la víctima siempre tiene la posibilidad, incluso a la vista de la amenaza concurrente, de negarse a «cerrar el trato», no pierde, por tanto, libertad alguna. *Kollmann*, se manifiesta, ciertamente, en contra de una equiparación entre extorsión y usura señalando que el usurero, a diferencia del extorsionador, no crea la situación coercitiva, sino que se encuentra con que ya existe (17), pero sin embargo pasa por alto que el autor del chantaje puede lícitamente ejecutar lo amenazado y, de esta forma —de acuerdo con *Kollmann*— está ensanchando la libertad y no recortándola por medio de una pura amenaza. Desde el punto de vista material, lo que sucede con la solución de *Kollmann* es que la usura se convierte en extorsión. Sobre este aspecto volveré posteriormente (18).

El solapamiento entre usura y extorsión (19) sería para la solución jurídico-contratual que *Klee* desarrolló (20) inevitable (21). Bien es cierto que en relación con el chantaje *Klee* argumentó: «nada tiene en absoluto que ver con la esencia de la cosa que el extorsionador amenace con una acción permitida o prohibida; se trata exclusivamente del efecto psicológico, que en el primer caso puede ser mucho más fuerte que en el segundo» (22); sin embargo, si dicho «efecto psicológico» restringía la libertad ya no fue objeto de discusión. Pues, «lo esencial no es que la representación del peligro, es decir el temor, esté provocado por quien quiere explotarlo; basta con que se utilice o se haga uso de un temor de por sí ya concurrente. De este modo, la extorsión deja de ser un delito de coacciones para convertirse en un delito de explotación» (23). Lo decisivo no es la restricción de la libertad sino «la explotación de la situación de necesidad del otro, quebrantando las buenas costumbres» (24).

Como último intento de interpretación —paradigmático y sin pretensión de exhaustividad— cabe citar la solución de *Nipperdey*. Frente a *Klee*, *Nipperdey* consideró decisivo como medio extorsionador coactivo la restricción de la libertad, y en relación con la amenaza por medio de un mal cuya causación no sea antijurídica o anticontractual desarrolló, entre otros, el siguiente principio: «La amenaza de un mal cuya causación no se halla prohibida, está permitida también cuando por medio de la causación del mal se puede, o se pretende, conseguir la ventaja patrimonial» (25). En lo que se refiere a la extorsión por medio de una amenaza que limita la libertad este

(*) El § 138, apartado 2.º BGB declara la nulidad de los negocios jurídicos usurarios (N. y Leipzig, 1911, conclusiones en p. 155.

(16) loc. cit. pp. 94 y ss.

(17) loc. cit. pp. 118 y s.

(18) loc. cit. p. 115.

(19) Véase *infra* apartado VIII.(20) Que para *Klee*, de *lege ferenda*, debe abarcar las coacciones, Der Erpressungsbegriff

(21) loc. cit. n.º 9, p. 79.

principio contiene algo correcto, aunque también evidente: quien conforme a derecho puede forzar un comportamiento de otro o conseguir que este se produzca de otro modo amenazando con el comportamiento legal, no restringe, en relación con la ejecución de dicho comportamiento, la libertad del otro. No obstante, *Nipperdey* no deseaba circunscribir su principio a estos casos; más bien deseaba incluir supuestos en los cuales la ventaja patrimonial podría ser obtenida de manera legal, no del amenazado sino de un tercero (26). De esta modo, sin embargo —formulado de forma general para las coacciones— ya no se hace hincapié en si el autor restringe la libertad de la víctima, o si, al menos, amplía su libertad a costa de la víctima, sino si amplía su libertad general (27). Quien, por ejemplo, en el caso del RGSt. 3, 429 y s. 430, amenaza a su competidor con la práctica del dumping en el momento de la licitación en caso de no obtener una compensación (28). Pase lo que pase, puede claramente obtener una ganancia, pero sólo de manera alternativa a costa del amenazado; además, la restricción de la libertad de quien se ve amenazado, si es que tiene lugar, ni disminuye cuando el competidor puede obtener un beneficio en caso de obtener la adjudicación, ni aumenta si a causa del dumping la adjudicación sólo puede producir una pérdida.

Estas teorías, originarias de una época de discusión vivaz del problema que aquí se aborda, enseñan, en primer lugar, lo siguiente: del propio concepto de amenaza, por mucho que esté necesitado de una limitación, cabe extraer unas líneas de delimitación, aunque sean borrosas. Se puede amenazar con acciones prohibidas y con la omisión de acciones obligadas, con acciones permitidas, y —aunque ello se discute (29)— con la omisión de acciones no preceptivas; también se puede amenazar con la omisión de acciones prohibidas (por ejemplo, de actividades oficiales que reporten una ventaja y que, sin embargo, estén prohibidas), y con la ejecución de acciones preceptivas (por ejemplo, con la realización de actos oficiales gravosos y obligados); en todo caso, la víctima del comportamiento coactivo se encuentra en una situación de presión, siente temor, porque el comportamiento con el que se le amenaza, sea conforme a derecho o antijurídico, le resulta perjudicial y, en lo que se refiere a las alternativas de su comportamiento, vive bajo el dictado de quien le amenaza. Si el delito de coacciones debe constituir un delito contra la libertad —aunque se demostrará que no lo es en toda su extensión si se utiliza la interpretación habitual que además corresponde con la Ley de Armonización de 1943—, el punto de partida, a efectos de establecer los correspondientes contornos fácticos, sólo puede consistir en interpretar la amenaza a la luz de la restricción de la libertad. Este punto de partida que halla su mayor intensidad en la tesis de *Kollman*, y al que se renuncia conscientemente en la concepción de *Klee* y del que carece la solución de la conexidad, se encuentra en *Nipperdey* sólo de modo invertido en la ampliación de la libertad general del autor.

(26) Cfr., especialmente, los ejemplos de *Nipperdey*, loc. cit. pp. 98 y 102.

Id., apartados IV y VI.

(28) A este respecto, *Nipperdey*, loc. cit. p. 98; *Engelhard*, loc. cit. p. 64.

(27) En relación con la ampliación de la libertad como elemento de las coacciones vid. *id.*

(29) Vid. *supra*, n. 3.

III.

Al comienzo ya quedó patente que la restricción fáctica de libertad imputada por el autor de las coacciones que se encuentra en una situación de superioridad respecto de la víctima, no afecta a la libertad que normativamente le corresponde a ésta. La cuestión acerca de si se produce una restricción de la libertad se debe determinar en relación con la situación existente en caso de no mediar la coacción. Si la situación existente cuando no media coacción se quisiera calificar como una situación de absoluta libertad, ello significaría negar la existencia de un ordenamiento jurídico regulador del comportamiento humano. En casi toda demanda civil cuya finalidad sea obtener una prestación, y sobre todo en las que están justificadas, va implícita la amenaza de proseguir con el procedimiento hasta que el deudor pague o el acreedor halle satisfacción por medio de la ejecución forzosa. ¿Es que en estos casos ya concurre, «en realidad», una coacción? ¿Qué le detrae el demandante al demandado en lo que concierne a la libertad? La posibilidad de no pagar, pero, ¿no ha renunciado el deudor a esta parte de libertad al endeudarse contractualmente?, y esta libertad ¿no le ha sido destruida por el ordenamiento jurídico a consecuencia de haber contraído legalmente la deuda? Sin embargo, si el derechohabiente no pleitea, entonces de hecho suministra de nuevo al obligado la libertad que éste había perdido. Aún hay que determinar si, y en su caso en qué medida, se encuentra garantizado por el § 240 StGB este ámbito de libertad jurídicamente destruida y fácticamente repuesta. O, dicho en otros términos: en toda oferta contractual definitiva se halla presente la amenaza de no conceder a la contraparte condiciones más favorables. ¿Es que esto queda «en realidad» abarcado por la libertad del otro contratante? No toda libertad que otro fácticamente puede proporcionar constituye el bien jurídico del delito de coacciones.

Además, al inicio se constató que dado que limita la libertad, la resolución de coaccionar no se detrae del bien jurídico a la hora de determinar lo que constituye la agresión a dicho bien jurídico. De ahí que el autor de las coacciones no pueda argumentar que él no restringió libertad alguna, sino que como consecuencia de su determinación a actuar la situación coactiva ya se hallaba presente y, por tanto, él sólo se aprovechó de ella. Una argumentación semejante sería sin lugar a dudas absurda si el autor amenazase con cometer un delito en caso de que se diese un determinado comportamiento por parte de la víctima, aunque esté firmemente decidido a cometer el delito en caso de una negativa; o también cuando el autor decide primero cometer un delito y a continuación concibe el plan de intentar dejarse convencer para no poner en práctica el plan delictivo. No obstante, si la «oferta» para desistirse de la resolución delictiva procede de la propia víctima, entonces está claro que el autor responde por tentativa de delito en el supuesto de que haya alcanzado el estadio de la tentativa, aunque en este caso ya no resultaría evidente de forma clara si ha coaccionado o se ha aprovechado de una situación coactiva con la que se ha encontrado. Si, por ejemplo, quien encuentra un objeto de arte perdido se apropia de él, y a continuación, cuando se ofrece una alta recompensa en caso de devolución, el poseedor ilícito amenaza con

proceder a la devolución del objeto sólo si percibe la recompensa, entonces, cabe argumentar, por una parte, que el hecho de que la cosa continúe sustraída a la víctima se ve «satisfecho» por la pena de la apropiación indebida, y, por otra, que el autor, al entrar en el juego de la oferta de recompensa *amplia* el ámbito de libertad de la víctima (30).

Es necesario desvincularse del pensamiento de que la libertad de la víctima se puede configurar como bien jurídico sin referencia a la libertad de los demás; como ya se expuso al comienzo, en relación con el comportamiento entre víctima y autor, sólo si se lleva a cabo una delimitación del bien jurídico libertad puede evitarse la antinomia de un bien jurídico que sea «antijurídico». Si en el ejemplo citado en último lugar, el autor se encuentra obligado a proceder a la devolución del objeto sin remuneración alguna a cambio, entonces cuando dice que sólo procederá a la devolución a cambio de la recompensa le está dejando a la víctima menos alternativas de comportamiento de las que jurídicamente debería dejarle. Pero si el ofrecimiento de una recompensa no se encuentra viciado, entonces la víctima está vinculada al autor jurídicamente, y a dicha víctima no se le garantiza otra libertad que la que el autor admite. De lo contrario, todo cumplimiento de obligaciones de tracto sucesivo se convertiría en una coacción recíproca. El delito de coacciones como delito contra la libertad consiste en la cercenación de alternativas de comportamiento jurídicamente garantizadas.

IV.

El Derecho garantiza la libertad como libertad de verse libre de coacciones, o como libertad ambulatoria, o como libertad de vivir y de vivir incólume, como libertad para tratar con cosas y mantener relaciones patrimoniales, etc. A los titulares de bienes jurídicos siempre se les garantizan diversas alternativas a sus comportamientos. El hecho de que con esta concepción un gran número de delitos se convierten en delitos contra la libertad encubiertos, precisamente no constituye nada nuevo en el ámbito de las coacciones: las dificultades del concepto de violencia, expandido de manera incontrolada (31), estriban —además de en la tendencia a introducirse en

(30) Las difíciles cuestiones que por una parte afectan a la eficacia de la recompensa a la luz del § 138, apartado 2 BGB, y, por otra, la regulación similar a la transacción en los casos de renuncia concluyente al derecho de repetir, quedan aquí sin resolver. En todo caso, probablemente no constituiría extorsión toda solicitud de una recompensa que ha sido ofrecida sobrepasando la cantidad legal.

(31) En lo que concierne a la expansión incontrolada de las coacciones como consecuencia del nuevo concepto de violencia, se muestra especialmente crítico Geilen, Beiträge zur ges. Strafrechtswissenschaft (Mayer-Festschrift),

el ámbito de las amenazas (32); tendencia en parte encubierta y de una cuasi grotesca fisiología amateur («excitación nerviosa») — en la idea de que toda sustracción de cosas, lesión corporal, etc., necesariamente detrae libertad en la medida en que, de forma antijurídica, se procede contra la víctima o sus bienes. La solución a la violencia, a la que aquí sólo se hace una breve alusión, no puede consistir en negar la restricción de libertad ante los ataques antijurídicos a los bienes de la víctima (33). Tanto en lo que concierne a la violencia como a la amenaza, lo decisivo es que todo delito que atenta contra bienes jurídicos individuales entraña una revocación de libertad, y que todo anuncio de un delito amenaza con revocar libertad. No obstante, el delito de coacciones exige algo más ya que de lo contrario sería subsidiario de cualquier delito de lesión que obligase a víctima a desplegar un determinado comportamiento. En el delito de extorsión este plus se halla en el enriquecimiento que se persigue (34). Lo que le es exigido a la víctima *por medio de su comportamiento* debe enriquecer al autor y ampliar su poder. Las coacciones no calificadas deben ser concebidas de manera análoga: el autor usurpa para sus propios fines el comportamiento arrancado. No sólo detrae libertad, sino que traslada a su favor el ámbito de alternativas de comportamiento que la libertad garantiza; amplía su propia libertad no sólo a través de los *medios* de desarrollo de la víctima, sino a través del propio *comportamiento* de la víctima. La víctima «trabaja» u omite un quehacer determinado en favor del autor. El delito de coacciones no se dirige contra la existencia, sino contra la competencia sobre la libertad. Sin esta especificación tampoco sería posible delimitar (en el ámbito de las amenazas) el § 241 StGB del § 240 StGB: de acuerdo con el § 241 StGB el amenazado adoptará, por lo general, como frecuentemente presupondrá el autor, medidas de precaución, preparará la defensa, evitará lugares peligrosos, etc.; se verá, por tanto, «coaccionado» a un determinado comportamiento. Pero este comportamiento nada aporta en general al autor y cuando algo sí le aporta, entonces hay coacciones. Sólo si el propio *comportamiento* de la víctima amplía las posi-

hay en la coacción, Geilen, JZ 70, pp. 521 y ss., 528: «perjuicio somático» como contraposición a «temor» no puede conducir a ninguna solución sistemática satisfactoria porque el bien jurídico no sólo puede verse afectado por medio de una coacción corporal o por medio de la amenaza.

(32) De manera acertada y crítica Busse, loc. cit. n. 1, pp. 110 y ss.; Geilen, JZ 70, p. 528.

(33) Haffke, ZStW 84, p. 63, opina que se puede diferenciar entre la producción de una resistencia invencible y la pura modificación de una situación objetiva con el resultado de determinadas reacciones de la víctima. Sin embargo, una diferenciación entre una resistencia y la falta de medios de acción sólo es factible de manera burdamente fenotípica. Toda oposición puede ser interpretada como falta de medios para su vencimiento, y viceversa. Incluso cuando sea posible concretar si el autor ha erigido una barrera o ha detraído los medios para vencer barreras

(dicho sea de paso: la decisión en lo que concierne a la detracción de medios sustitutivos del cuerpo humano debe ser contraria a la violencia; de otra opinión Haffke, p. 62, n. 102), los efectos de ambos modos de comportamiento son exactamente los mismos. El que la víctima sólo en el último supuesto, «de acuerdo con su voluntad momentánea», tome medidas «de cara a la nueva situación» (p. 65), es decir, que enfrente una diferencia de los efectos psíquicos, es falso: El encerrado (violencia) tiene que protestar tan poco contra la situación en la que se encuentra golpeando la pared como (a la inversa) inmóvil debe permanecer la persona a quien le han sustraído sus medios de acción.

(34) El tipo del § 253 StGB está más «determinado» que el del § 240 StGB; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11.ª ed., Berlín 1969, p. 82; más ampliamente, *el mismo*, Niederschrift u. d. Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, VI, Bonn 1958, p. 279.

lidades de desarrollo del autor la falta de libertad de la víctima se convierte en libertad del autor (35). Las coacciones no son sólo un delito lesivo de la libertad —esto lo son todos los delitos lesivos de bienes jurídicos individuales que conllevan un determinado comportamiento de la víctima— sino «una dictadura en el caso concreto», una ampliación del poder del autor a costa del *comportamiento* de la víctima, un delito que desplaza libertad. Y a este respecto, no es decisivo si el autor podía haber obtenido esa libertad conforme a derecho, sino si estaba facultado para detraerla a la víctima (36).

El simple hecho de no pagar una deuda o la amenaza de no hacer frente al pago, no entraña coaccionar al acreedor a que presente una demanda; el encierro no tiene porqué, pero puede constituir una coacción a omitir caminar de lugar. En todo caso, la cuestión decisiva para afirmar que concurre un delito de coacciones es que el *comportamiento* no libre de la víctima aporte un plus de libertad al autor.

V.

La libertad que tiene garantizada la víctima no presupone una garantía jurídico-penal. El Derecho también garantiza, por ejemplo, la libertad de tener relaciones con objetos y a no ser víctima de subtracciones, o la libertad de obtener una resolución administrativa en un procedimiento administrativo, o —al menos con la misma relevancia— la libertad de obtener la contraprestación contractual a cuya prestación otro se ha comprometido valientemente, etc. Estas libertades no se configuran como libertades jurídicas si no hay una correspondencia en la falta de libertad por parte del sujeto que se ve gravado; pues si el sujeto que sufre el gravamen siquiera tuviese «de por sí» —lo que significa a reserva de la solución de una colisión— la libertad de substraerse al gravamen, desde un principio no existiría la libertad del derechohabiente; tampoco aquí se trata de un caso de colisión de bienes jurídicos, sino de que entre ambas libertades, la del afectado y la del derechohabiente, sólo una de ellas puede hallar garantía en un sistema. La constitución de esta libertad no tiene como consecuencia la no-libertad del afectado, sino que es dicha falta de libertad. Expresado de forma plástica: la libertad de uno y la falta de libertad del otro no son dos monedas con valores ponderables entre sí, sino las dos caras de una misma moneda. De ello se deduce que el amenazar con ejercitar la libertad, esto es, con el cobro de una deuda o con defenderse frente a una agresión antijurídica, etc., en la medida en que no se sobrepase los límites del § 226 BGB (*) y análogos preceptos

(35) Los partidarios del nuevo concepto de violencia se aproximan a este punto de vista cuando exigen intención en relación con el comportamiento que se ha obtenido por la coacción: *Schönke-Schroder*, loc. cit. n. 3, 240.

n. m. 27; *Knodel*, *Der Begriff der Gewalt im Strafrecht*, München y Berlin, 1962, pp. 84 y 85; no sin embargo *Maurach*, *Deutsches Straf-*

recht, BT 5, Karlsruhe, 1969, p. 119.

(36) Vid. *supra*, lo dicho en el apartado II en relación con la postura de *Nipperdey*.

(*) El § 226 BGB prescribe: «Prohibición de abuso. El ejercicio de un derecho será ilícito cuando sólo pueda tener como finalidad causar un perjuicio a otro.» (N. del T.).

jurídicos, no constituye restricción de la libertad, y ello tanto si coloca al autor en una situación coactiva como si se halla vinculada a elementos conexos; a quien sufre la amenaza no se le priva de libertad alguna cuando sólo se le formulan exigencias que están dentro del marco de aquello a lo que jurídicamente se halla vinculado (37). La situación de coacción en la que se encuentra es la traaposición fáctica de lo que ya con anterioridad era conforme a derecho. Incluso cuando del sujeto gravado se exige un comportamiento delictivo, no se le detrae libertad alguna a la que tenga derecho, sino que lo que se hace es inducirle, en contra de quien amenaza esto puede ser resuelto de modo suficiente a través de los §§ 48 del StGB y 830 del BGB (*).

El argumento fundamental de las teorías de la relación y de las teorías de la reprobabilidad, ampliadas estas más allá de la conexidad, reza: no se trata de lo que el autor tiene derecho a hacer u omitir, sino de cuándo tiene derecho a amenazar con una acción o una omisión. En lo que concierne a la necesidad de pena nada hay que objetar a esto (38), sólo que con esta proposición no es posible fundamentar un hecho coactivo como hecho que restrinja la libertad en la medida en que la víctima se halle jurídicamente vinculada al autor, es decir, carezca de libertad frente a él. La amenaza de un delito contra la libertad no constituye sólo un medio para restringir la liber-

(37) *Hafke*, ZStW 84, pp. 37 y ss., en su investigación sobre la violencia, parte de un presupuesto equiparable al concebir la intimidación como «una agresión a la libertad del ejercicio de la voluntad» (58). Que esta reducción a las restricciones de la libertad la acometa corrigiendo directamente el concepto de violencia, y no por medio de la restricción de la libertad que la violencia conlleva, sólo constituye una cuestión terminológica y de técnica de tipificación, sin que entren consecuencias necesariamente divergentes de la interpretación por la que aquí se ha optado, consistente en la ampliación del tipo por medio del elemento «restricción de la libertad» más el elemento «ampliación de la libertad» del autor a través del comportamiento de la víctima». Sin embargo, si existe una diferencia en relación con la fijación valorativa de *Hafke* del bien jurídico: la salvaguarda de «intereses originariamente propios y socialmente adecuados» (58), como algo que no restringe la libertad, como algo no «ofensivo». Ante la pregunta del millón, sobre el tratamiento inadecuado de comportamientos socialmente inadecuados pero permitidos (borrar las huellas del delito por parte del autor), *Hafke* considera decisiva en un primer momento la irrelevancia jurídica penal del comportamiento, afirmando, sin embargo, que también es «normal» desde la perspectiva social, lo cual desde luego es una valoración altamente criticable: el encubrimiento de parientes es en la misma medida habitual y no punible, ¿a pesar de ser antijurídico es socialmente normal? o ¿estriba la diferencia en que el autoencubrimiento soci-

almente anormal no es entendido como antijurídico? El efecto indicativo del tipo no puede lograrse con la ayuda de la adecuación social, sino sólo por medio de la determinación de las esferas de libertad jurídicas. De ahí que tampoco las intervenciones a las que se tiene derecho entrañen una restricción de libertad. La argumentación de *Hafke* de que el fin del acto de intervención lo constituye, en estos casos, precisamente el perjuicio que se irroga en la libertad del ejercicio de la voluntad ajena (60), postula, sin fundamentarla, la concurrencia de una libertad jurídicamente relevante en la víctima de la agresión. Que alguien deba ostentar la libertad de no hacer frente a sus deudas y de impedir que acceda a su casa el agente ejecutivo (en opinión de *Hafke* no concurre violencia, p. 61, n. 99) porque en este caso se salvaguardan «intereses originariamente propios y socialmente adecuados (?)» constituye, en todo caso, una consideración altamente provisional; pues dichos intereses también los salvaguarda en nombre del acreedor el agente ejecutivo que realiza el esfuerzo por entrar en la casa. Todos los ordenamientos que distribuyen la libertad y que están ubicados por debajo del ordenamiento jurídico sólo pueden configurar la libertad como bien jurídico con reserva de las reglas del ordenamiento jurídico en el mismo sentido.

(*) El antiguo § 48 StGB, derogado por la 23.ª Ley de Modificación del StGB, se refería a la inducción, por su parte, el § 830 BGB se refiere a coautores y partícipes.

(38) Vid. *infra*, apartado VIII.

tad, sino que debe colocar a la víctima en una situación de falta de libertad, porque si no, si ya a causa de la amenaza la víctima no se halla en una situación de falta de libertad, es claro que es la propia víctima la que libremente limita su libertad. La amenaza de traer libertad a la víctima sólo cuando le cercena una alternativa de comportamiento que jurídicamente tenía libremente garantizada (39). Ciertamente, en última instancia, la pérdida de libertad como consecuencia de una coacción eficaz sólo se manifiesta en el comportamiento obtenido coactivamente; sólo en lo que concierne a este comportamiento es la víctima, a la postre, «más pobre». Pero este comportamiento no entraña una pérdida de libertad porque la víctima se haya comportado de manera condescendiente, sino porque se comporta de manera complaciente en una situación de falta de libertad, es decir, la falta de libertad creada a través del medio coactivo produce un cambio en su comportamiento, debiendo este comportamiento reportar al autor, en última instancia —como ya se mostró— una ampliación de su libertad (40).

VI.

Aun queda por abordar el amplio e intrincado campo de los supuestos en los que el autor no tiene derecho a la libertad substraída a la víctima de forma lícita. Se trata del polémico chantaje y de otros casos análogos de coacciones no cualificadas, en los cuales se amenaza, por ejemplo, con la interposición (lícita) de una querrela, con la creación de una situación embarazosa, no injuriosa o lesiva de derechos de la personalidad pero sí deshonrosa, o con comunicar la existencia de una deuda al acreedor que nada sabe al respecto y otros casos similares. También en este contexto, la víctima tiene una vinculación jurídica, como delincuente frente al Estado, como deudor frente al acreedor, o una vinculación de facto tolerada por el Derecho que, por ejemplo —con salvedad de los límites que trazan las normas que protegen el honor y los derechos de la personalidad— si se da a conocer implica que debe soportar la disminución de su reputación o de su perspectivas futuras, etc. No obstante, esta falta de libertad no tiene correspondencia en una libertad jurídicamente garantizada en favor del autor: el *ius puniendi* estatal no está destinado a ampliar la libertad de ninguna persona individual; una deuda tributaria no tiene como finalidad ampliar la libertad de quienes conocen su

(39) Ese también puede ser el caso cuando una norma «ordena» lo contrario; por ejemplo, en la «obligación» del § 1353, párrafo 1.º BGB habrá que ver un concepto equivoco, de lo contrario, entre los esposos se establecería un deber jurídico de hipocresía. El tratamiento de las obligaciones naturales queda aquí sin abordar.

(40) Si la falta de libertad se refleja finalmente en un comportamiento insignificante (el automovilista que se ve acosado por quien le sigue tiene que desviarse a la derecha), la pérdida de libertad que de hecho se

existencia, como tampoco un comportamiento deshonroso constituye beneficio alguno en lo referente a la libertad, al menos, para las personas que no se ven afectadas por dicho comportamiento.

De ahí que, en estos supuestos de chantaje, ampliados a las coacciones no cualificadas, quien amenaza esté facultado bajo la protección del ordenamiento jurídico a realizar aquello con que amenaza. Por tanto, de facto, y sin impedimento jurídico alguno, es señor de esta parcela de libertad de la víctima. Quien tiene conocimiento de la existencia de un delito, está autorizado a denunciar al delincuente; quien conoce la existencia de una deuda tributaria, también está facultado a denunciarlo, etc. Esta autorización tampoco depende de la corrección ética de la motivación: un comerciante está facultado a hacer pública la deuda tributaria de un competidor incluso aunque no quiera defender la existencia de un comportamiento tributario correcto, sino que tan sólo persiga hacerse a bajo coste con el endeudado negocio; el competidor puede poner en una situación comprometida a su colega también cuando no sienta interés por la salvaguarda de la moral y sí por medrar rápidamente; y quien tiene conocimiento de un hecho delictivo, también está facultado para denunciar al delincuente aun cuando para él la pena nada signifique, pero sí represente poder llevar una vida conjunta con la mujer de dicho delincuente sin ser molestado. El sicofante que actúa en los límites del Derecho es en verdad un bribón, pero actúa conforme a derecho. En estos casos, la ejecución de la amenaza no restringe libertad alguna a la que la víctima tuviera derecho, mientras que el autor sí amplía precisamente su libertad por medio de la relación que se establece entre la ejecución de lo amenazado y el comportamiento de la víctima, es decir, por medio de la amenaza, puesto que en la medida en que tenga éxito, obtiene de la víctima un comportamiento que le satisface; pero también amplía la libertad de la víctima, puesto que junto a la alternativa de verse gravada por la ejecución de lo amenazado le posibilita una ulterior alternativa. Naturalmente que el autor puede evitar toda situación gravosa, pero no está obligado a hacerlo; es la víctima la que debe soportar una situación gravosa de la que, en todo caso, se ve liberada, sin que ello le estuviere garantizado jurídicamente.

En la medida en que por falta de corrección ética en los motivos, no desaparezca la conformidad a derecho de un comportamiento, la amenaza de dicho comportamiento carente de conexidad sólo entraña una limitación de la libertad fáctica, no sin embargo la de una libertad jurídicamente reconocida; por tanto, a diferencia de cuando se amenaza con un comportamiento antijurídico o anticontractual, para determinar la libertad que puede ser sustraída por medio de las coacciones, debe sustraerse dicha libertad fáctica previamente a la libertad de la víctima. Toda alternativa que se le impone a la víctima entraña un plus de libertad y no conlleva falta de libertad. La solución de la conexidad solo conduce a las coacciones como delito contra la libertad cuando, al menos, la libertad de la víctima esté garantizada, es decir, cuando la víctima tenga una vinculación jurídica o, dicho con otras palabras, en todo caso esté libre de las ataduras que conllevan los costes para comprar su libertad. Como todo delito consumado de coacciones demuestra, ya que al pagar una cantidad para verse libre, la víctima cuenta con obtener más li-

bertad que la que obtiene soportando las ataduras jurídicas, una garantía de libertad en favor de la víctima no puede fundamentarse sólo en la prohibición de establecer el vínculo —vínculo que la víctima puede implorar al autor—, sino exclusivamente en la prohibición de causar un mal por medio de una amenaza carente del elemento de la conexidad. El autor a quien se le pueda comparar la posibilidad de irrogar un mal debería perder dicha posibilidad (41). Que esta solución no se corresponde con lo que establece el ordenamiento jurídico lo ponen de manifiesto los estrechos límites del § 226 BGB —no obstante, el autor pierde la posibilidad de ejercitar su derecho si mediante la amenaza priva de libertad— y el § 154c StPO (*) en relación con el caso más complejo de amenaza por medio de la presentación de una quereña (42). La proposición, que quizás suene extraña, de que quien amenaza con un comportamiento conforme a derecho no sustrae libertad sino que la crea, gana en plausibilidad si convertimos la amenaza en una oferta de la víctima —y de esta manera, en lo que se refiere a la solución de la conexidad, en una contra-coacción—. La no realización del comportamiento por parte de la víctima entraña ya un mal para el autor; la víctima deja claro que es posible que el autor renuncie a su comportamiento, en cuyo caso ésta se comportaría de manera conveniente; es decir, la víctima propone el vínculo, y esto no significa nada distinto a lo siguiente: «Únicamente si el comportamiento del autor no tiene lugar, realiza la víctima su comportamiento». De este modo, «en realidad» también la víctima, estaría, a su vez, coaccionando. Incluso la víctima que insiste en que se respeten las condiciones de la coacción, estaría «en realidad» coaccionando. Por medio de tal traslado del bien jurídico a la cláusula de reprobabilidad, la inconstitucionalidad del § 240 StGB sería evidente.

VII.

La conclusión alcanzada está necesitada de precisiones. Hasta ahora, se ha partido de presupuesto de que ha tenido lugar el vínculo entre la no pro-

(41) Los casos de amenaza de un comportamiento antijurídico o anticontractual, que tienen cabida en el § 253 StGB sobre la base de la antijuridicidad de la ventaja a obtener, y que deben ser conjurados por parte de la víctima por medio de un comportamiento que le vincula jurídicamente, no son aquí tratados, ya que en estos casos la cuestión no es la configuración de la amenaza, sino del comportamiento así obtenido, en particular, también se ven afectados casos de violencia. No obstante, como cabe notar, resulta evidente que en estos casos el autor le deja a la víctima una alternativa que no grava su libertad más allá de la medida jurídicamente exigible cuando la víctima puede despiegar el comportamiento obtenido por coacción de la misma forma en que le es exigible legalmente.

(*) El § 154c StPO dispone: «En caso de haberse cometido un delito de coacciones o de extorsión por medio de la amenaza de descubrir un hecho punible, el Ministerio público podrá renunciar a la persecución del hecho con cuya revelación se amenazó cuando en atención a la gravedad del hecho no resulte imprescindible sancionarlo.» (N. del T.).

(42) En todo caso, el § 154c StPO parte de la base de que la amenaza de la presentación de una quereña que se tiene derecho a interponer puede dar lugar a unas coacciones (extorsión). En esta medida, el precepto se corresponde con la interpretación habitual en la actualidad. Pero así no puede considerarse decidido el que esta coacción constituya un delito contra la libertad; cfr. *in fine* apartado VIII.

ducción del mal y el comportamiento obtenido por medio de coacción. En la medida en que este sea el caso, rige lo siguiente: si el mal con el que se ha conminado no restringe la libertad jurídicamente garantizada, el comportamiento obtenido por medio de coacción ha sido realizado de modo libre porque se ha creado una ulterior alternativa de libertad en el ámbito del espacio de libertad jurídica que le queda remanente a la víctima. De este modo, sin embargo, en nada se prejuzgan los casos en los cuales, en realidad, el comportamiento de la víctima carece de influencia sobre el mal con el que se ha conminado, bien sea porque quien ha llevado a cabo la amenaza quiere ejecutarlo de todos modos o impedir que tenga lugar, o bien sea porque no puede llevarlo a cabo o impedir su producción. En la medida en que el mal no tenga lugar no se suscitan dificultades: desde el punto de vista de la motivación la falta de libertad que el sujeto cree que concurre surte el mismo efecto que si fuera real. Sin embargo, en la medida en que indefectiblemente el mal vaya a tener lugar el análisis se torna más complicado; al mismo tiempo que amenaza, quien lleva a cabo la amenaza está haciendo creer a la víctima que dispone de más libertad de la que en realidad tiene. Este plus de libertad no realizable lo está simultáneamente limitando el autor de la amenaza, y concretamente a una medida menor de la que existiría de no darse la amenaza. Expresado por medio de los elementos de la etafa: se engaña sobre la posibilidad de obtener una contrapensación. Expresado ahora en las categorías de las coacciones: la libertad pretendidamente detraída, pero, en realidad perdida, se convierte en una falta de libertad real del comportamiento de la víctima.

La interpretación del delito de coacciones como un delito contra la libertad impone además de la restricción del tipo, hasta ahora alcanzada, a las amenazas de comportamientos antijurídicos o anti-contractuales, una coacción marginal; en concreto, una ampliación de las amenazas al ámbito de las advertencias. Lo decisivo no es si el autor hace creer que tiene influencia sobre el mal con el que ha amenazado (43), sino si la pretendida vinculación entre el mal y el comportamiento de la víctima depende del autor o dependió de él en el momento de surgir el dolo de coaccionar, incluso también si lo niega ante la víctima. Amenazas que restringen la libertad también se dan, por tanto, si el autor presenta como evitable un mal que en realidad no se va a producir, aunque no afirme tener influencia propia sobre dicho mal. En este sentido, por ejemplo, en el caso de la sentencia del BayOblGSt 55, 12 en la que un representante quiere incrementar sus ventas señalando que el no disponer de los bienes por él vendidos es punible, es irrelevante —en contra de los fundamentos— que dicho representante anuncie la pena por medio de su persona: en cualquier caso, la libertad de la víctima está perdida. Una restricción de la libertad también concurre cuando el autor, con dolo de coaccionar, primero crea una situación de hecho consumada y, a continuación, sugiere a la víctima la única alternativa posible para evitar dicha situación, por ejemplo, quien sin posibilidad de revocación remite a la esposa

(43) Así la definición general, cfr. Schönke-Höfer, *StGB*, 65.ª ed., § 240 con cita a Schroder, n. 3, n.º 21 previo al § 234 con cita a Schroder, n. 3, n.º 21.

de la víctima una carta injuriosa sobre la propia víctima, y a continuación se lo comunica a ésta obligándole a permanecer en casa para interceptar la carta. Lo único que aquí resulta decisivo es si el autor ha cercenado a la víctima una alternativa de comportamiento jurídicamente garantizada. Que el autor afirme además que algo tuvo que ver con la inminente intervención, en la medida en que ha convencido a la víctima de la existencia del vínculo, tiene tan poca influencia como la circunstancia de que el contacto —superfluo— que entre autor y víctima se establece, se produzca en un momento en que el autor ya no domina, real o presuntamente, la «maquinaria de amenazas» por él instalada de forma real o presunta.

VIII.

La interpretación del § 240 como delito contra la libertad contradice las intenciones del Decreto de Armonización del ordenamiento jurídico-penal de 1943. El delito de coacciones, tal y como viene siendo entendido desde entonces, no constituye en todos los supuestos un delito contra la libertad: además, en la medida en que en lugar de la libertad la cláusula de reprobabilidad siga constituyendo el criterio más importante de interpretación, no cabe esperar obtener unos contornos típicos precisos dada la falta de uniformidad en torno al bien jurídico.

Las consideraciones que se han realizado no deben ser entendidas en el sentido de que el ámbito que se ha desgajado del delito de coacciones como delito contra la libertad sólo debe quedar impune, sin excepción alguna, desde un punto de vista de *lege ferenda*, si bien cuando se reconoce su no pertenencia al delito de coacciones es cuando debería ser más fácil seguir la demanda de Peters de dejar lagunas en la medida de lo tolerable (44). Los casos que no restringen la libertad, pero que de acuerdo con la interpretación vigente pertenecen a las coacciones, muestran algo en común: el autor saca partido de una debilidad de la víctima, debilidad que él conoce, o —y ello no sólo en el caso de la extorsión— utiliza el conocimiento del que dispone para ampliar su libertad a través de un concreto comportamiento de la víctima. Al mismo tiempo, amplía la libertad de la víctima; incluso en múltiples ocasiones será la propia víctima quien solicite el «trueque», si bien el beneficio que el autor obtenga será desproporcionadamente elevado o, por otros motivos, jurídicamente no deberá ser tolerado. De este modo, se produce una completa identidad formal con el delito de usura. Esto no es algo nuevo en la doctrina, habiendo sido aprovechado por última vez, en la fundamentación del AE (45) al § 116 apartado 3 n.º 3 (46) (*), si bien no de una

(44) Peters, Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses, Tübingen 1963, p. 14.

(45) Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, BT, Straftaten gegen die Person, t. 1, presentado por J. Baumann y otros, Tübingen 1970.

(46) Exposición de motivos, p. 62.

(*) El § 116, apartado 2.º, n.º 3 AE (al que en realidad se refiere el autor, en lugar del apartado 3.º, n.º 2) se refiere a los supuestos de amenazas con omisiones no punibles, con suicidios u otras acciones que no afectan a los bienes jurídicos del amenazado o de personas pró-

manera suficientemente radical y si restringida a los supuestos de amenaza con una omisión no antijurídica. También el usurero explota una situación de necesidad en la que se encuentra la víctima, situación que, dicho sea de paso, el usurero también puede crear en un primer momento por medio de un comportamiento ajustado a derecho (por ejemplo, mediante la rescisión de un crédito); en la medida en que le ofrece una alternativa el usurero también amplía la libertad de su víctima, y sin embargo su beneficio tampoco puede ser tolerado por el Derecho.

Del mismo modo que, en concordancia con las consideraciones antes expuestas (47), el amenazar con un comportamiento que en sí está permitido pasaría a ser un delito contra la libertad si —precisamente como consecuencia de dicha amenaza— el ordenamiento jurídico revocase a quien amenaza la autorización para ejecutar el comportamiento con el que ha amenazado (y que de hecho hay un delito contra la libertad si el ordenamiento revoca la autorización), también la usura se convertirá en un delito contra la libertad si a la persona que está dispuesta a entregar algo por un sobreprecio se le impusiere la obligación de hacer la entrega al precio correcto. Esta obligación fracasa ante la libertad del usurero de negarse totalmente: debiera resultar evidente que el autor que contrata bajo condiciones usurarias ofrece más libertad que el que rehuye todo contrato. En la medida en que no exista una obligación de contratar, la usura no constituye un delito contra la libertad. En comparación con la penalidad de las coacciones, la penalidad atenuada de los delitos de usura —excluyendo los supuestos de profesionalidad— ofrece una relevancia práctica al especial tratamiento de los casos de amenaza que más allá del esteticismo dogmático no conllevan una restricción de libertad, toda vez que con la actual interpretación del delito de coacciones la situación de necesidad que la usura conlleva no necesariamente queda abarcada por el mal relevante que se exige en el delito de coacciones.

Sobre esta base, hay que intentar, por ejemplo, una tipificación de los casos de recopilación planificada de información con cuya publicación posteriormente se amenaza; casos de amenaza con hacer públicas determinadas debilidades de la víctima de las que se ha tenido conocimiento en un marco de confianza, discreción, etc. En estos supuestos no pretendo afirmar que el aspecto más relevante del injusto deba hallarse en el ámbito de la usura, sea cual fuere su bien jurídico; especialmente para los «casos de cajas de pobres», desde siempre dudosos, puede que impere la privatización de la justicia penal (48). Pero resulta prácticamente imposible evitar que en comparación con la situación actual se produzca una ganancia en seguridad jurídica; en todo caso, debería determinarse de un modo más claro de lo que hasta la fecha se ha hecho, cuál es el bien jurídico al que debe dotarse de protección.

ximas a él, precisamente para excluirlas del ámbito típico del delito de coacciones (N. del T.).

(47) Relativas al apartado VI.

(48) También en los casos antes citados, n.º 41, de amenazas para obtener un comportamiento de la justicia penal.

La cuestión concerniente al bien jurídico en el seno de los preceptos que se dirigen contra la usura es, con toda seguridad, altamente intrincada; en todo caso, el bien jurídico directamente no lo conforma la libertad de formación de la voluntad ni la libertad de ejercicio de la voluntad.

IX.

En lo que atañe a las propuestas de los últimos proyectos de reforma, aquí abordaré, brevemente, las diversas tentativas contenidas en dichos textos de proceder a una restricción. El Proyecto de 1962 (49) pretendió la restricción en el § 170, apartado 1, en conexión con el § 11, apartado 1, n.º 7 —y al margen de la cláusula de reprobabilidad— por medio de la reducción de las amenazas a las amenazas peligrosas. Los seis grupos de amenazas peligrosas objeto de enumeración han sido seleccionados bajo el prisma del elevado grado de presión psicológica que, de facto, cabe esperar de dichas amenazas; por tanto, no conllevan, necesariamente, una restricción de libertad en el sentido que aquí se ha expuesto [letras d) a f): amenaza con la adopción de medidas administrativas, con la rebaja en la estima social, con un mal que pone en peligro las bases de la existencia]. Que no estén comprendidos todos los casos de amenaza que entrañan una restricción de libertad, y que se consideren supuestos de bagatela, no resulta contraproducente; de por sí, la falta de relevancia de la amenaza por medio de graves incumplimientos contractuales, y por medio de comportamientos antijurídicos no delictivos, en el ámbito los límites trazados por la puesta en peligro de las bases de la existencia en la letra f, ya no puede satisfacer porque tratándose de una amenaza por medio de una contravención se sostiene que es suficiente que la amenaza entrañe un mal relevante; además, el menoscabo de la reputación social es limitado (50).

La formulación del tipo en el § 116, apartado 1 del Proyecto Alternativo (51), que considera decisiva una «situación coactiva seria» motivada por una «amenaza relevante», permitiría dar a entender, con una interpretación aislada, que, por una parte, faltaría la situación coercitiva si la víctima aún dispusiera de una alternativa conforme a derecho que tuviera que soportar; por otra —al margen de supuestos irrelevantes— que toda situación coercitiva que haya sido motivada por una amenaza consistente en perjudicar posiciones jurídicas garantizadas es «relevante». Como pone de relieve el apartado 2.º, no se pretendió ninguna de ambas cosas. En el apartado 2, n.º 1, el anuncio de que se van a tomar medidas legales se ve limitado por medio de la conexidad y por el requisito de la idoneidad. La prohibición que así se alcanza de llevar a cabo abusos probablemente también comprenda, especialmente en el ámbito de las amenazas con querellas criminales, las amenazas con denuncias jurídicamente lícitas, pues aunque haya una motivación inte-

resada por parte de quien realiza la denuncia, en estos casos, no es sólo un abuso lo que concurre dado el interés público en la persecución penal. Como ya ha sido puesto de manifiesto (52), esto lo demuestra el § 154c del StPO. En relación con la crítica al contenido del n.º 2, coacciones que afectan al honor, las consideraciones antes expuestas (53) tienen plena validez: en la medida en que esté permitido hacer pública una irregularidad, la amenaza no da lugar a un delito contra la libertad. Máxima relevancia ostenta el n.º 3. En primer lugar, en lo que concierne a la exclusión de las omisiones *no punibles*, la remisión a los tipos de usura, que aún están por crear, abarca sólo una parte de la problemática: sobre todo, en el incumplimiento de deberes contractuales (por ejemplo, el empresario que amenaza con no extender un certificado positivo si el trabajador exterioriza determinadas convicciones políticas o religiosas) se origina una laguna en la protección de la libertad. Ciertamente, que se debe afirmar que todo deber contractual ostenta la suficiente relevancia como para que la amenaza de su lesión deba dar lugar a unas coacciones punibles. Sin embargo, el que existan determinados actos de la vida que desde la perspectiva jurídica deban configurarse de manera privada, no siendo los deberes así resultantes, por regla general, jurídicamente sancionables, nada dice en relación con el valor individual y social de dichos deberes. Desde luego que no debe intervenir con «el afilado medio que es el Derecho penal en la polémica sobre el alcance de los deberes contractuales» (54) (en el ámbito del delito de coacciones el deber *que es obligatorio de polémica* constituye un problema de error); ¿debe, por tanto, quedar también impune que el autor le imponga a la contraparte que de él depende, un comportamiento extracontractual (55).

De acuerdo con el Proyecto Alternativo, el incumplimiento contractual puede constituir objeto de amenaza en determinados casos: los de amenaza por medio de un comportamiento activo anticontractual. De todos modos, según el Proyecto Alternativo, dicho comportamiento debe repercutir en un bien jurídico del afectado o de una persona allegada (lo que por ejemplo, bien jurídico sea de paso, también puede ser el caso según *Maurach* (56) en el suicidio que expresamente se excluye); sin embargo, la mayoría de las veces el bien jurídico patrimonio se ve afectado en cuanto patrimonio por la lesión de cláusulas contractuales, y ello tanto en el ámbito de la comisión cuando la omisión; a mayores, el patrimonio también puede verse afectado cuando no concurre un incumplimiento contractual, por ejemplo, cuando se produce la resolución de un contrato o el desistimiento de una de las partes. Sin considerar su competencia jurídica el bien jurídico no ofrece, *per se*, contorno al-

(52) *Vid. supra*, lo dicho en n.º 42.

(53) *Vid. supra* lo dicho en el apartado VI.

(54) Fundamentos, p. 65.

(55) En la medida en que al amenazado le quede la posibilidad de realizar su prevención por medio de una demanda, ciertamente la amenaza no despliega efectos. Una situación de estas características no sólo es posible tratándose de amenazas con perjuicios contractuales, sino también ante cualquier amenaza con un comportamiento lesivo de derechos y, por tanto, restrictivo de libertad. A pesar de ello, nadie consideraría el delito de coacciones como un precepto superfluo, porque la presión coactiva sólo habitualmente surte efectos, por lo que no se da la propia posibilidad de un arreglo judicial del que pueda disponerse.

(56) *loc. cit.* n.º 35, p. 17.

guno. Sin embargo, la competencia jurídica también puede ser garantizada frente a omisiones anticontractuales. Si uno no desea detenerse —como ya sucede en lo concerniente a considerar decisiva la *impunidad* de la omisión— en los bienes jurídicos clásicos del Derecho penal, y también en lo referente al concepto de bien jurídico, entonces es necesario entender como amenazas que conllevan lesiones de bienes jurídicos, por ejemplo, entre otras, un retraso que conculca los deberes administrativos a la hora de entregar un informe, o el perjuicio que puede irrogarse en los exámenes y otros supuestos similares. Por ello, tanto para la acción como para la omisión debería ser posible reconocer en el ámbito de las amenazas el menoscabo de una posición jurídica como momento constitutivo y limitativo de las coacciones como delito contra la libertad.

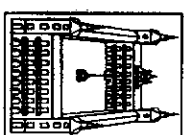
GÜNTHER JAKOBS
Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho
Universidad de Bonn

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL

Traducción al castellano y Estudio Preliminar:

ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS
CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ
MANUEL CANCIO MELIÁ

Juan Velasco Meliá



EDITORIAL CIVITAS, S. A.

18. COACCIONES POR MEDIO DE VIOLENCIA (*)

Uno de los primeros trabajos de *Hilde Kaufmann* se ocupaba de la problemática del error en el apartado 2 del § 240 StGB (1) (**). En aquél entonces se presumía que en dicho apartado se contenía la problemática del delito de coacciones, en cuya solución la dogmática jurídico penal tenía que dar pruebas de su valía. Entretanto, esta ubicación se ha quedado obsoleta. Desde hace tiempo, las confusiones en torno a la cláusula de reprobabilidad se han visto enmarañadas en un *único* ovillo, conjuntamente con las confusiones existentes en torno al concepto de violencia —que no se han visto reducidas—. El esfuerzo que se hace a continuación pretende interpretar el apartado 1 del § 240 StGB, de manera que sea posible prescindir de una solución de compromiso como la contenida en el apartado 2 del precepto. En el centro de dichas consideraciones se encuentra el desarrollo dogmático jurídico-penal del concepto de violencia, que quizás suscite un mayor interés, dado que en el seno de la criminología tampoco se considera que dicho concepto esté especialmente claro (2).

I.

El delito de coacciones, § 240 StGB (3), tiene diversos orígenes (4). Esta falta de homogeneidad es la causa por la cual la interpretación de lo que ha de entenderse por violencia entraña dificultades desde que existe el delito

(*) Título alemán: „Nötigung durch Gewalt“, publicado en: *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Walter de Gruyter, Berlin, New York 1986, pp. 791 a 811. Traducción de Carlos J. Suárez González.

(1) *H. Vianden-Grüter*, Der Irrtum über Voraussetzungen, die für § 240 II beachtlich sind, GA 1954, pp. 359 y ss.

(**) El § 240 StGB prescribe: „Coacciones: (1) Quien coaccione a otro de modo antijurídico con violencia, o amenazándolo con un mal grave, a realizar, tolerar u omitir una acción, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa, y en supuestos especialmente graves con pena privativa de libertad de seis meses a cinco años. (2) El hecho es antijurídico si el empleo de la violencia o la amenaza del mal en orden a alcanzar el fin

perseguido debe ser considerado reprochable. (3) La tentativa es punible.“ (N. del T.).

(2) *Kaiser*, Kriminologie, 7.ª ed. 1985, pp. 294 y s., 299 y s.

(3) El antecedente de la antigua redacción del tipo del § 240 StGB con el que coincide en su tenor literal, lo conforma el § 240 del Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund (Código Penal para la Federación del Norte de Alemania); referencias sobre los antecedentes jurídicos de los distintos estados alemanes se encuentran en *Hälschner*, System des Preussischen Strafrechts, 2. Teil, 1868, p. 178, n. 4.

(4) *Hälschner* (n. 3), pp. 177 y s.; *Köstlin*, Abhandlungen aus dem Strafrecht, Bd. 2, a cargo de la ed. *Th. Geßler*, 1858, pp. 417 y ss.; *v. Liszt/Schmidt*, Strafgesetzbuch, 25.ª ed. 1927, § 99.

de coacciones violentas. Uno de estos orígenes lo conforma el desarrollo como bien protegido de la libertad *general* de obrar de cada uno, que — de acuerdo con el texto del ALR (*), II 20 § 1077 — tuvo lugar con el paso del siglo XVIII al XIX (5). Se trata de un punto de partida jurídico-penal teórico o, como se formulaba en aquel entonces, de un punto de partida filosófico (6). Sin embargo, a la hora de llevar a la práctica este punto de partida la protección de la libertad de obrar se vio restringida por dos razones fácilmente comprensibles. La primera la constituye la poca relevancia externa del resultado delictivo (7): éste no siempre es indicio de que cabe pensar que se ha cometido un delito. Ciertamente que existen delitos contra la libertad en los que esto es distinto — por ejemplo, la violación o el secuestro presentan a menudo resultados que constituyen indicios de que se ha cometido un delito (y lo mismo sucede también con delitos más antiguos que la coacción) — pero cuando, por ejemplo, una persona es coaccionada a permanecer en casa o a estampar su firma en un documento, o a desplegar un comportamiento semejante, estas consecuencias no son, *per se*, manifestamente delictivas. De ahí que la protección de la libertad general de obrar se vinculase a medios que, de manera manifiesta, constituyeran indicios de sospecha, en particular, a la amenaza de un injusto masivo y a la violencia: si esto se quiere sintetizar en una breve fórmula para aquella época, lo más adecuado sería caracterizarlo como una lucha hecha efectiva o, al menos, anunciada por vías de hecho. En segundo lugar, existía — y existe — el peligro de que por medio de una amplia protección de la libertad de obrar se obtuviese un delito prácticamente ilimitado: en todo injusto, incluso en todo incumplimiento contractual, existe desprecio por aquello que corresponde a otros, es decir, desprecio por la libertad jurídicamente reconocida. También esta circunstancia forzó a limitar la protección de la libertad a partir de los medios de ataque. Pero estos medios limitadores no eran, de acuerdo con el punto de partida adoptado, constitutivos del injusto, sino que tan sólo lo hacían manifiesto, y permitían filtrar supuestos mas leves. El punto del cual se partía inducía, por tanto, a generalizar paulatinamente el significado de los medios en favor de una protección más extensa de la libertad de obrar. Es fácil constatar que el concepto amplio de violencia tiene este origen.

El segundo origen contrarrestó durante bastante más tiempo que un siglo la tendencia en favor de una generalización de los medios coactivos, y

(*) Preußisches Allgemeines Landrecht: Codex de Derecho común para los Estados prusianos (N. del T.)

(5) *Grolman*, Grundsätze der Kriminalrechts-Wissenschaft, 1797, §§ 230 y s., en relación con la concepción de *Grolman* véase *Schaffstein*, Lange-Festschrift, 1976, pp. 983 y ss., 997; *Tittmann*, Beiträge zu der Lehre von den Verbrechen gegen die Freiheit, insbesondere von dem Menschenraube und der Entführung, 1806, pp. 1-6.

(6) *Tittmann* (n. 5), prólogo.

(7) *Glaser*, Abhandlungen aus dem Oester-

reichlichen Strafrecht, 1858, se da cuenta de que el evitar «caprichos» y la «arbitrariedad», no son resultados que puedan demostrarse desde un punto de vista forense, dado que «se susstraen(n) a casi todo ojo avizor» (p. 168), sin embargo, su solución, en el sentido de que, debido a ello —entre otras razones—, ha de concurrir el menoscabo de un «derecho concreto» (p. 170, *passim*) sólo aparentemente resulta de ulterior utilidad, pues la pérdida originada por el menoscabo del «derecho concreto» también consiste, entre otras cosas, en que ya no es posible actuar a través del derecho conforme al «capricho» y a la «arbitrariedad».

fortaleció la vinculación a medios comisivos específicos. Se trata del *crimen vis*. El *crimen vis* constituyó el ropaje del que se revistió el nuevo tipo de las coacciones para poder hacerse pasar como derecho vigente. El Derecho romano había desarrollado el *crimen vis* con diversos contenidos, y, en un primer momento, con la intención de frenar los excesos en las luchas partidistas de los nobles en relación con los cargos públicos. Sin embargo, el *crimen vis* se vio ampliado a otros hechos no políticos, en particular, a perturbaciones de la seguridad pública y a supuestos de autotutela no permitidas (8), aunque se mantuvo como un delito cuyo injusto consistía en la lesión de intereses públicos (9); en todo caso, la protección de la libertad de obrar constituía una protección refleja.

Como demostración de lo dicho: *Wächter* (10), el dogmático más relevante del *crimen vis* de la primera mitad del siglo XIX, citó como supuestos probables que tenían cabida en la *lex Julia de vi publica et privata* (11), entre otros, los siguientes: (*vis pública*) ejecución impropia de una pena; violencia contra embajadores; impedir la comparecencia de un acusado ante los tribunales de Roma; coacciones a los jueces; comparecencia armada en la asamblea popular para desplegar violencia; (*vis privata*) cualquier tipo de comparecencia armada en lugares públicos; arrebatar armado la posesión de un inmueble; secuestro; provocación de tumultos; perturbación de entesonas desterradas; en parte, el chantaje; riñas tumultuarias; tomarse la justicia por la mano en cosas no pignoras. Sin embargo, en el Derecho común también se intentó destituir a partir de las diversas variantes del *crimen vis* —especialmente por parte de *Wächter*— el injusto de un delito contra las personas (12). Esta empresa necesariamente estaba abocada al éxito ya que el *crimen vis* se interpretaba de un modo acorde con un significado previo, que se correspondía con el de la era moderna, es decir, con la voluntad de que necesariamente surgiera algo como una coacción (13).

(8) Exhaustivamente *Wächter*, NArch 11, pp. 635 y ss.; *el mismo*, NArch 12, pp. 341 y ss., 13, pp. 44 y ss.; véase especialmente la relación de supuestos contenida en NArch 13, pp. 44 y ss., 209 y s.

(9) *Mommsen*, Römisches Strafrecht, 1899, reimpresión 1955, pp. 652 y ss., 655; *Mayer-Maly*, artículo «*vis*», en *Fauly/Wissowa*, Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, 2.ª serie, vol. 17, 1961, columnas 310 y ss., 332 y ss.; véase también los autores enuncados en la n. 4.

(10) NArch 13, pp. 44 y ss., 209 y s.; *vid.*, también, *Mommsen* (n. 9), pp. 657 y s., 662 y ss.

(11) La diferencia entre *vis pública* y *vis privata* es polémica, pero en todo caso independiente de la diferenciación entre la protección de intereses públicos e intereses privados, en este sentido, en referencia al Derecho romano, *Mommsen* (n. 9), p. 655; *Mayer-Maly* (n. 9), columna 334; en lo que concierne al Derecho

común véase *Schaffstein* (n. 5), pp. 983 y ss., 989 con referencias.

(12) Fundamental, *Wächter*, NArch 11, pp. 635 y ss., 640-647; *el mismo*, NArch 12, pp. 341 y ss., *el mismo*, NArch 13, pp. 1 y ss., 136 y ss., 226, 374 y ss., quien sostiene que lo que queda abarcado es la determinación contra la voluntad, bien por medio de «una violencia física o puramente directa contra una persona» o bien por medio de un comportamiento con base en el cual «no queda duda alguna acerca de la situación de excluir la eventual resistencia a través de tal violencia personal»; en contra, excluyendo «la coacción psíquica», y, por lo demás, no considerando la posibilidad de admitir una generalización del *crimen vis* *John*, Arch. n. F., 1854, pp. 60 y ss., 71 y s., 89 y ss. Mas ampliamente, en relación con el desarrollo anterior en el Derecho común, *Schaffstein* (n. 5), pp. 983 y ss., 985 y ss., 988.

(13) Véase la crítica de *Köstlin* (n. 4), p. 419, a *Wächter*; *Hälschner* (n. 3), p. 174.

Mientras que de acuerdo con el punto de partida de la doctrina penal la violencia delimitaba el injusto de las coacciones, tanto en el *crimen vis* romano como en el Derecho común la violencia constituía el núcleo del injusto: lo que interesaba no era la pérdida de libertad de obrar individual, sino los modos y las formas erróneas del comportamiento, y «erróneo» ciertamente no a la luz de la necesidad de una protección de la libertad, sino erróneos en relación con la seguridad y el orden públicos. En relación con el Derecho común, Hälschner (14) constató lo siguiente: «... también allí donde el *crimen vis* se dirige exclusivamente contra la personalidad, en modo alguno (se muestra) la limitación de la libertad de la voluntad, en todos los casos, como el elemento único, o siquiera como elemento predominante o característico especial del delito... Lo esencial del *crimen vis*... lo conforma la forma de la lesión del derecho, la violencia ejercida, mientras el objeto de la lesión del derecho permanece indeterminado».

a) La violencia, en la medida en que deriva del *crimen vis* (si bien éste también abarcaba perturbaciones del orden por medio de peligros abstractos), constituye una manifiesta perturbación de la paz, es decir, una lucha o un reto que se ilustra por medio de hechos. Las consecuencias de este punto de partida se aprecian con especial claridad cuando se trata de resolver el problema acerca de si pertenecen a la violencia el empleo de fuerza y la repercusión corporal. En lo que se refiere al empleo de la fuerza, el *Reichsgericht* siempre consideró el encierro como violencia, incluso en los supuestos en los que, sin una fuerza especial, se produce por medio del cierre de una cerradura (15). Por el contrario, para el *Reichsgericht* el suministro subrepticio de un medio narcótico no constituye violencia (16). La razón estriba en la forma y modo de proceder: dejar a alguien encerrado constituye, como toda toma de prisioneros, algo habitual como medio de lucha o como autotutela («mazmorra privada»), sin embargo, narcotizar a alguien subrepticamente no pertenecía, en todo caso en el tiempo del Derecho común, ni en la primera jurisprudencia del *Reichsgericht*, a los ardis que se consideraban parte del arte de la guerra. A la pregunta de si una narcotización subrepticia con el fin de sustraer una cosa constituye robo, el *Reichsgericht* argumenta del modo siguiente: «Se pretende evitar una lucha por la cosa, que no debe llevarse a cabo por medio de una manifiesta superación del contrario» (17). Con ello, la superación «manifiesta» debe ser entendida como un vencimiento visiblemente desproporcionado; también el golpe que se propina de manera sorpresiva y alevosa constituye violencia (18). Los golpes subrepticios aún siguen siendo visiblemente similares a la guerra, los suministros subrepticios de medios narcóticos, por el contrario, no.

(14) (n. 3), pp. 174 y s., no polémico en lo referente a las conclusiones; vid., en la actualidad, Schaffstein (n. 5), pp. 983 y ss., 988.

(15) Ya en RG 13, pp. 49 y ss., lo cual no se hallaba libre de polémica, Tittmann (n. 5), p. 6, no considera suficiente «la pura fuerza muerta», como por ejemplo mantener a alguien encerrado.

(16) RG 56, pp. 87 y ss.

(17) (n. 16), p. 89.

(18) Lo cual no siempre es pacífico: Wachter, NArch 15, p. 7, no considera la muerte por acecho como muerte violenta.

Problemas similares surgen en lo que atañe a la cuestión de si el efecto de la violencia debe ser necesariamente un efecto corporal. Tratándose de supuestos de encierro, al *Reichsgericht* nunca le ha perturbado que en aquellos casos en los cuales el encerrado asume la situación de manera plenamente consciente, el efecto corporal sea mediado de manera psíquica: el encerrado no tiene por qué golpear paredes y puertas para hallarse encerrado de manera violenta. Lo mismo acontece cuando se trata de bloquear el paso, lo que es considerado por el *Reichsgericht* como violencia (19). De manera diferente se pronuncia el *Reichsgericht* cuando se trata de impedir la entrada a un lugar; ello no constituye una lucha típica, como el encierro o el bloqueo del paso, sino que, cuando menos, constituye un medio ambivalente, habitualmente más bien un indicio de la voluntad de permanecer en paz (quien defiende su país, o quien se limita a cerrar su vivienda está prohibiendo la entrada). Ciertamente resulta evidente que un impedimento no justificado de la entrada puede obstaculizar a la víctima en el ejercicio de sus derechos, al igual que un encierro o un bloqueo del paso, y naturalmente que el sujeto al que se le ha impedido la entrada, si no asume dicho impedimento, se golpeará contra el obstáculo o la barrera, es decir, colisionará corporalmente con ella. A pesar de ello el *Reichsgericht*, en su primera jurisprudencia, no ha considerado que el impedir la entrada constituya violencia, lo que sostuvo con la fundamentación de que a la persona a la que se le impide la entrada percibe «la violencia» (20) (¿) no de manera «física», sino actuando sólo sobre su «ánimo» y sobre sus «determinaciones»; ¡como si las cosas sucediesen de manera distinta tratándose de encierros o de bloqueos de vías de paso!

b) La unificación por medio del *crimen vis* de la protección de la paz pública perturbada por la violencia con la protección de la libertad de obrar individual ha dado lugar a un delito en el que el medio comisivo, es decir, la violencia, se encuentra en una relación de absoluta tensión con el fin de la protección. En la medida en que en el *crimen vis* el contenido de la violencia aún era algo habitual y la protección de la libertad de obrar algo novedoso, las tensiones puede que apenas se percibieran. Pero desde el momento en que la protección de la libertad de obrar fue percibida como algo evidente y el contenido de la violencia perdió en el *crimen vis* su punto de referencia, el dilema, sin embargo, debía estallar, dado que a partir de dicho momento la violencia debía interpretarse en conexión funcional con el delito de coacciones. Resulta fácilmente explicable que la decisión, que de este modo se convierte en necesaria, entre, por una parte, la violencia como forma delimitada de agresión y, por otra, una protección de la libertad calculable, tenía que repercutir, en una perspectiva a largo plazo, en perjuicio de la violencia, al menos, en lo que se refiere a la violencia entendida como lucha o como anuncio de un enfrentamiento: con la violencia como lucha se optó por un elemento típico que obtuvo sus contornos por medio de otro contexto funcional. Si este tipo de violencia se quisiera seguir interpretando del mismo modo entonces se debería desarrollarse ulteriormente el *crimen vis*, pues es en el ámbito del

(19) RG 45, pp. 153 y ss.; RG DJZ 1923, p. 371.

(20) RG 20, pp. 354 y ss., 356; de manera distinta a RG 69, pp. 327 y ss., 330 y s.

crimen vis donde este concepto de violencia obtuvo sus contornos. Cuando en una de sus sentencias el *Reichsgericht* (21) formula «que el derecho alemán», «en su desarrollo histórico, desde las prescripciones mas antiguas hasta el presente», siempre ha entendido por violencia lo mismo, en concreto, la aplicación «de fuerza corporal» frente a una «resistencia», ello ni resulta correcto (22) ni relevante, ya que las prescripciones mas antiguas se hallan en una diferente conexión de interpretación a las actuales (y es en el ALR donde se suscita, por vez primera, un tipo general de coacciones).

Suena casi como una curiosidad que en las dos sentencias, frecuentemente censuradas, que desarrollan el concepto extensivo de violencia, el Tribunal Supremo Federal se podía haber remitido a la tradición *previa* a la elaboración de un tipo general de coacciones. El Tribunal podía no haber fundamentado la eventual violencia que conlleva una huelga general planificada por los secretarios de la FDJ (23) (*), o la violencia que entraña la ocupación masiva de las vías del tranvía (24) por estudiantes y colegiales, tan sólo sobre la base del efecto coactivo del comportamiento, sino que también podía haber tomado en consideración la general desproporción y la perturbación del orden público que implica ese modo de proceder. Las huelgas generales y los bloqueos de carreteras no se hallan muy alejados de los hechos que eran tratados en el ámbito del *crimen vis*, y, en cualquier caso, menos alejados que algunas coacciones que, como tales, pueden interpretarse como aplicación de fuerza con efecto corporal. Quien en contra de las citadas sentencias se remite a un concepto de violencia «antiguo», o incluso «clásico», debe aclarar a qué época se está refiriendo y por qué razón ha de considerarse más clásica la primera jurisprudencia del *Reichsgericht* (que, dejando al margen aspectos teleológicos, hacía jurisprudencia de conceptos) que el Derecho común.

II.

1. Que en las coacciones el concepto de violencia debiera descomponerse paulatinamente en modo alguno significa que con los restos remanentes, en concreto con el concepto de efecto coactivo, ya se disponga de un medio máximo. El concepto nada rinde en la medida en que sólo se entienda—como lo hace una interpretación ampliamente difundida—de modo psicologizante o conforme a las reglas de la física. De acuerdo con este entendimiento, se producirían efectos coactivos, por ejemplo, como consecuencia de los instintos del hombre, o también en casos de miedo ante peligros, o de tentaciones a la

suerte, o de impedimentos y falta de medios para franquear obstáculos, o como consecuencia de vínculos físicos y psíquicos, pudiendo estos últimos obligar de manera especial cuando dichos vínculos son vínculos amorosos. Acontecimientos tan cotidianos como son este tipo de efectos coactivos no pueden fundamentar el injusto típico (25).

2. En la búsqueda de una fundamentación idónea del injusto cabe evitar confusiones si se separan los dos ámbitos problemáticos que a continuación se enuncian y que en la tradición del *crimen vis* siempre se han visto reiteradamente mezclados; aún hoy se siguen habitualmente mezclando dentro de la cláusula de reprobabilidad—cláusula que resulta completamente superflua si se hace una interpretación precisa tanto de la violencia en las coacciones como del resultado obtenido a través de coacción conforme al resultado típico de un delito de coacciones; en segundo lugar, hay que determinar cómo debe estar estructurada la coacción en relación con el comportamiento para que pueda hablarse de violencia—o amenaza—. En el primer círculo de problemas no se aborda el concepto de violencia sino el comportamiento obtenido por coacción, pero en la medida en que se determine, de manera precisa, qué comportamiento no es fruto de una coacción se facilita la discusión en torno al concepto de violencia.

En lo que se refiere al primer ámbito problemático, constituye una ayuda el simple conocimiento de que el derecho no puede, sin contradecirse a sí mismo, reconocer al mismo tiempo la libertad de realizar un determinado comportamiento y establecer un deber de comportarse de manera contraria. Si el delito de coacciones protege la libertad de obrar, entonces sólo puede tratarse de un tipo de libertad que le corresponde a la víctima conforme a derecho, es decir, de la que el derecho no le priva en otro ámbito. Sólo la pérdida de una libertad jurídicamente reconocida (de manera más precisa: libertad jurídicamente reconocida con carácter general; en contextos especiales—situaciones de justificación—puede perderse la libertad) puede constituir el resultado de las coacciones (26).

(25) v. *Heinischel-Heinegg*, Die Gewalt als Nötigungsmittel im Strafrecht, Tesis doctoral, Regensburg, 1976, pp. 123 y ss., con exhaustivas referencias; *Giering*, en *Luderssen* y otros (a cargo de la ed.), Vom Nutzen und Nachteil Der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, t. 2, 1980, pp. 513 y ss., 522; *Brink y Keller*, KJ 1983, pp. 107 y ss., 114.

(26) *Jakobs*, *Peters-Festschrift*, 1974, pp. 69 y ss. (confundiendo, sin embargo, la definición del resultado con la de los medios) (Cfr. la traducción castellana de este trabajo contenida en este t. II, n.º 19) (N. del T.); básicamente de acuerdo *SK-Horn*, 3.ª ed. 1985, § 240, n. m. 1 y s., 14, 40 y ss.; *Horn*, *NSiZ* 1983, pp. 497 y ss., con ulteriores referencias en p. 497, n. 1; v. *Heinischel-Heinegg* (n. 25), pp. 124 y ss., 217 y ss.; *Glaser* (n. 7), en la interpretación de las coacciones ya procede de este modo, pp. 13 y 15,

(21) RG 56, pp. 87 y ss., 88.

(22) El concepto de violencia extraído del *crimen vis* también tuvo siempre otro contenido, por lo demás, al menos el empleo de la pseudo-fuerza era polémico, y también siempre ha sido objeto de discusión la violencia que tenía lugar contra cosas, con independencia de la resistencia que una persona pudiera oponer; re-

specto del encierro y de bloqueo del paso véase, además, *supra* I 3 a.

(23) BGH 8, pp. 102 y ss.

(*) Freie Deutsche Jugend (Juventudes Libres Alemanas); Juventudes comunistas alemanas en la RDA (N. del T.).

(24) BGH 23, pp. 47 y ss.

El alcance del ámbito de los conflictos sociales en los que se debe formular la problemática del medio coactivo se reduce drásticamente por medio de esta precisión del resultado típico. Así, al existir un deber de tolerancia, ya se excluyen del tipo de las coacciones múltiples casos de coacciones consistentes en *soportar* u *omitir*. Por ejemplo, si los ciudadanos cierran las puertas de sus propias viviendas, o cercan sus predios, ello ciertamente tiene un efecto coactivo con efectos absolutos, pero con total independencia del problema de la violencia, no constituye un delito de coacciones frente a todo aquel que no puede entrar en la vivienda o en el predio, por la simple razón de que las personas están obligadas a omitir ese comportamiento. Ulteriores ejemplos: quien ocupa una plaza de aparcamiento fuerza de manera absoluta a los demás conductores a no utilizar dicha plaza; quien hace uso de su derecho de circulación preferente fuerza a esperar al obligado a ceder el paso, con el consiguiente peligro de accidente que ello entraña. En todos estos casos falta un comportamiento obtenido por coacción — y esto al margen de si el efecto coactivo puede ser calificado de violento —, ya que no hay menoscabido alguno de derechos. Y es que existen múltiples efectos coactivos sin consecuencias jurídicamente relevantes. Esto sucede de forma especial en todas las coacciones que cotidianamente se producen de manera inevitable como consecuencia de las interdependencias de los ámbitos de organización de los seres humanos. Lo cual también es aplicable con respecto a los casos en los que la coerción da lugar a una acción en la medida en que el coaccionado esté obligado a emprender dicha acción. Por ejemplo: quien hace uso de su derecho de preferencia fuerza a frenar, con el consiguiente peligro de accidente, a todo el que velozmente se le aproxime; quien obliga a su deudor moroso a pagar propinándole una paliza, comete, ciertamente, un delito de lesiones, pero no de coacciones (al menos en lo que concierne al pago como comportamiento obtenido por coacción), pues el ordenamiento jurídico no concede al deudor el derecho a no pagar. Es cierto que en este caso cabe apreciar un injusto, realizado por el acreedor al eludir el procedimiento correspondiente, pero dicho injusto no es el de un delito contra la libertad de obrar.

rídico entonces, en el delito de coacciones, se entremezclan tipicidad y justificación: una causa de justificación en favor de quien realiza el comportamiento coactivo permite que, desde el lado de la «víctima», el bien decaiga (p. 34). La cuestión de si en lo que concierne a la protección de la libertad de obrar no existen buenas razones en favor del tratamiento en un *único nivel* de la tipicidad y de la justificación puede quedar por resolver ya que la solución es compatible con una separación entre ambas categorías. Así como la vida, en general, constituye un bien jurídicamente reconocido que en el contexto especial de una situación de justificación, por ejemplo en una situación de legítima defensa, puede perder la protección, lo mismo sucede con la libertad. En esta medida, el reconocimiento jurídico de un bien significa lo siguiente: reconocimiento jurídico general, con independencia de contextos especiales. En lo que

concierne a la libertad se da, sin embargo, la peculiaridad de que en contextos especiales también pueden originarse libertades en favor de comportamientos jurídicamente protegidos, precisamente las libertades de desplegar comportamientos justificados. También estas libertades gozan de protección. El tipo del delito de coacciones se conculca tanto cuando se produce una lesión de la libertad general como cuando hay lesión de las libertades que son fruto de contextos especiales. Por ejemplo: en el ámbito de la legítima defensa, un tercero impide a quien se ve agredido que intente defenderse por medio de un empujón a su agresor; el agredido intenta coaccionar al agresor (al margen de especiales situaciones de justificación, todo el mundo ostenta la garantía de no verse empujado), pero de manera justificada; el tercero coacciona antijurídicamente a quien sufre la agresión.

3. a) A partir de esta precisión del resultado de las coacciones, como pérdida de libertad jurídicamente protegida con carácter general, cabe extraer una conclusión respecto del alcance de la violencia que normativiza el propio concepto de violencia (27): si sólo halla protección la libertad jurídicamente reconocida de manera general, es inútil considerar como violento un comportamiento que por lo general (lo cual quiere decir aquí no sólo en las situaciones de justificación) sea conforme a derecho, pues dicho comportamiento debe ser soportado por todos, no sustraer, por tanto, libertad alguna jurídicamente protegida, y no constituye, así, medio coactivo idóneo. Por consiguiente, dejando de lado inútiles declaraciones programáticas, el concepto más amplio posible de violencia abarca todo comportamiento en general (lo cual quiere decir aquí al margen de las situaciones de justificación) antijurídico. Frente a un concepto de violencia semejante, y a pesar aún de su inmensa amplitud, no cabría volver a traer a colación la objeción de su falta de límites, dado que no todo el que frustra un determinado comportamiento de otras personas se comporta violentamente (28), sino sólo quien despliega dicho comportamiento de manera antijurídica, y en concreto, lesionando un deber existente en favor del coaccionado.

b) El alcance de la violencia aún seguiría siendo, con mucho, demasiado amplio: sencillamente porque cualquier deber se encontraría asegurado jurídicamente por medio del delito de coacciones, en los casos en que la persona en cuyo favor existe el deber espere que dicho deber se respete. Un resultado semejante, es decir una hipertrofia del Derecho penal, difícilmente superable, lo pretenden corregir los partidarios del concepto amplio de violencia bien a través de la cláusula de reprobabilidad, bien estableciendo especiales exigencias en la intensidad del efecto coactivo (29). Ambas soluciones, sin embargo, son erróneas. Por vía de la cláusula de la reprobabilidad no cabe resolver problema alguno porque es demasiado indeterminada (30); tan sólo cabe desplazar hacia allí los problemas. La intensidad del efecto coactivo es —al menos de acuerdo con esta formulación— un criterio demasiado naturalista (31). Como ya se ha expuesto, existen coacciones que tienen efectos de

(27) De manera análoga en lo que se refiere al punto de partida, *Haffke*, *ZStW* 84, pp. 37 y ss., 58 y ss.; v. *Heintschel-Heinegg* (n. 25), p. 223. Por medio de la normativización el concepto de violencia se convierte en algo accesorio al ordenamiento jurídico. La «violencia estructural» en el seno de un ordenamiento (vid. *Galtung*, *Struktuelle Gewalt*, 1975, pp. 7 y ss.) no constituye la violencia típica de las coacciones en el ámbito de dicho ordenamiento. Naturalmente que partiendo de un ordenamiento que nos re-

presentamos como de rango superior —y esta es la intención de *Galtung*— puede considerarse como violencia un ordenamiento de rango inferior. En esta medida, *Galtung* argumenta de manera paralela a como se argumenta para sostener el concepto extensivo de violencia, y ello además con acertadas limitaciones normativas, pues concibe la potencial realización de la li-

biedad (que se ve impedida a causa de la violencia estructural) como realización de la libertad a la que alguien tiene derecho.

(28) Así de crítico *Geilen*, H. Mayer-Festschrift, 1966, pp. 445 y ss., en p. 461 en contra del concepto extensivo de violencia.

(29) BGH 23, pp. 47 y ss., 50, 54.

(30) Al respecto, conteniendo referencias, *Callies*, *NJW* 1985, pp. 1506 y ss.

(31) El concepto de efecto coactivo a menudo se entiende en el sentido de que sólo concurren unas coacciones cuando la víctima acepta a disgusto, de mala gana en su fuero interno o sintiéndose coaccionada, la situación. Esto constituye un malentendido de tipo psicologista, pues de lo que se trata es de si la víctima, al verse obligado a ello, configura el comportamiento con base en la violencia. Ese también puede

la mas alta intensidad y que competen al propio sujeto coaccionado, y a la inversa, en las coacciones, al igual que en cualquier otro delito también cabe presumir supuestos de bagatela, es decir, supuestos en los que se producen efectos coactivos típicos pero débiles. No obstante, las limitaciones de los efectos coactivos llevadas a cabo por los conceptos de violencia más antiguos también se quedan en aspectos superficiales. La situación de lucha en el *crimen vis*, al igual que el (pretendido) empleo de fuerza y el (pretendido) efecto corporal en la jurisprudencia del *Reichsgericht* afectan de modo sectorial a algunos casos en los que, sin duda alguna, el efecto coactivo es competencia del autor, pero el sector descrito no se alcanza por la calidad de la competencia, sino por criterios naturalistas sensoriales tales como lucha, fuerza, cuerpo, significando la expresión cuerpo: vida, integridad física, libertad (32).

de ser el caso cuando el sujeto, de acuerdo con sus valoraciones —que serían determinantes para el comportamiento de no concurrir violencia—, considera satisfactorias las consecuencias que se derivan de la violencia. En lo que a esto respecta, no se trata tanto de pensar en masoquistas cuanto en personas que sólo hubiesen realizado el comportamiento del que ahora se ven impedidos a disgusto, si bien no encuentran causa suficiente para no realizarlo. Ejemplo: los soldados de un cuartel que se encuentran bloqueado aun cuando estén contentos de no tener que salir de maniobras, se ven a pesar de ello coaccionados si la permanencia en el cuartel es consecuencia del bloqueo (discrepa *Schroeder*, NJW 1985, pp. 2392 y s.). Esto no sólo rige respecto de comportamientos abstractamente heterodeterminados. Ejemplo: incluso si para un corredor de maratón el que una calle esté cortada constituye un motivo bien recibido para interrumpir la tortura que el mismo se ha impuesto, dicha interrupción es fruto de una coacción en el supuesto de que el corredor se pare a causa del corte de la calle. La coacción debe determinarse normativamente, y no sobre la base del ámbito interno. No sólo resulta irrelevante la medida en que ha sido peribida la coacción sino también si lo que acontece se «percibe no exclusivamente como coacción espiritual, sino también como coacción física» (BGH 23, pp. 126 y ss, 127). No se trata de un delito cuyo resultado o cuyos medios puedan ser descritos adecuadamente por medio de percepciones, y evidentemente en modo alguno a través de las percepciones difusas a las que la cita se refiere (si no son meros errores en la percepción). Los intentos de aplicar la doctrina de la percepción son mucho más concluyentes que cualquier argumentación para rebatirla: véase OLG Köln StV 1985, pp. 171 y ss. (en particular, p. 372, columna derecha) donde el Tribunal confunde en su apremio la expresión «como corporal» con «igual a corporal»; igualmente OLG Köln StV 1985, p. 457, columna derecha; OLG Köln NJW 1983, p. 2206 y s., y LG

Münster StV 1985, pp. 417 y s., ponen de manifiesto como la policía es capaz de sublimar un corte de carretera hasta convertirlo en violencia espiritual (esta confusión de paz y orden con la ausencia de coacción entraña una espiritualización de la coacción llevada a cabo por el ejecutivo. Espiritualización que contradice la así llamada espiritualización del concepto de violencia).

(32) No debería cuestionarse que ejerce violencia quien lleva a una persona, en contra de su voluntad, a un lugar apartado y allí además le impide o al menos le pone relevantes dificultades para abandonar el vehículo. Cuando el BGH en una sentencia concerniente al § 177 StGB [*] (cfr. el texto de este parágrafo al final de la presente n.) (BGH NJW 1981, pp. 2204 y ss, 2205 y s.) realiza una afirmación distinta, ello se debe —en la medida en que se puede apreciar— a una razón especial: el Landgericht había resuelto afirmativamente con argumentos muy poco convincentes (si es que hubo argumentos) la cuestión de si el comportamiento fruto de la coacción tiene como base la violencia. Razones había para adoptar una postura escéptica, pues existían algunos indicios de que posiblemente había sido la autoridad del autor, patrón de la víctima —siendo ésta su aprendiz—, la que había llevado a la víctima a tolerar el comportamiento del autor. La crítica a la construcción argumental del Tribunal a quo la revestirá el BGH con el ropaje —desde luego inadecuado— de una limitación del concepto de violencia. Incluso en la posterior declaración que el BGH da a la prensa se entremezclan el concepto de violencia con la causalidad de la violencia (loc. cit., p. 2206).

[*] (N. del T.) El § 177 StGB prescribe: Violación: (1) Quien por medio de violencia o amenaza de un peligro actual para la vida o integridad física coaccione a una mujer a yaacer fuera del matrimonio, con él o con un tercero, será castigado con pena privativa de libertad no inferior a dos años.

c) ¿Por qué son constitutivas de violencia las intervenciones en los bienes antes citados? No desde luego porque sean peligrosas, o nada más por que tenga lugar una perturbación de la integridad corporal, o de la libertad de movimientos, ya que entonces sólo existiría el injusto de un delito de peligro, o de un delito contra la vida, la integridad o la libertad ambulatoria, pero no precisamente violencia; más bien, estas agresiones constituyen violencia porque el autor disminuye a la persona agredida de manera que ésta —coaccionada absolutamente, o en todo caso bajo el presupuesto de que se está comportando de un modo razonable— no puede organizar, o sólo puede hacerlo de manera limitada, sus asuntos. Fuera de su encierro o prisión quien se encuentra encerrado no puede organizar sus asuntos. Quien ha resultado golpeado por varias personas no puede organizar una pronta defensa de sus bienes; quien tiene que apagar el incendio de su casa, causado por el autor, no puede, en la medida en que se comporte razonablemente (33), ir al teatro, etc. En todo caso, concurre violencia porque el déficit en la organización se basa en que se destruyen, se sustraen o se bloquean medios de organización de la víctima.

Este entendimiento de la violencia, que en esa medida (es decir referido a la vida, integridad y libertad) es poco polémico (34), no se halla sin embar-

(2) En los casos menos graves la pena será privación de libertad de seis meses a cinco años.

(3) Si como consecuencia del hecho el autor causa por imprudencia grave la muerte de la víctima, la pena será de privación de libertad no inferior a cinco años.

(33) La diferenciación entre violencia absoluta y compulsiva resulta poco productiva. Desde un punto de vista fenotípico cabe distinguir dos grupos: (a) Cuando definitivamente se pierde un ámbito de comportamiento libre (repercusión violenta que la víctima no puede modificar). Ejemplo: se daña un vehículo de tal manera que no cabe emprender el viaje. (b) Cuando se pierde definitivamente un ámbito de comportamiento libre a menos que la víctima traslade dicha pérdida a otro ámbito (repercusión violenta susceptible de ser modificada por la víctima). Ejemplo: el mismo que en el anterior supuesto sí bien la víctima puede, gastando tiempo y dinero, procurarse un vehículo de repuesto o puede llegar a pie hasta el lugar de destino. También en este grupo de casos se ha perdido definitivamente libertad, sólo que depende del traslado que la víctima haga que libertad sea la que se pierda. Ambos grupos de casos pueden coincidir. Ejemplo: del modo de proceder, y especialmente del gasto que se haga en medios de extinción depende cuánto y qué puede salvarse de un piso en llamas (en cualquier caso, no todo).

(34) Köhler, *Lehrbuch Festschrift*, 1983, pp. 511 y ss, 516 y ss, niega las coacciones en to-

dos los casos de medios coactivos que, a su vez, no constituyan amenaza, incluso cuando se dirigen contra a la vida, integridad física y libertad. Köhler ve el «desvalor del resultado» de la coacción únicamente «en que se instrumentaliza la autodeterminación del sujeto, que sobre la base de una racionalidad autónoma es en sí libre, y se dirige... contra él mismo» (p. 517). Esto sería correcto si se tratase de enjuiciar a quien resulta coaccionado: al contrario que el no poder, el ceder no es heroico. Por lo demás, sin embargo, no sólo puede anular la libertad quien destruye las condiciones de su existencia. No se trata de pervertir procesos de motivación que tienen lugar de manera actual, sino de una intervención en las condiciones de la libertad a las que se tiene derecho. En el mismo sentido que Köhler se pronuncia también Marxen, KG 1984, pp. 54 y ss, 57. Sobre el estado de la jurisprudencia y de la literatura véase *Bergmann* (n. 26), pp. 65 y ss, 81 y ss; *el mismo*, Jura 1985, pp. 457 y ss; *Wolter*, NSZ 1985, pp. 193 y ss, 245 y ss.; en lo que concierne a la solución de *Bergmann*, véase *Jakobs*, ZStW 95, pp. 690 y ss, 694 y s.; En relación con lo que sostienen *Callies*, *Der Begriff der Gewalt im System zusammenhang der Straftatbestände*, 1974, y *Keller*, *Stratfrechtlicher Gewaltbegriff und Staatsgewalt*, 1982 (vid. también, *Brink y Keller* fn. 25), pp. 107 y ss.; *el mismo*, *Brink* 1984, pp. 109 y ss.; véase *Jakobs*, ZStW 91, pp. 657 y ss., y ZStW 95, pp. 684 y ss. Tras los intentos de *Callies* y *Keller* de identificar una especial cualidad en el perjuicio que se irroga a la vida, integridad física y libertad (lo que por

go exclusivamente circunscrito a la vida, integridad física y libertad. Por lo general, una persona también tiene en todo momento a su disposición otros medios de organización distintos a los que se acaban de enumerar; por ejemplo, contactos sociales, propiedad (especialmente herramientas y otros medios de trabajo), derechos que le corresponden al titular de una morada y derecho al uso común, entre otros. El concepto estricto de violencia que se hace depender de la amenaza o de la lesión de la vida, integridad física o libertad, reduce a la persona a un mínimo determinado de modo biológico. Pero la persona no es sólo cuerpo. Existe un grupo de casos con ayuda de los que es posible llevar hasta el absurdo la reducción de la persona a su existencia biológica. Se trata de los supuestos de sustracción y distracción de elementos sustitutorios del cuerpo, como gafas, aparatos de escucha, prótesis y muletas, por citar algunos. Dejar parálitica a base de golpes a una persona, o romperle las muletas a un paralítico conduce no sólo a un efecto coactivo equivalente (lo cual por sí sólo nada dice) sino que dicho efecto también se produce de manera equivalente, en concreto, por medio de una intervención en los medios de organización de dicha persona. Lo que representa para un paralítico sus muletas lo es para un representante su automóvil, y para un pescador su barco, etc. Las diferenciaciones serían aquí totalmente arbitrarias. En la determinación de la violencia es erróneo representarse a la víctima tan sólo como integridad física, como un cuerpo animado en un medio ambiente que no le pertenece. Por lo demás, la víctima es una persona, y por tanto, un sujeto del cual también pueden formar parte cosas ajenas a lo corporal y que (al margen de los recién nacidos) de hecho siempre le pertenecen.

Al concepto restrictivo de violencia subyace una representación naturalista de la víctima del delito de coacciones; de acuerdo con este concepto, la víctima no es el ciudadano en su ámbito de organización y en sus relaciones sociales sino que sólo forma parte de la víctima lo que hay de la piel para dentro. Hasta la fecha no se ha fundamentado que sea esta la visión correcta para el derecho, y probablemente tampoco puede fundamentarse en lo que se refiere a una sociedad con la configuración actual. Ahora bien, si no se trata del fenómeno bio-psicológico «ser humano», sino de una magnitud jurídica, en concreto de una persona, no sólo despliega violencia quien perturba la estructura biológica y psicológica, sino también quien destruye otras partes de la persona en su dimensión jurídica (35).

cierto, conduce al concepto naturalístico de persona que aquí se critica; en relación con esta crítica vid. también, *Gehring* (n. 25), p. 525), actualmente *Wolter*, loc. cit., pp. 196 y ss., concluye el perjuicio más bien de modo cuantitativo: «el despliegue de violencia como tipificación de una agresión grave contra el bien jurídico libertad, se refiere a intervenciones ante todo corporales en la víctima» (p. 196). Acto seguido, *Wolter* se refiere a una «zona tabú, especial» en el ámbito de la integridad corporal y a una incrementada puesta en peligro de la propia existencia. Sin embargo, la razón de porqué esto no sucede también en lo que concierne a la paz del

hogar, o se restringe sólo a lo que se refiere a la vida, es decir, por qué la barrera discurre entre lo corporal y lo no-corporal (la propiedad, por ejemplo, no sólo es objeto de protección contra el robo, etc.) está aún por determinar, tanto como la pregunta entorno a si las condiciones de la libertad (para el ejercicio de la libertad) están en relación directa con las condiciones de la existencia física (y sólo con estas).

(35) La libertad de obrar constituye un derecho cuyo ejercicio tiene fundamentos fácticos, si bien no puede diluirse en su totalidad en lo fáctico. El contenido del derecho lo conforma la

d) Es natural que ahora se plantee la objeción de que esta solución no es diferenciable de la solución anteriormente descrita, es decir, la que entrañaba una hipertrofia jurídico-penal, pues de toda lesión del deber cabe predecir que al favorecido por dicho deber (36) se le priva de posibilidades de

garantía de que un modo de organizarse no va a ser perturbado. Toda persona que ostenta y puede hacer uso —por sí mismo o a través de otro— de un derecho a organizarse puede verse coaccionada, por tanto, también una persona jurídica. Ejemplo: quien encierra al directivo de una sociedad de responsabilidad limitada, para que no pueda concluir un negocio en favor de la sociedad, no sólo coacciona a la persona física sino también a la sociedad (véase, *infra*, n. 39, en relación con los supuestos en los que el directivo haya comenzado a gestionar de manera efectiva los negocios de la sociedad). Esto es particularmente relevante en la determinación del *quantum* del injusto: el peso principal de este *quantum* puede estar del lado de la propia persona jurídica (o de la persona física cuyos negocios han de ser gestionados) y no del gestor; esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando en el caso antes citado, el encierro dura tan sólo unos minutos, pero para la sociedad le ha supuesto la pérdida de un negocio millonario. En el caso BGH 23, pp. 46 y ss., debiera haberse establecido que además del conductor del tranvía, y de los concejales del ayuntamiento, también el propio municipio se vio afectado en su libertad, de gestionar el transporte público (de otro parecer, la opinión totalmente mayoritaria, vid. también n. 31).

(36) Mientras la violencia se determinó a la luz del *crimen vis*, el problema de la violencia contra terceros no entrañó dificultad alguna: era el medio inadecuado en todos los casos, y por ello constituía injusto (RG 17, pp. 82 y ss., 83). En cuanto el medio pasó a un segundo plano con respecto al efecto coactivo, esta solución empezó a resultar problemática, y se intentó construir un efecto coactivo por «simpatía» hacia el tercero (es decir, hacia la víctima de la violencia). (De manera más correcta, no por medio de la simpatía sino a través del deber, BGH 8, pp. 102 y ss., 104; la sentencia BGH 23, pp. 47 y ss., 50, donde se señala que «la distancia espacial» debe, además de otras cosas, ser relevante, resulta, en cierta medida, curiosa). Los casos que se refieren a *deberes de velar* por otros, deberían estar claros (padres-hijos, conyuges, gobierno-población, etc.). Sin embargo, la existencia de un deber no es condición necesaria, pues el autor debe asumir el que otras personas unifiquen sus ámbitos de organización, en la medida en que estas unifiquen, que es posible que sean medidas *ad hoc*, sean admitidas por el Derecho. Para los casos que en la práctica resultan relevantes esto significa lo siguiente: en la medida en que el ordena-

miento jurídico reconozca como razonable la prestación que tiene lugar en favor de un tercero, conforme a las reglas que rigen la gestión de negocios sin mandato, los bienes del tercero y de quien realiza la prestación están unificados conforme a Derecho. En esa medida los derechos garantizados del tercero son los mismos que los de quien lleva a cabo la prestación. De acuerdo con la terminología del § 239 a StGB [2] (cfr. el texto de este párrafo al final de la presente n.), no se trata de si quien realiza la prestación *se pro-cupa*, sino de si se comporta de tal manera que ello signifique gestionar el negocio. Si en favor del tercero se realizan más prestaciones que las que las máximas jurídicas indican, cuando menos también se ha realizado la prestación debida, por tanto, respecto de la prestación del exceso no ha habido coacción, pero sí respecto de la prestación base. Puede ser el propio sujeto que coacciona el que se vea favorecido como consecuencia de la gestión de un negocio: cierto es que nadie puede lesionar en contra de sí mismo un derecho garantizado, pero en la medida en que otro puede unir de manera válida los bienes de que dispone con los bienes de que dispone el propio autor, la lesión de obligaciones de autoprotección por parte del autor, no se dirige sólo contra el mismo. Por ejemplo: si alguien bloquea la salida de un camión en circunstancias en las que, sobre la base de la legítima defensa, estaría justificado arrollarlo, quien no ejercita su derecho de defensa (es decir, renuncia a salir), gestiona un negocio de quien obstaculiza la salida, y como consecuencia de ello se ve coaccionado. Los supuestos habituales de bloqueo entrañan menos problemas: al margen de si quien se ve bloqueado, de facto «puede pasar», por lo general decae la legítima defensa cuando la policía asume dicha defensa (vid. *Jakobs*, AT, 1983, 12/45).

[2] El § 239 a StGB prescribe: «Rapto con extorsión: (1) Quien secuestre a una persona o se apodere de ella para, aprovechando la preocupación de la víctima por su bienestar o la preocupación de un tercero respecto del bienestar de la víctima, cometer un delito de extorsión (§ 253), o quien para realizar una extorsión se aproveche de la situación en la que otro se encuentre, creada por él por medio de una acción semejante, será castigado con una pena privativa de libertad no inferior a tres años.

(2) Si el autor a consecuencia del hecho causa por imprudencia grave la muerte de la víctima, la pena será de privación de libertad de por vida, o privación de libertad no inferior a diez años.

organización. Dicho con un ejemplo: si el deudor no paga puntualmente de viene competente de que el acreedor no pueda organizarse por falta de dinero. Esta objeción sólo puede evitarse a través de una formulación más precisa de aquello que pertenece a una persona.

El que no se trate tan sólo de una lesión de la vida, integridad física y libertad en modo alguno significa que todo menoscabo de derechos deba, sencillamente, parificarse a una intervención en los citados bienes. Dichos bienes pertenecen a los derechos absolutos, lo que en los casos normales quiere decir que cualquier otro debe preocuparse de no perjudicar, con su comportamiento, dichos bienes. Los derechos así asegurados se van a considerar, a continuación, en un determinado sentido, aún por desarrollar, como derechos *garantizados*. Posteriormente se verá que no sólo se encuentran garantizados derechos absolutos; sin embargo, en primer lugar se clarificará por medio de un ejemplo relativo a los límites de los derechos absolutos en qué consiste la garantía: quien halla una cosa ajena tiene la obligación de comunicarlo, (§ 965, apartado 1, BGB). Ciertamente la propiedad es un derecho absoluto, pero el propietario no tiene garantizado el cumplimiento del deber de comunicación; se trata de un deber de prestar la mínima solidaridad común, comparable al deber de socorro en caso de situaciones de necesidad, § 323 c StGB (*). Si la lesión del deber conduce al daño de la cosa hallada, por ejemplo, porque la cosa es susceptible de ser almacenada y se deteriora rápidamente, quien la halló responderá tan poco por delito de daños, § 303 StGB, como tan poco respondería por lesionar los bienes perdidos en la catástrofe la persona que en caso de infortunio, o de necesidad común, omite el deber de acuerdo con el § 323 c del StGB. La pérdida de libertad que la destrucción conlleva para el propietario —al no poder éste utilizar ya la cosa—, no constituye una pérdida que se base en violencia al no existir una garantía a este respecto, al igual que en los casos de omisión de socorro el autor no se comporta de manera violenta frente a la persona afectada por la catástrofe. Sin embargo, si quien encuentra el objeto lo destruye, o se apropió de él, o lo utiliza de tal modo que el uso afecta a su sustancia, entonces sí está interviniendo en la propiedad, y el propietario tiene la garantía de que esto no suceda; de ahí que, en este caso, al autor le sean imputables las consecuencias de las coacciones; con otras palabras, esta intervención sí constituye violencia.

Es evidente, no obstante, que estas diferenciaciones ya no se pueden legitimar materialmente en los límites de los derechos absolutos. Lo que sin embargo ha de ser así necesariamente: dado que en Derecho no existe la per-

(3) El tribunal podrá atenuar la pena de conformidad con el § 49, apartado 1 si el autor, renunciando a la prestación esperada, permite que la víctima vuelva su ambiente. Si este resultado se obtiene sin la intervención del autor es suficiente con que éste se hubiese esforzado seriamente por alcanzarlo.» (N. del T.)

(*) El § 323 c StGB prescribe: «Omisión de socorro. Quien con ocasión de un accidente o de

un peligro general o de una emergencia no presta socorro, aunque sea necesario y le sea exigible sobre la base de las circunstancias, y en concreto le resulte posible sin que entrañe un peligro relevante para él y sin infringir otros deberes fundamentales, será castigado pena privativa de libertad de hasta un año o con pena de multa.» (N. del T.)

sona como algo desvinculado de las configuraciones y de las técnicas jurídicas, el delito de coacciones, y con ello también la violencia, deben configurarse de manera accesoria, lo que significa que los supuestos límites de los ámbitos del Derecho que configuran la libertad también se convierten en supuestos límites de la protección penal de dicha libertad (37).

Existen equivalentes funcionales a los derechos absolutos que también dan lugar a una posición garantizada en favor del titular del derecho. A continuación enunciaré algunos de estos equivalentes. Claramente son equivalentes los derechos que, como reverso de los deberes de garantía, tienen su origen en los delitos de omisión equiparables a los de comisión activa. La función de estos deberes de garantía precisamente estriba en que normativamente se asigna al favorecido una prestación, como si él la pudiera realizar por sí mismo, es decir, igual que si pudiese utilizar sus propios medios de organización. De ahí que la lesión de estos deberes de garantía también constituya violencia. Ejemplo: quien se dirige hacia un policía con un aut. vil para obligarle a apartarse, le coacciona por medio de violencia tanto si activamente pisa el acelerador como si, infringiendo el deber de garantía, no frena.

Otro equivalente funcional lo configuran los derechos de intervención, es decir, posiciones jurídicas en el ámbito de las causas de justificación. Por medio de una causa de justificación al favorecido por la misma se le concede la facultad de hacer extensiva su organización a un ámbito de organización ajeno; la obstaculización de dichos modos de organización debe ser tratada, por tanto, igual que la obstaculización del uso de los medios de organización propios.

Un equivalente de los derechos absolutos utilizado cotidianamente, y prácticamente por todo el mundo, lo constituye el derecho al uso común. La equivalencia funcional se percibe más claramente si en lugar del uso común se piensa en una eventual copropiedad de todos los ciudadanos. Este derecho da lugar a una pretensión, si bien con la peculiaridad de que en el marco de lo jurídicamente admisible puede ser realizada *per se*, por cualquiera y en cualquier momento. Quien impide su realización individual responde, por tanto, de la misma manera que si se tratase de una intervención en medios de organización ajenos. Como ejemplo cabe remitirse al frecuente bloqueo de una vía pública. Ciertamente nadie tiene la garantía de poder utilizar una calle libre de aquellos obstáculos que necesariamente acarrea el comportamiento conforme a derecho de otros usuarios. Una congestión del tráfico fruto de un accidente (en caso de que se trate de un accidente como consecuencia del comportamiento antijurídico de uno de los participantes hay violencia, si bien, por lo general, faltará el dolo), o como consecuencia de un uso correcto de la calzada, sea por manifestaciones o a causa de una procesión del Corpus Christi, no conlleva, por tanto, lesión alguna de derechos garantizados. Pero las cosas cambian cuando los manifestantes, sin la corres-

(37) En los delitos contra la propiedad los resultados alcanzados se corrigen, en parte, a través de la antijuricidad de la apropiación, y, en el ámbito de las coacciones, por el hecho de

que un comportamiento al que está obligado el coaccionado no constituye el resultado típico de las coacciones, vid., *supra* II 2.

pondiente autorización, llevan a cabo rituales pacifistas en un cruce de calles (38), incluso si estos duran unos pocos segundos, lo que de suceder constituiría un supuesto de bagatela, aunque también los casos bagatela pueden cumplimentar un tipo penal (de la misma manera que el hurto de un céntimo constituye hurto).

La pretensión de que se proporcionen y se conserven objetos de uso, sólo se encuentra asegurada frente a las autoridades públicas por medio de la norma contra el delito de coacciones en aquellos casos en los que por parte del Estado existe un deber de garantía a realizar la prestación. Un tercero que antijurídicamente obstaculiza, sustrae o daña un objeto que ha sido proporcionado como de uso común, coacciona tanto a los actuales como a los potenciales usuarios, también en los casos en los que no exista, por parte de la autoridad, un deber de realizar la prestación, pues todo el mundo tiene el derecho a hacer uso de lo que le ha sido proporcionado, incluso cuando no se tiene derecho alguno a que se le proporcione (39).

e) La lesión de derechos que carecen de la fuerza de la que disponen los derechos garantizados (40) no constituye violencia porque estos derechos no

(38) Este es el supuesto de hecho del que conoció el OLG Koblenz StV 1985, pp. 151 y s.

(39) Lo correspondiente tiene validez para otras pretensiones del Derecho público o privado: los medios de organización que una persona posee, con la aprobación del ordenamiento jurídico, también se hallan garantizados frente a todos, aun cuando no dispusiera de pretensión garantizada alguna a percibirlos. Incluso los medios que van a ser proporcionados reciben protección en favor del receptor en los casos en los que quien realiza la prestación es garante de la misma. Ejemplo: quien obstaculiza a un garante que quiere liberar a una persona encerrada, está coaccionando, coetáneamente, a la persona a liberar. Tratándose de pretensiones no garantizadas, y que tampoco se han realizado, aun no resulta satisfactorio considerar que obstaculizar a la persona que está dispuesta a realizar la prestación constituye también un delito contra la persona que ha sido elegida como receptora de dicha prestación, alegando que la obstaculización interrumpe un curso causal salvador (sobre este tema Jakobs [n. 36], 29/110, vid. también 29/30); y esto, porque la obstaculización no puede generar responsabilidad frente al destinatario de la medida salvífica cuando el proseguir con el curso salvador sólo le está garantizado a quien lleva a cabo la acción de salvamento, pero no al destinatario de dicha acción. Sin embargo, ello en modo alguno significa que antes de que concluya una prestación que no se halla garantizada el receptor de la misma no haya podido recibir una parte de dicha prestación que sí esté garantizada. Al contrario, para el receptor de la prestación la garantía comienza cuando quien realiza la presta-

ción se sitúa en la organización del receptor, o también cuando de manera efectiva se ha dado comienzo a una gestión de negocios, es decir, cuando quien lleva a cabo la prestación se ha prestado como medio humano de organización. Por tanto, cabe formular que un contacto social que tiene lugar de manera conveniente con terceras personas debe ser tratado como un derecho absoluto. Ejemplo: quien obstaculiza a un no garante que está en vías de liberar a alguien que, por su propia culpa, se ha quedado encerrado, (lo cual significa que gestiona un negocio de éste) coacciona al encerrado.

(40) Un gran número de derechos que no están garantizados, y también de posibilidades de futuro que no se hallan configuradas como derechos, tienen tal importancia vital que debe existir un equivalente de la falta de garantía. Al margen de la posibilidad de solicitar una indemnización por daños y perjuicios, el equivalente más importante lo configura las posibilidades, ya institucionalizadas (el mercado, la libertad contractual), de abandonar contactos que dan mal resultado y de contactar con otros *partenaires*. Si todos los potenciales *partenaires* infringiesen las reglas de las instituciones, ello tendría la misma significación que la pérdida de derechos garantizados. Ejemplo: si ante la adquisición de alimentos una persona se ve boicoteada en todos los lugares a los que acude, ello significa que no está en mejor situación que en la que se encuentra la víctima de un robo. La cuestión referente a si en el ámbito de la configuración del concepto de violencia la inoperancia de dichos equivalentes debe ser considerada de la misma manera que el perjuicio causado en derechos garantizados (o

pueden ser equiparados a los medios de organización propios del autor (41). En caso de que se produzca o amenace con producirse una lesión jurídica, el aseguramiento de derechos no-garantizados se produce reconociendo al titular la posibilidad de actuar por vía civil o administrativa, o a través del correspondiente procedimiento contencioso (para los supuestos en los que excepcionalmente sí esté permitida la autotutela, ¡si bien de estarlo nos hallaríamos ante derechos garantizados!). Precisamente no existe un aseguramiento jurídico penal que tenga lugar imputando al deudor moroso las pérdidas que sufre el acreedor en sus bienes (pues de ser así los derechos se encontrarían garantizados).

f) La libertad de obrar no es un bien jurídico autónomo, sino derivado. Con independencia de los derechos que la conforman carece de existencia jurídica. Pero no sólo su existencia, sino también la fuerza de su reconocimiento jurídico depende de los derechos que la constituyen. La norma que acompaña de pena se dirige contra el delito de coacciones no fundamenta libertad alguna que de por sí no existiese, ni tampoco revaloriza una libertad que no se encontrase garantizada para convertirla en libertad garantizada, sino que por medio de la amenaza de la pena tan sólo asegura una libertad basada en derechos garantizados. Hasta cierto punto, esto constituye una «cimentación del *status quo* de la sociedad» (42), pero no sólo de los privilegios sino también de las libertades consustanciales a dicho *status*.

4. La solución a la cuestión acerca de si la conclusión alcanzada también es válida respecto del Estado (al margen de su actividad fiscal), requiere un estudio específico. Resulta cuando menos dudoso que las condiciones esenciales de existencia del Estado puedan representarse adecuadamente como derechos que el propio Estado tenga garantizados. En el complicado supuesto de una huelga general ilegal, sería necesario poder fundamentar un deber de garantía, de los huelguistas, en favor de una prestación de los «servicios básicos», etc. Para evitar construcciones de este tipo, especialmente en el concepto de violencia de los §§ 80 y 80 a StGB (*), debería ponerse mayor

si dicha inoperancia ya ha sido considerada como lesión del derecho a participar en el mercado, análogo al derecho al uso común) no va a ser objeto de un ulterior análisis, si bien cabe excluir una respuesta afirmativa. En lo que concierne a las coacciones frente al Estado, es necesario abandonar el esquema de los derechos garantizados, lo cual resulta evidente, sobre este particular vid., *infra* II 4.

(41) Existe, sin embargo, una protección indirecta de los derechos no garantizados, en la medida que que pueden ser objeto de agresión a través de derechos garantizados (en esto se basan las posibilidades de la extorsión y de la estafa; sobre la posibilidad de considerar el ardid como violencia, vid. *infra* II 5). Además, la titularidad de una pretensión puede ser tratada como un derecho absoluto (esto sucede, por ejemplo, en el tipo de la gestión desleal del patrimonio ajeno).

(42) Así, *Däubler*, en *Baumann* y otros (ed.), *Studien zum Wirtschaftsstrafrecht*, 1972, pp. 91 y ss., 99, quien, por lo demás, no desconoce la ambivalencia, p. 119.

(*) Los §§ 80 y 80 a StGB prescriben:

§ 80: «Preparación de una guerra de agresión. Quien prepare una guerra de agresión (art. 26, apartado 1, de la Ley Fundamental) en la que deba participar la República Federal de Alemania creando así un peligro de guerra para la República federal de la Alemania, será castigado con privación de libertad de por vida, o con pena privativa de libertad no inferior a diez años».

§ 80 a: «Incitación a una guerra de agresión. Quien, en el ámbito de vigencia territorial de esta ley, públicamente, en una reunión o mediante la difusión de escritos (§ 11, apartado 1) incite a una guerra de agresión (§ 80), será ca-

énfasis en la perturbación de determinados procedimientos que en el delito de coacciones, lo que no será aquí objeto de ulteriores consideraciones. Igualmente queda sin analizar si todos los supuestos dirigidos contra el Estado, y abarcables por el delito de coacciones, se encuentran abarcados de manera adecuada sólo por medio de este delito; en este sentido, en los múltiples casos de sentadas (o supuestos análogos), motivadas por razones políticas, la perturbación del principio de representación (o de modo más general: el no cumplimiento del procedimiento) probablemente tenga mayor peso que el hecho de que algunas personas se vean coaccionadas por no poder transitar por una calle.

5. Con el significado de la violencia como lesión de derechos garantizados también se clarifica la intrincada relación entre violencia y ardid. De la letra de la ley se deduce, por lo general, que en los supuestos de detenciones ilegales todo medio, incluso el ardid, es típico, mientras que el ardid queda excluido de las coacciones. No obstante, las más de las veces esto último se ve parcialmente revocado, pues se sostiene que no sólo la amenaza simuladamente seria —es decir, el ardid para hacer creer que concurre una amenaza en serio— es suficiente en el ámbito de las coacciones, sino que en el concepto de violencia, en el sentido del delito de coacciones, se incluye la aplicación de pseudo-fuerza cuando se hace creer que cualquier resistencia carece de sentido. Sin embargo, las relaciones entre violencia y ardid se complican más cuando se señala que las agresiones a la libertad ambulatoria deben considerarse violencia, si bien en casos de detenciones ilegales, y de acuerdo con el § 239 StGB (*), este tipo de agresiones también pueden ser fruto del ardid, y ello no sólo a través de un comportamiento inicialmente engañoso que se transforma en violento (hacer entrar a alguien mediante un ardid en una habitación y, a continuación, encerrarlo) sino también por medio un comportamiento totalmente engañoso (impedir que alguien salga de casa por medio de la mentira de que la casa se halla rodeada por una nube tóxica).

Las causas de la confusión no sólo se hallan en el concepto de violencia, sino que también son debidas a la descuidada extensión de lo que por ardid ha de entenderse. Si ardid se equipara a todo engaño y mentira, entonces surgen múltiples casos en los que en modo alguno resulta evidente por qué quien obra por medio de ardides debe, en cuanto garante, ser considerado competente por el resultado; que alguien mienta, o en alguna medida enga-

stigado con privación de libertad de tres meses a cinco años». (N. del T.)

(*) El § 239 del StGB prescribe: «Detenciones ilegales: (1) Quien ilegalmente encerrare a una persona o de otro modo le privara de su libertad, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años, o con pena de multa.

(2) Si la detención ilegal se prolongara por tiempo superior a una semana, o si a consecuencia de la privación de libertad o del modo en que ha sido tratado se causara al detenido

lesiones graves, la pena privativa de libertad será de uno a diez años. En los supuestos menos graves la pena será de privación de libertad de hasta cinco años o pena de multa.

(3) Si, como consecuencia de la detención ilegal, o del modo en que ha sido tratado la persona detenida sobreviene la muerte, la pena privativa de libertad no será inferior a tres años. En los casos menos graves la pena será privación de libertad de tres meses a cinco años». (N. del T.)

ñe, no significa, *per se*, que el destinatario de la mentira o engaño ostente un derecho a la verdad. En los ámbitos en los que no existe garantía alguna en relación con la verdad, no cabe considerar el ardid como un medio comisivo, y tampoco tratándose de unas detenciones ilegales. Explicado con un ejemplo: quien en el vestíbulo engaña al vecino que desea marcharse de paseo, diciendo que hace un tiempo muy malo, o que a causa de una manifestación no va a poder llegar a parte alguna, esta impidiendo por medio de un ardid abandonar la casa al destinatario de esas mentiras. Sin embargo, esto es tan poco constitutivo de un delito de coacciones como lo es de unas detenciones ilegales, porque en el ámbito de las conversaciones que cotidianamente se producen de manera ocasional no existe derecho alguno a la verdad, ya que al ser el sentido de los contactos de esa índole tan difuso, eso no es compatible con una responsabilidad en los supuestos en los que no se actúa de manera correcta. En consecuencia, el destinatario de la información sigue siendo personalmente competente en lo concerniente a su veracidad. Las cosas son distintas en los supuestos en los que el sentido objetivo de una información sólo puede tener como base su veracidad. En estos casos, todo aquel que se aventura al intercambio de información tiene que asumir, al mismo tiempo, su carácter vinculante, debiendo, por tanto, garantizar la veracidad de dicha información. En este ámbito, sin embargo, ya no es posible encontrar razón alguna por la cual ardid y violencia puedan separarse: *Quien lesiona una garantía de veracidad coacciona violentamente*; del mismo que a las personas hay que garantizarles la vida, la integridad física, la libertad, la propiedad, los contactos sociales y otros aspectos a los efectos de ofrecerles posibilidades de desarrollo, también en ciertos ámbitos hay que garantizarles un derecho a la verdad. El conocimiento de la verdad constituye un medio de organización irrenunciable en determinados contextos. En el tipo de las coacciones una diferenciación entre, por ejemplo, violencia como lesión corporal y violencia como lesión de una garantía de veracidad resulta inadecuada a los efectos de hacer uso de la libertad de obrar, porque los citados bienes constituyen condiciones equivalentes. Si una persona recibe de una, real o supuesta, concejala de seguridad la noticia, que puede ser verdadera o falsa, de que los habitantes de un determinado lugar deben permanecer en sus casas a causa de la existencia de una nube de gas que entraña peligro para la vida, dicha persona debe confiar en la información recibida —al menos hasta que no reciba ulterior información—. Ciertamente en este caso la persona podría planificar su vida de manera heroica, pero no de manera racional, en el sentido de una conservación de su bienes. Por tanto, tratándose de informaciones oficiales de esencial transcendencia, reales o supuestas, existe un derecho a la verdad. Lo problemático no es entender como violencia ese tipo de ardides que contrarían la garantía, lo problemático estriba en determinar donde se sitúa la frontera del derecho a la verdad y, en este sentido, también la frontera de la violencia. Aspecto este que no puede ser objeto de un ulterior desarrollo en este trabajo (43).

(43) Algunos posibles puntos de partida los formula Jakob, *Jeschek-Festschrift*, 1985, pp. 627 y ss., y n. 29 de la p. 633 (Cfr. la traducción castellana de este trabajo en el presente tomo [n.º 17] [N. del T.]). Sorprendentemente menor es la conciencia del problema que se ha

III.

El resultado alcanzado —violencia como lesión de derechos garantizados— no puede carecer de consecuencias en relación con la interpretación de la amenaza que da lugar al delito de coacciones (44). Si por violencia se entiende tan sólo el perjuicio que se causa en los medios de organización garantizados de una persona, de manera que, en concreto, no constituye violencia la lesión de pretensiones no garantizadas de modo contractual, o cualesquiera otras, entonces no hay razón alguna para considerar como medio coactivo el anuncio de que se van a quebrantar derechos que no están garantizados (o incluso el anuncio de un comportamiento conforme a derecho). De ahí que sea necesario argumentar de modo exactamente inverso a como habitualmente se hizo en relación con el desarrollo del así llamado concepto moderno de violencia: de la redacción del tipo carente de todo contorno —de acuerdo con la cual toda amenaza de un mal relevante, cualquiera que este sea, constituye un medio comisivo— no debe extraerse la conclusión de que cualquier modificación perjudicial del mundo *que haya tenido lugar* constituye violencia (45); más bien al contrario, partiendo de la delimitación de la violencia como quebranto de derechos garantizados es como debe extraerse la conclusión de que también la amenaza de un mal relevante hay que calificarla como quebrantamiento de derechos garantizados. Si el incumplimiento de una pretensión no garantizada, especialmente de una pretensión de tipo contractual, no constituye violencia, tampoco la amenaza de incumplir dicha pretensión puede llegar a considerarse como medio coactivo.

Quien confía en el cumplimiento de pretensiones que no se encuentran garantizadas carece de protección penal cuando, a causa de dicha confianza, soporta el daño de sus bienes, tanto se trate de daños en la vida, integridad física, propiedad o incluso en la libertad de obrar. Como ya se ha expuesto

expresado en torno al tratamiento de los delitos que derivan del «falsum» del Derecho común, especialmente en el ámbito de la estafa y de la falsedad documental (§§ 263 y 267 StGB). Habitualmente se argumenta como si en este contexto existiera un derecho a la verdad garantizado, lo cual cabe aceptar como conclusión aunque no puede darse por entendido, no, por ejemplo, en el caso del OLG Frankfurt, NJW 1971, pp. 527 y s.

(44) La amenaza constituye un subcaso de la violencia, y en concreto se trata de la violencia con efectos variables (vid., *supra* n. 33). También hay violencia actual cuando quien amenaza tan sólo finge estar en condiciones, o tener la voluntad de producir la lesión de derechos garantizados con la que ha amenazado, pues el efecto de la amenaza ya constituye una irrupción en los derechos garantizados de la víctima (vid. § 241 StGB); con otras palabras, una amenaza detrae los fundamentos cognitivos del plan de organización que la víctima hasta ese momento ha realizado. Los supuestos de alarmas ficticias,

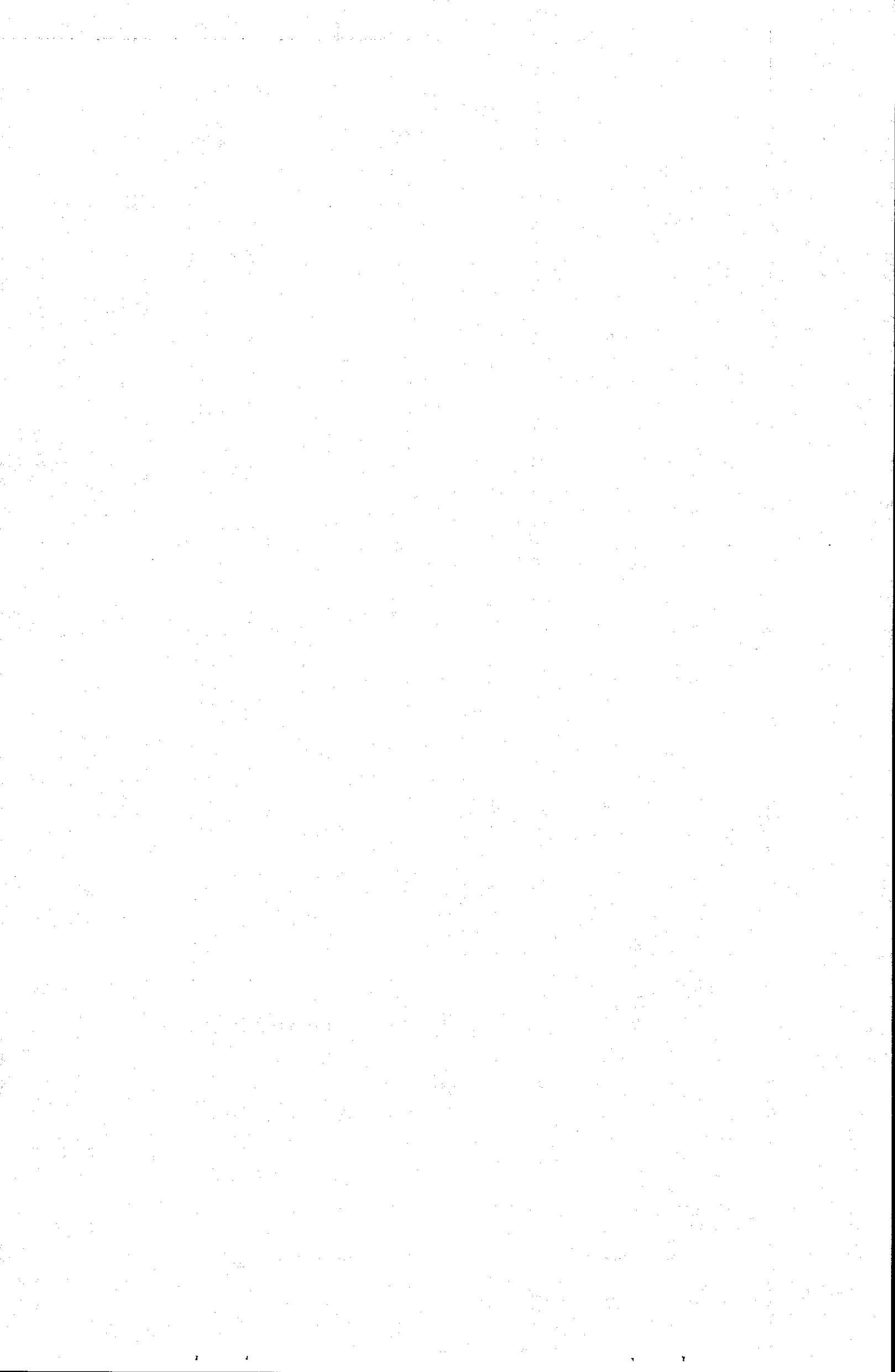
y los casos de «maquinarias intimidantes» instaladas de forma tal que su remoción no resulta posible (ejemplos: el incendio de una casa que, de no ser extinguido por el propietario convierte todo en cenizas; dirigir el coche, sin poder frenar, contra una persona que si no se aparta resultará arroyada), ambos ubicados entre la violencia entendida en sentido habitual y la intimidación también entendida en sentido usual, resulta indiferente incluirlos en la amenaza en sentido estricto o en la violencia. En todo caso constituyen violencia, y en todo caso es un error —como señala el punto de vista mayoritario en lo que se refiere a las alarmas ficticias— dejarlas impunes. Más detenidamente, Jakobs (n. 26), p. 84.

(45) Knodel, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, 1962, p. 64 y *passim*; Schönke/Schröder/Eser (n. 26), n. m. 6 y 9, previos a los §§ 234 y ss, Maurach/Schroeder, BT vol. 1, 6.ª ed. 1977, § 14 II 1a; críticamente, sin la necesidad, empero, de reconocer una conclusión en dirección opuesta, LK-Schäfer, 9.ª ed. 1974, § 240, n. m. 50; Wolter (n. 34), p. 195.

en relación con la violencia, lo peculiar de estas pretensiones no garantizadas estriba precisamente en que su aseguramiento tiene lugar a través de la posibilidad de realizar una reclamación por vía del correspondiente procedimiento contencioso; de lo contrario, no. Este estado de cosas se subvertiría si el anuncio del incumplimiento tuviese consecuencias penales. Este anuncio constituye un motivo para interponer una demanda pero no es un motivo para imputar penalmente a quien amenaza los menoscabos que el amenazado soporta en sus bienes si éste, como reacción a la amenaza, sacrifica bienes con la finalidad de obtener el cumplimiento de la pretensión. Por ejemplo: si el deudor amenaza con que sólo cumplirá si el acreedor paga más de lo convenido, esto sólo constituye un incumplimiento contractual, pero en modo alguno da lugar a unas coacciones o al delito de extorsión, lo que sólo sucedería si el deudor fuese garante de cumplir la prestación.

IV.

Las consideraciones realizadas atañen a la cuestión de cómo deben interpretarse (el resultado coactivo y) los medios coactivos. Sin embargo, con ello no se ha decidido si es necesario castigar siempre que como fruto de un medio coactivo sobreviene un resultado coactivo. La libertad de obrar se encuentra protegida a través de múltiples bienes jurídicos valorados penalmente que la convierten en algo tangible; fundamentalmente a través de los medios de organización vida, integridad física, libertad ambulatoria y propiedad. La configuración de las coacciones ha de prescindir de las condiciones de protección de estas materializaciones y orientarse sobre la base de las condiciones de la libertad de obrar; una configuración orientada en esta línea ha sido la aquí propuesta en relación con el tipo objetivo. Para el tipo subjetivo esta interpretación sólo prejuzga aquello sobre lo que, al menos, tiene que referirse el dolo. En lo que atañe a las formas del dolo, la fuerte protección de lo que se ha cosificado habla en favor de la renuncia a una penalización de aquellos daños que se producen en libertades garantizadas pero como consecuencia accesoria de una agresión a dichos bienes objetivos. No obstante también hay que adoptar una decisión sobre las ulteriores especificaciones del objeto del dolo y, en especial, sobre la posibilidad de restringir la intención no sólo a la mera perturbación de la libertad, sino al aprovechamiento del déficit de libertad («desplazamiento de libertad»). La protección específica de la libertad de obrar es posible que pueda reducirse aún más si la protección de las materializaciones se completa, y si dicha pérdida de libertad es tomada en consideración en el ámbito de la medición de la penade las agresiones a las materializaciones.



La coacción en el sistema del Derecho Penal*

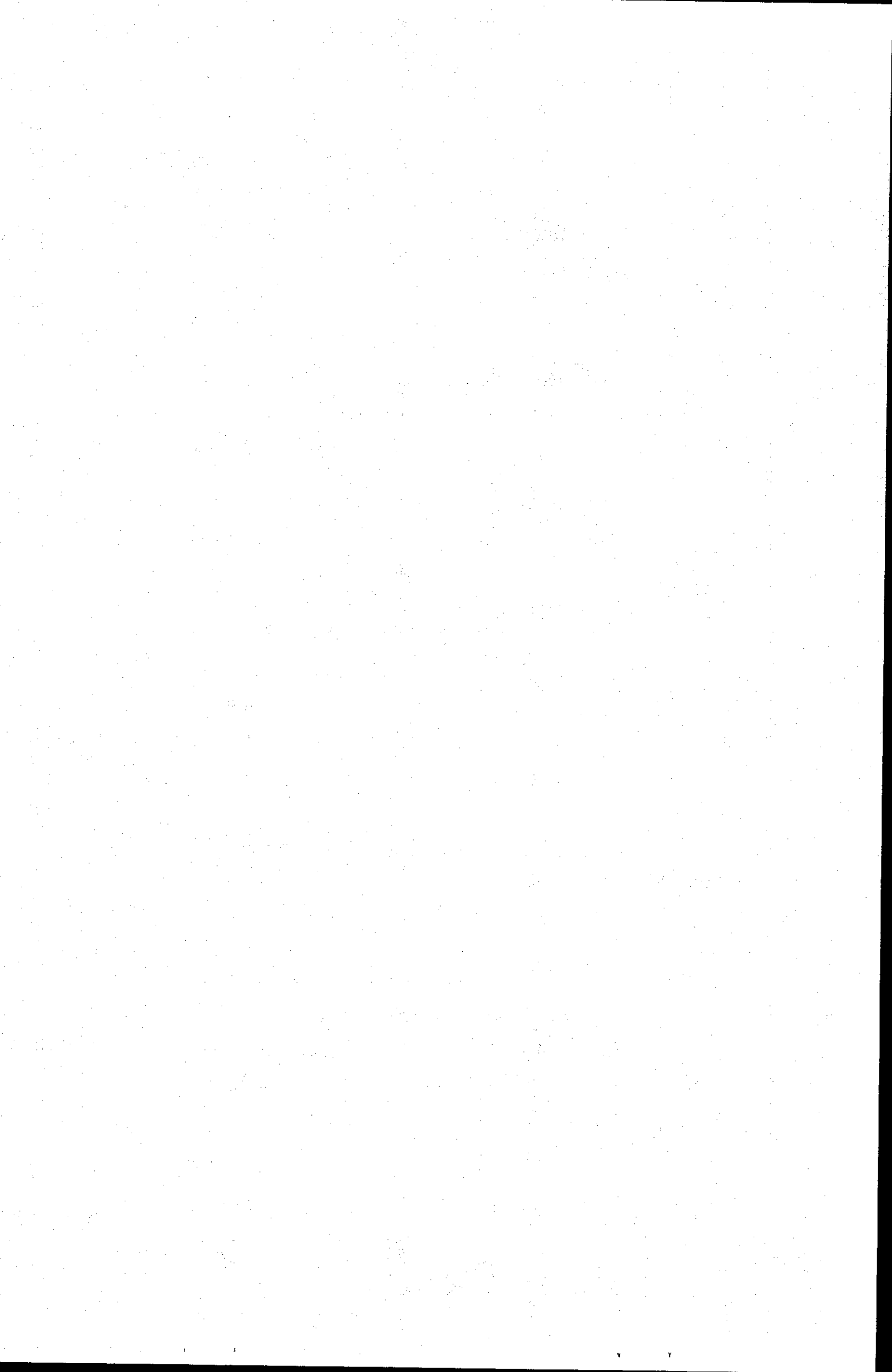
Joachim Hruschka**

SUMARIO. I. El tipo de la coacción. II. La diferencia entre «vis absoluta» y «vis compulsiva». III. La diferencia entre «vis absoluta» y «vis compulsiva». IV. Raíces dentro del tipo de la coacción en la teoría del Derecho Penal. V. ¿El simple empleo de violencia como coacción? VI. Referencia al bien jurídico protegido en el § 240 StGB. VII. La vis compulsiva y la diferencia entre «violencia» y «amenaza» en el § 240 StGB. VIII. ¿Realiza la obstrucción de una vía el tipo de la coacción? IX. Posición.

No son sólo aquellas tres palabras rectificadoras del legislador las que, según la tirada expresión de Julius von Kirchmann, convierten en maculatura bibliotecas enteras. También una decisión del *Reverend* puede realizar esto. Parece que no es posible la duda respecto a que la resolución de su Sala primera de 10 Ene. 1995(1) así lo ha hecho(*). La interpretación extensiva del concepto de violencia en el § 240 párrafo 1 StGB(*) por la jurisprudencia continúa hasta la fecha

51

* Artículo publicado en: *Justiz-Zeitung* 15/16 (1995), pp. 737-745, con el título «Die Mängel im System des Strafrechts». Traducción de María Teresa Madiedo Hontanán, Área de Derecho Penal, Facultad de la Universidad de Chile. La traductora desea hacer una nueva expresión a la relación epistolar mantenida con el Profesor J. Hruschka que le ha permitido alcanzar el sentido correcto en términos y expresiones que resultaban difíciles de trasladar a la lengua española; y a su colaborador Jan Schuhr verdaderamente «instrumentos» en esta relación.
* 17. 1995, 738 (en este número) con observaciones de Gress. En las notas de posición citada a la decisión judicial hay que incluir al: Alvariz y NSIZ 95, 278 ss.; Knix JR 95, 231 ss.; Knix JR 95, 1525 ss.
* [Nota del trad.: Esta ha sido la segunda sentencia oficial por el *Reverend* (la primera data del año 92) con ocasión de una acción de bloque a través de una señalada («Stützblockaden-Mischelung»)].
* [Nota del trad.: § 240. Coacción. (1). Quien coaccione a otro análogamente con violencia o mediante amenaza con un mal grave a realizar, permitir u omitir una acción, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 3 años o con multa.]



III La coacción en el sistema del Derecho Penal

contradice el Art. 103.2 GG(*). El concepto «desmaterializado» de violencia ha llegado con esto a su final(2). La historia del concepto de violencia en las últimas décadas ha sido de escritura en el futuro como la historia de un fracaso. Pero es demasiado pronto para que nos ocupemos de esto(3). Lo indicado en su lugar, es reflexionar de nuevo sobre la función de la coacción en el sistema del derecho penal y proporcionar así al tipo los contornos necesarios. Anteriores intentos para determinar la posición de la coacción en el sistema del derecho penal tenían que fracasar porque el concepto de violencia ampliamente desbordado, impedía trazar los límites precisos. Esto ha cambiado —posiblemente— ahora, es decir, cuando el § 240 párrafo 1 StGB(*) se entiende en el futuro como lo exige el principio *nullem crimen sine lege scripta*, tan sólo según su tenor literal y en el marco de la función que le corresponde en el sistema del derecho penal.

El hilo conductor para las siguientes reflexiones lo proporciona, en primer lugar, la diferencia de los conceptos *vis absoluta* y *vis compulsiua*, que como demuestran los actuales comentarios y manuales de derecho penal, tanto antes como ahora, un papel en la interpretación del tipo de la coacción(4). Después de esto, el hilo conductor lo facilita la diferencia de los conceptos *violencia y amenaza con un mal grave* que la ley misma formula en el § 240 párrafo 1 StGB. Sin embargo, se demostrará ante todo que la *vis absoluta* contrasta con la opinión dominante hasta hoy, no es un medio coactivo adecuado sino que más bien, la inclusión de la expresión «violencia» en el delito de coacción tiene un campo de acción relativamente reducido(5). En efecto, la coacción en el sistema del derecho penal tiene un lugar, que puede ser precisado con exactitud. Una mirada a la historia de la formación de la norma lo puede confirmar.

La aplicación de la frase *nullem crimen sine lege* al § 240 StGB comprende la aceptación de que el delito de coacción está limitado a un círculo de determinadas relaciones. Con esto, no se ha dicho que otras relaciones no sean merecedoras de pena. Sin embargo, el § 240 StGB no puede entenderse como un tipo de recogida para conductas merecedoras de pena pero posiblemente no punibles en la actualidad. Si un comportamiento merecedor de pena pero todavía no punible debe convertirse en punible, es el legislador quien está llamado a producir ese efecto y no los tribunales.

(*) [Nota del trad.: Artículo 103.2 de la Ley Fundamental de Bonn: (2) Un hecho sólo puede ser castigado cuando su pena-
lidad haya sido determinada legalmente con anterioridad a la ejecución del mismo.]

(3) Con relación a esto, últimamente Alvarado *op. cit.* pág. 281 columna izquierda con referencias.
Person. 3ª ed., 1988, pág. 222 y ss. (número de margen 568 y ss.), con observaciones críticas sobre la escalada, como Wismar
mismo lo denomina, del concepto de violencia en la jurisprudencia emitida hasta la fecha.

(*) [Nota del trad.: La comprensión del sustantivo *Drohning* dentro del delito de coacción es compleja en la lengua alemana.
La dificultad de encontrar un término en lengua española que salvasse las dificultades que ofrece la interpretación actual del
término y que simultáneamente diese cabida a la teoría aquí expuesta, se ve superada con el verbo español *permitir*, del latín
permittere, esto es, no impedir lo que se puede evitar. Este término supone por un lado, dar un sentido al tercer elemento de
la trada: «coaccionar a realizar, omitir y ... una acción». Por otro, y frente a la *vis absoluta* que como veremos a lo largo de este trabajo,
no es medio idóneo para la coacción e incluir únicamente la imputación de primer nivel en el concepto.]

(4) Véase por todos Dürren/Tschöke, StGB, 47. ed. 1995, 13 para el § 240 y Kraus, en: Larenz, StGB, 21. ed. 1995, 5
para el § 240.

(5) En nuestros días y frente a la inclusión de la *vis absoluta* en el delito de coacción, sobre todo Michals, Kraus, Nöthling
its *Fürherstellung*, en: Festschrift für Heinz Lefrenz, 1983, pág. 511 ss.

I. EL TIPO DE LA COACCION

La formulación del tipo de la coacción como hoy la conocemos («Quien coaccione a otro mediante violencia o amenaza de un mal grave a realizar, permitir u omitir una acción...») es todo lo contrario a una casualidad. El § 240 párrafo 1 del Código Penal del Reich de 1871(6) y las disposiciones anteriores a él de los Estados particulares alemanes son en los puntos decisivos formados exactamente como el actual § 240 párrafo 1 StGB. Ciertamente éstos contienen, más de una vez y frente al actual texto, una más amplia o más estricta definición de los medios coactivos(7). no pocas veces otras expresiones para caracterizar la acción coactiva que las de la actual prescripción(8), y también con relativa frecuencia, otras descripciones del resultado coactivo(9). A menudo parece que para el § 240 párrafo 1 StGB el resultado coactivo es, exclusivamente en el injusto subjetivo como tal, aquello a lo que tiene el coaccionador(10). Pero siempre, como en el actual derecho: (1) se exige el empleo de un auténtico medio coactivo, es decir, de un medio por el cual el coaccionado sea *forzado* a algo, lo que excluye la sugestión, el fraude y otros como medios coactivos (2) siempre la acción se describe como «coaccionar», «forzar» u otras expresiones similares, con las que se expresa que el coaccionado por el empleo de un medio coactivo es llevado a una situación de necesidad (3) siempre se exige una renuncia del coaccionado conllevada por la situación de necesidad que se desarrolla, sea objetiva o al menos meta del actuar coactivo. Coacción es, según esto, siempre el empleo de un medio coactivo que lleva al coaccionado a una situación de necesidad con la que se causa la correspondiente reacción o que al menos debe poder causarla. KANT, que escribe en el tiempo en el que se desarrolla el concepto de coacción, entiende ésta — en total correspondencia — como «Necessitation», «por la cual, una acción es realizada necesariamente»(11).

II. LA DIFERENCIA ENTRE «VIS ABSOLUTA» Y «VIS COMPLICATA»

La característica decisiva de la coacción es, según esto, la relación final (objetiva o al menos tenida en cuenta por la intención del autor) entre la acción coactiva, el estado de necesidad

omitir una acción...».

(16) «Quien coaccione a otro mediante violencia o amenaza con hecho que consista en omitir o delinir a realizar, permitir u omitir una acción...».

(17) Como ejemplo elemental, el Art. 281 del Código penal de Württemberg de 1839 que por un lado, admitía como medio coactivo la «violencia», «amenaza» y «cualquier otro medio», y por otro, limitaba la definición de violencia coactiva a la «violencia corporal». El § 20 § 1077 ALR prusiano de 1851 la amenaza sola y ciertamente sólo la amenaza «con la ejecución de un hecho que consista en un crimen o delito». Textos de la legislación decimonónica según M. SCHRÖDER, *Sammlung der deutschen Strafgesetze*, vol. 3, München, 1858.

(18) El § 20 § 1077 ALR y otras disposiciones penales del siglo XIX hablan de «coaccionar», frente a ellos, el § 212 del StGB prusiano de 1851 recurre a la palabra «forzar». El Art. 201 del Código Penal Sajón de 1855 utiliza la fórmula siguiente: «Quien, emplee violencia o amenazas para determinar a alguien a realizar, permitir u omitir una acción...». El Código Penal Austriaco de 1852 se sirve del término «extorsión» en el § 98 para designar a lo que nosotros hoy llamamos coacción. En el mismo sentido, el § 98 del StGB prusiano de 1851 y «extorsión» en el § 98 del StGB prusiano de 1852 u «realizar, reportar u omitir una acción» en el Art. 201 por el StGB sajón de 1851 y en el Art. 281 del StGB de Württemberg de 1839.

(19) La descripción legal del resultado coactivo va desde el verbo «alguien» del § 20 § 1077 ALR («Quien... a un hombre... contra su voluntad coacciona a alguien...») pasando por la acción u omisión» del § 212 del StGB prusiano de 1851 y «extorsión» en el Art. 201 del StGB sajón de 1851 y en el § 278 del StGB de 1845 de Baden.

(20) Ver BAWANSKY, KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, obras, edición de la Academia, vol. VI, págs. 222, líneas 12-15.

ni k. Mötung

21. ed. 1995. 5

de este trabajo.

habían de iole-

er elemento de

miter, del latín

ción actual del

agua alemana.

. como Wilm

like según die

ando su pena-

convertirse

no punibles

uede enien-

lo, no se ha

cción de

ra mirada a

coacción en

ncia en el

sta hoy, no

n embargo,

is violencia

el tipo de la

les comen-

jar, la dife-

en el siste-

n sine lege

lo el § 240

mpedia tra-

el derecho

ios necesi-

la función

ronto para

as décadas

e violencia

surgido de la acción coactiva y la reacción del coaccionado que surge de la situación de necesidad. Esto nos indica la diferencia entre dos situaciones de necesidad esencialmente diversas a disposición de la jurisprudencia desde el «De iure Naturae et Gentium», de PUFENDORF, de 1672. PUFENDORF(12) y los autores(13) que le siguieron se remiten a CICERÓN, quien ya había diferenciado entre, «necessitudo simplex seu absoluta», estado de necesidad por autonomía o estado de necesidad absoluto y «necessitudo cum adiunctione», estado de necesidad con limitaciones.

La «necessitudo simplex seu absoluta» presupone que «yo no puedo resistirme a ella por muy fuerte que sea el esfuerzo que haga». Yo no puedo «ni modificar ni amortiguar la situación»(14). Los movimientos corporales de un hombre sometido a una «necessitudo absoluta» y de tal suerte sometido a ella, son movimientos involuntarios y tampoco depende de su voluntad su falta de actividad en tal situación. Como consecuencia de esto se excluye la imputación (ordinaria) de primer nivel(15). El proceso físico en que se ve involucrado un hombre tal, no se lo imputamos como realización de una acción, como tampoco le imputamos la permanencia inactiva en la misma como omisión de una acción debida. Si Y por una fuerza natural, sin su propia intervención, choca contra Z y éste resulta así lesionado, no podemos considerarlo una conducta de lesión. Y si Y no se encuentra en condiciones de ayudar al lesionado Z debido a un desprendimiento de tierra, porque el mismo se encuentra atrapado entre las piedras, nos parece que aquí no puede hablarse de una omisión del deber de socorro. Rige aquí la regla «impossibilium et necessariorum nulla est imputatio», derivada del brocardo clásico «impossibilium et necessariorum nulla est obligatio»(16). En relación a lo «imposible» y a lo «necesario» no puede haber vinculatoriedad para Y, y por tanto tampoco imputación (ordinaria) de primer nivel(17).

A la «necessitudo cum adiunctione» pertenecerían, entre otros, todos los casos que caen hoy, para nosotros, bajo las categorías de estado de necesidad justificante y exculpante. Este estado de necesidad es por eso, si lo comparamos a la «necessitudo absoluta», un estado de necesidad con limitaciones, porque el necesitado padece el peligro que sobre él se cierne, tiene siempre una elección. Posiblemente fue ARISTÓTELES el primero en escribir(18): el afectado puede elegir entre

- (12) Lib. II Cap. VI § 1.
(13) Ver sobre todo JOACHIM GROSS: *Observationes Iuris Naturalis, Socialis et Gentium*, vol. II, Jena, 1754. Observatio LI (pág. 166 y ss.). Darius desarrolla con gran profundidad en esta obra una teoría del estado de necesidad. Sobre todo distingue de modo preciso y con argumentos entre el estado de necesidad que excluye la imputación de primer nivel (la imputación de una actividad física como ejecución de una acción), del estado de necesidad que excluye la imputación de segundo nivel (la imputación de un hecho anti-jurídico en relación a la culpabilidad). La distinción de Darius es tenida en cuenta más de doscientos años después, en 1975 en el StGB. En relación a la teoría del estado de necesidad de Darius ver mi trabajo *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brutto des Kantianismus bei Grotius und bei Kant*, GA 1991, I ss., 6 s.; ver también mi otro trabajo *Verhältnismäßig und Zurechnungsregeln*, *Rechtslehre* 1991, 449 ss., 459, (*) [Nota del trad. De este último trabajo existe traducción española realizada por FRAUCISSE BARRIS] (LXVIII): «Reglas de comportamiento y reglas de imputación»; *Anmerkungen zum Deutschen Strafrecht*, fascículo III, sept-dic., año 1991, pág. 343 y ss.).
(14) Ver CICHKO, *De Inveniente*, Lib. II Cap. LVII. «Cui nulla vi resisti potest... quae neque mutari, neque leniri potest».
(15) En relación a esta idea ver mi *Strafrecht nach logisch-mathematischer Methode*, 2ª ed., Berlin, 1988, pág. 364 ss., y mi trabajo, antes citado, en *Rechtslehre*, 1991, 449 y ss.
(16) Ver CIASUS D.50.17.185, *impossibilium nulla obligatio est*.
(17) Más detalles sobre esta deducción en mi trabajo anteriormente citado, en *Rechtslehre* 1991, 449 y ss., 453. EVRANKO OTTO mantiene así mismo esta idea en su ya también citado Comentario a PUFENDORF: (*Observaciones al Lib. I, Cap. I, § XXIII*, pág. 26). En *A System of Moral Philosophy*, vol. I, London, 1755 (reimpreso en *Collected Works of Francis Hutcheson*, vol. V, Hildesheim 1969), pág. 229, *Hutcheson* añade a «impossibilium et necessariorum nulla est imputatio» como «common maxim».
(18) Ver *Ethica nicomachea* III, I, 1110b; en la traducción de FRAUK DINKAU R. 7ª ed., Berlin, 1979, pág. 44 y s. En relación a lo anterior RICHARD LUTHEKE, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, Jena, 1903 (reimpreso en Hildesheim 1967), pág. 200 y s.

el acto con el que evita el mal amenazado o el mal con el que se le amenaza. El acto con el que se evita el mal se conoce desde Aristóteles como acción «mixta» (19). Es una acción propia, si bien «no desecada» («actio inmixta») (20), que nosotros podemos decir en alemán, mejor que otras lenguas, se lleva a cabo por un lado, de modo ciertamente voluntario, pero por otra parte, no quedando. Si como en el caso Mignonette (21) (*), Y mata a Z para salvar su propia vida, entonces excluimos la imputación (ordinaria) de segundo nivel, es decir, no imputamos al autor el hecho perpetrado como antijurídico a la culpabilidad (§ 35 párrafo 1 inciso 1 StGB) (22). Lo mismo rige si Y, a causa de un peligro para su salud, deja de salvar a Z, que se está ahogando, a lo cual, queremos suponer está obligado jurídicamente a pesar del peligro. Aquí también excluimos la imputación (ordinaria) de segundo nivel (23). Esto es una clase de analogía con la proposición «impossibile est necessarium nulla est impulatio», que aplicamos en los casos de necesidad absoluta.

En «De Officio Hominis et Civis» de 1673 que rigió como clásico durante el siglo XVIII y que fue ampliamente difundida como tratado de Derecho Natural cuyo influjo hasta hoy apenas puede exagerarse, PUFENDORF utiliza la distinción entre las dos situaciones de necesidad para diferenciar a su vez también entre dos tipos de fuerza [«coactio»] (24): «Se habla de fuerza de modos (25). Por una parte, allí donde alguien, que es más fuerte que nosotros, utiliza nuestros miembros con violencia para un hacer o padecer. Pero también, por otra parte, cuando alguien, que es más poderoso que nosotros, nos amenaza con un mal grave que está en situación de realizar inmediatamente en caso de que no nos dispongamos por nosotros mismos a hacer algo o a inhibirnos de actuar». El pasaje se convierte en punto de referencia para la distinción y contraposición de los conceptos «vis absoluta» y «vis compulsiva». «Vis vel absolute auctor libertatem, vel secundum quid» - «La violencia suprime la libertad (de la persona afectada por ella) bien de modo absoluto, bien secundum quid» (26), así se dijo ya en 1728 en el Comentario a PUFENDORF de EVERARD OTTO (27). En completa correspondencia con esto el penalista KLEINSCHROD a finales del

(19) Ver por ejemplo, PUFENDORF, *op. cit.*, Lib. I, Cap. IV § 9.
(20) En relación a la «actio inmixta» ver por ejemplo, CHRISTIAN WERNER, *Philosophia Practica Universalis pars prior*, Halle 1738, §§ 581 ss (pág. 429 y ss.).

(21) *Regina v. Dudley and Stephen*.
(*) Nota del trad.: «...mas un prolongado período de privación de comida y agua, dos marinos, naufragos en una balza, Dudley y Stephen, decidieron matar y comerse a un joven guineo llamado Parker. De este modo consiguieron sobrevivir...»
GROSJEAN, F. FLECHER, *Conceptos básicos de Derecho Penal*, Prólogo, traducción y notas de FRANCISCO MIRÓN CRESPI, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 197 y 198. En lengua alemana, extensamente el apéndice de la obra de Gustav RADNACH, *Der Geist des englischen Rechts*, Der Mignonette-Fall, ed. Adolf Rausch, Heidelberg, 1916, págs. 85 a 95.]

(22) El «estado de necesidad justificante» pertenece, ciertamente también a este círculo de problemas. Pero no es necesario tratarlo por lo que va a ser dejado de lado en aras a la simplificación de la argumentación.
(*) Nota del trad.: «§ 35 párrafo 1 frase 1 StGB: Estado de necesidad exculpante. (1) Quien ante un peligro presente para la vida, integridad corporal o libertad, peligro no evitable de otro modo, realiza un hecho típico antijurídico para apartar de sí dicho peligro o evitar el mismo a un familiar o persona cercana a él, actúa sin culpabilidad.»

(23) Y esto en el correspondiente uso del § 35 párrafo 1 frase 1 StGB.
(24) Ver Lib. I, Cap. I, § 24.
(25) «Cogni autem dicimus duplici modo»
(26) «Secundum quid» es un término técnico que desde la Escolástica se contraponía a conceptos como «absolutum» o «simpliciter». Ver THOMAS VON AQUINO, *De Veritate* q. 1 a. 10 c.: «...simpliciter loquendo... secundum quid loquendo...». En q. 17 a. 4 c. se contraponen a «simpliciter», las expresiones «secundum quid» y «sub conditione». En contraposiciones de este tipo «secundum quid» significa «con ciertas limitaciones»: EMILIO SERRA, *Des hl. Thomas von Aquino Untersuchungen über die Wahrheit*, Louvain und Freiburg, vol. I 1952, pág. 33, y vol. 2 1955, pág. 85, traduce «secundum quid» como «en cierto sentido», «en determinado sentido».

I, Cap. I, XXXIV (pág. 27).

- (28) GALLER ALONSO, KLEINSCHROD, *Systematische Entwicklung der Grundsatzgriffe und Grundbegriffe des prelinen Rechts*, Erster Theil, Erlangen, 1794, pág. 227. Inmovilizado en la 3ª ed., 1805, pág. 288 y s.
- (29) También JIM, SARTRE, F. y J. B. R. B. *De Officio Hominis et Civis cum commentario de LASARTE*, W. M. K., Frankfurt am Main 1715, (31) SARTRE, L. B., in P. M. K. *De Officio Hominis et Civis cum commentario de LASARTE*, W. M. K., Frankfurt am Main 1715, nota 3 al Lib. I, Cap. I, § XVI (pág. 19).
- (30) Entre unos y otros conceptos se establece una relación de subalternación. Los estados de necesidad absolutos se concluyen de modo independiente a la vis absoluta, ahora bien, toda vis absoluta dirigida contra una persona la lleva a un estado de necesidad absoluto. En correspondencia al razonamiento anterior toda vis compulsiva lleva a una necesidad con afluencia, pero no a la inversa. Es decir, una necesidad con afluencia no depende siempre de una vis compulsiva.
- (31) SARTRE, L. B., in P. M. K. *De Officio Hominis et Civis cum commentario de LASARTE*, W. M. K., Frankfurt am Main 1715, nota 3 al Lib. I, Cap. I, § XVI (pág. 19).

56

La expresión «vis absoluta» es una construcción paralela a la «necesidad absoluta» de Cicerón. La expresión «vis compulsiva» se impone para la caracterización del contraste con la «vis absoluta», porque pone de manifiesto el carácter específico de una violencia que no opera en términos absolutos. La vis compulsiva recibe su nombre «vis compulsiva» de que por medio de ella el afectado se ve coaccionado a una acción. *Per vim compulsivam «compellimus aliquem ad aliquid faciendum»* - «por la violencia coactiva coaccionamos a alguien a hacer algo», encuentra- mos ya a comienzos del siglo XVIII en el Comentario a PUFENDORF de JAMANEU, WERNER (31). La diferencia entre vis absoluta y vis compulsiva es, según se desprende de todo esto, la diferencia entre dos y solamente dos tipos de violencia, la violencia que actúa de modo absoluto y la violen-

tencia que actúa de modo relativo. La violencia que actúa de modo absoluto y la violencia que actúa de modo relativo, a quien aplica la violencia, y en ocasiones, también a terceros afectados, media- mente por la aplicación de la violencia.

La expresión «vis absoluta» se define según esto como aquella violencia que crea para el afectado un estado de necesidad «absoluta». Una «vis compulsiva» genera para el afectado un estado de necesidad «con limitaciones». El cambio de perspectiva del estado de necesidad hacia la violencia mediante la cual fue creado ese estado de necesidad, tiene sentido aunque los conceptos «vis abso- luta» y «vis compulsiva» son más estrechos que los conceptos de estado de necesidad que a estos corresponden (30). En tanto atendemos al estado de necesidad y únicamente a éste, sólo se puede tratar del afectado por el estado de necesidad y de la exclusión de la imputación del primer y segundo nivel. Si, por el contrario, tomamos en cuenta la violencia entonces, hay que atender no sólo al inmediatamente afectado por la violencia, sino también en todo caso, como se mostrará inmediatamente, a quien aplica la violencia, y en ocasiones, también a terceros afectados, media- mente por la aplicación de la violencia.

La expresión «vis absoluta» es una construcción paralela a la «necesidad absoluta» de Cicerón. La expresión «vis compulsiva» se impone para la caracterización del contraste con la «vis absoluta», porque pone de manifiesto el carácter específico de una violencia que no opera en términos absolutos. La vis compulsiva recibe su nombre «vis compulsiva» de que por medio de ella el afectado se ve coaccionado a una acción. *Per vim compulsivam «compellimus aliquem ad aliquid faciendum»* - «por la violencia coactiva coaccionamos a alguien a hacer algo», encuentra- mos ya a comienzos del siglo XVIII en el Comentario a PUFENDORF de JAMANEU, WERNER (31). La diferencia entre vis absoluta y vis compulsiva es, según se desprende de todo esto, la diferencia entre dos y solamente dos tipos de violencia, la violencia que actúa de modo absoluto y la violen- ta (vis absoluta), o bien reside en la amenaza de un mal que le afectará en tanto contradiga nues- tra voluntad (vis compulsiva) (28). En lo que se refiere a la vis absoluta, su carácter está com- pletamente claro. (KLEINSCHROD: «Queda fuera de duda que la violencia absoluta elimina toda libertad de voluntad. Pues, ¿cómo puede actuar según su propia voluntad alguien que no puede contrarrestar la fuerza del otro?». Los ejemplos que al efecto nos suministra OTTO son todavía hoy célebres ejemplos de calderas: si una persona más fuerte que yo me arroja desde un precipicio o me empuja contra otra persona, entonces yo me veo someto a una vis absoluta. Completamente dis- tinto es el caso de la vis compulsiva. Nuevamente KLEINSCHROD: «esta permite incluso algo de libertad», más exactamente, permite la libertad de elegir entre la acción exigida «y el mal con que se amenaza en caso de omisión». Este pasaje reproduce sustancialmente a ARISTÓTELES (29). OTTO al respecto: Se suprime la libertad secundum quid si el barbero expone sus exigencias navaja en mano.

III La coacción en el sistema del Derecho Penal

57 nam

cia que coacciona. La vis absoluta es de tal condición que en puridad de conceptos no coacciona y precisamente ese es el sentido de la diferencia entre vis absoluta y vis compulsiva(32).

Con este significado penetró la contraposición entre «vis absoluta» y «vis compulsiva», hacia el cambio del siglo XVIII al XIX, en la ciencia penal alemana. Cabe mencionar junto a Kleinschrod, a G.J.F. Meister(33) y Grosmann(34), el último de los autores se sirvió de expresiones algo germanizadas («absolute bussere Gewalt», «compulsive Gewalt») (35). El concepto «vis compulsiva» como tal fue introducido incluso más tempranamente en la doctrina penal. Lo encontramos, en todo caso, ya en Joll. Samuel. Friederich Böhm(36).

III. LA DIFERENCIA ENTRE «VIS ABSOLUTA» Y «VIS COMPULSIVA» EN EL SISTEMA DEL DERECHO PENAL

La diferencia entre «vis absoluta» y «vis compulsiva» es jurídico-penalmente relevante, sobre todo, en tres situaciones, como se muestra en las correspondientes relaciones de tres personas. Deben considerarse las respectivas relaciones entre (1) el que emplea la violencia, (2) el que se ve afectado de modo directo por la violencia y (3) el posible tercero cuyos bienes jurídicos son objeto de ataque por quien emplea la violencia a través de la persona que la sufre de modo directo.

Empecemos por la violencia en forma de vis absoluta, por ejemplo cuando X empuja a Y con el brazo contra Z y Z resulta lesionado por ello. Tenemos que para la relación entre Y y Z rige, que Y no es responsable de las lesiones que Z sufrió, pues ni siquiera imputamos a Y el suceso lesivo como una acción de lesiones. Sería falso que Y ha colmado el tipo de las lesiones pero que estaría justificado o excusado. Esto también tiene consecuencias para las relaciones entre X y Z. Ya que imputamos a X la lesión corporal de Z, justo por la misma razón por la que no se la imputamos a Y. Por eso mismo, consideramos a X como autor directo de la lesión corporal de Z. Sería falsa la afirmación de que X es el autor «mediato». Presupuesto para una autoría «mediata» es un correspondiente comportamiento de cualquier índole por parte del «instrumento». Pero eso es precisamente lo que falta aquí. Si sacamos las correspondientes consecuencias también para la relación entre X e Y, entonces X realizaría ciertamente el tipo penal mediante el cual se comete una pena la aplicación de violencia contra otro, en el ejemplo posiblemente el tipo de las lesiones. Sin embargo, no se realiza el tipo de la coacción. Pues falta un comportamente coaccionado de la víctima por el autor.

(32) Por ello se encuentra ya en dificultades semánticas quien pretenda incluso solamente decir lo contrario. Así, la frase «también el empleo de vis absoluta puede ser coacción» es sinónimo a «también el empleo de violencia no coactiva puede ser coacción». A consecuencia de ello, la frase acaba en una contradicción.

(33) Grotius Jakob Friedrich Meier, *Principia iuris Criminalis Germaniae communis*, 1ª ed., Göttingen, 1789, § 21 y § 297 (págs. 19 y 255); 6ª ed., Göttingen 1819, §§ 92, 221, 276 (págs. 97, 239 (nota c) 292).

(34) Kahl, Grünwald, *Grundriss der Criminalrechtslehre*, 2ª ed., Gießen y Darmstadt, 1805, § 41 (pág. 47). En la primera edición, Gießen 1798, todavía no emplea dicha terminología; véase especialmente el § 73 (pág. 31).

(35) Feuerbach, que no ve que el concepto de libertad que utiliza, entre otros, Krieger en la exposición de los conceptos sea compatible con su determinismo, define «vis absoluta» como «violencia física» y la «vis compulsiva» como «violencia psíquica». (Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts, Gießen 1801, §§ 97, 304, 306 —págs. 76 s., 236, 315 s.—). Esto no es sólo una traducción falsa que no reproduce lo que las expresiones latinas quieren significar, sino que con ello, Feuerbach también ignora el principio de la distinción. De ahí que tampoco se imputara en el período posterior la interpretación errónea de Feuerbach.

(36) Ver Joll. Samuel. Friederich Böhm, *Observationes Socraticae*, Frankfurt/Main 1759, pars secunda, Obs. II a Quaestio LXV N. 14 (pág. 43); y Böhm, *Meditationes* op. cit., págs. 423, 435 y 519.

Otra cosa sucede con la violencia en forma de vis compulsiva, por la que en este lugar (y a reserva de las indicaciones posteriores, en el epígrafe VII) podemos trazar aun con el ejemplo de que X encadenando a Y, le obliga a dar una patiza a Z. También aquí rige en la relación entre Y y Z que Y no es responsable de las lesiones que sufre Z, pero no porque falte el correspondiente actuar de Y. Sino porque no imputamos a Y la lesión de Z, que podríamos ciertamente considerar antijurídica, como culpable. La consecuencia de todo esto en la relación entre X y Z es que consideramos a X autor inmediato —no autor directo— de las lesiones de Z, esto es, como un autor que ha ejecutado el hecho típico «mediante otro» (§ 25 párrafo 1 StGB 2ª alternativa*). Nuevamente imputamos a X la lesión de Z por la misma razón por la que no se la imputamos a Y. Pero para la relación entre X e Y hablamos de «coacción». El ejemplo es incluso un caso típico de coacción. X emplea aquí una «vis compulsiva» contra Y, por la cual Y es llevado a una situación de necesidad. Su reacción reside en que lleva a cabo la acción pretendida por X y da la patiza a Z.

En caso de vis absoluta rige, según esto, para Y en relación a Z: El hecho no se le imputa a Y como acción de lesiones. Para X en relación a Z rige: El hecho se le imputa a X como lesión en autoría directa. Para X en relación a Y rige: El hecho es una mera ejecución de violencia. En caso de vis compulsiva rige para Y en relación a Z: Y ha cometido una acción antijurídica de lesiones que sin embargo no se le imputa a su culpabilidad. Para X en relación a Z rige: X es autor inmediato de la lesión de Z. Para X en relación a Y rige: El hecho de X contiene una coacción contra Y.

Una coacción crea una situación de estado de necesidad que no por casualidad también puede llamarse «situación de estado de necesidad coactivo». Si la coacción es de una cierta fuerza de modo que el coaccionado resulta exculpado del comportamiento al que se le forzó, entonces, en lugar de a él, la acción se le imputa por completo al coaccionador, puesto que es el autor inmediato. Los conceptos de «coacción», «estado de necesidad exculpante» y «autoría mediana» pertenecen a un mismo nivel. El § 240 StGB ha de ponerse en relación con el § 35 párrafo 1 inciso 1 StGB y el § 25 párrafo 1 StGB 2ª alternativa(37). Una vis absoluta no entra en esta relación. Su lugar está en un plano completamente distinto. Nuevamente se nos muestra con claridad que sólo una vis compulsiva y no precisamente también una vis absoluta es medio coactivo adecuado en el sentido del § 240 StGB.

IV. RAICES DEL TIPO DE LA COACCION EN LA TEORIA DEL DERECHO NATURAL

No se pone de manifiesto otra cosa si nos dedicamos ahora a la historia del concepto de coacción en sentido estricto. Hasta hace poco se aceptaba que el delito de coacción se había desarrollado «histórico-dogmático y legislativamente» a partir del crimen vis romana tal y como fue adoptado por el derecho común —entendido al efecto el crimen vis como «un "vago" delito general de lesión de la paz»—, si bien «actualizado por la forma de aplicación de la violencia»(38). Por el contrario, BERTULIER ha defendido recientemente la tesis de que entre la actual coacción y el crimen vis del derecho común no exista «continuidad alguna, sino una ruptura en la evolución histórica».

(*) [Nota del trad.: § 25. «Autoría». (1). «Será castigado como autor, quien ejecute el hecho punible por sí mismo o por medio de otro.»]

(37) Nuevamente no quiero tratar aquí el «estado de necesidad justificante» para simplificar la argumentación.

(38) Ver KIRCHER, KIRCHER, op.cit., pág. 520, adhiriéndose sobre todo a FRIEDRICH SCHULZ, «Von crimen vis zur Notwehr», en: Festschrift für Richard Lange, 1976, pág. 983 ss. Ver también GUNAR TIER, Die Notwehr, Berlin 1989, pág. 36 ss.

rica»(39). Esta tesis de la discontinuidad tiene algo a su favor. Distintas líneas de evolución, hasta ahora creo no consideradas, remiten a la doctrina del Derecho natural.

Es interesante, en primer lugar, la sucesión de las diferentes ediciones del Compendio de Derecho Natural de ACHENWALL. Las dos primeras ediciones, de 1750 y 1753, recogen solamente la distinción entre «coacción absoluta» y «coacción hipotética». Una «coacción absoluta» es la determinación de otro a un concreto suceso físico determinado, una «coacción hipotética» es la determinación a elegir una de entre varias alternativas de acción existentes. Una fuerza del primer tipo, excluye por completo la libertad del afectado, una fuerza del último tipo no excluye en sí la libertad del afectado(40). La diferencia es la misma que la que existe entre «vis absoluta» y «vis compulsiva». Diferencia que era ya una evidencia más bien trivial a mediados del siglo XVIII.

En la 3ª edición de 1755, el autor parte de la acción de quien es sometido a una fuerza. A tal efecto, ya no interesa el suceso forzado por una coacción absoluta en la que se encuentra la víctima. Sucesos de esta clase no son acciones. Pero la «acción invitata» la acción no deseada por una «coacción hipotética», la describe ahora ACHENWALL como «acción coacta per coactionem exteriornam secundum quid», esto es, como una «acción forzada por una fuerza exterior secundum quid»(41). Esta acción es por un lado, «libre» —es decir, voluntaria— pero por otro es «acción necesaria»(42) una acción que ha de ser realizada en determinado sentido necesariamente debido a una fuerza. A esta «acción necesaria» corresponde por el lado de quien emplea la fuerza, la «extorsión». Una extorsión es la «amenaza continua de causación de perjuicios, hasta que el forzado pueda estar seguro de que pesan más los motivos para la realización de la acción no deseada»(43).

El término y el concepto de «extorsión» los toma ACHENWALL de las investigaciones de BAUMGARTEN sobre «psicología empírica»(44). El llama ahora «extorsión» a lo que en las dos primeras ediciones llamaba «coacción hipotética». Ciertamente, más tarde, en los «Prolegomena Juris Naturalis» de 1758, restringe el autor su definición a la violencia que «se emplea con la finalidad de invitar a otro, renuncie antes y después, a la realización de su obligación»(45). lo que se corresponde con usos más antiguos de los términos «extorsión» y «extorquere»(46). Pero la restricción no modifica en absoluto el significado histórico del término. El concepto de coacción en

- (39) Véase ACHENWALL, *Siedlungsstruktur, Wirtschaftsentwicklung, Verwaltungsfunktion und Verwaltungsreform*, Berlin 1991, págs. 66 ss., 80. En tanto que SAMUEL FAHNEHUS, *Die Formidationsgesetze des § 240 StGB*, Frankfurt/Main, Bern etcétera, 1991, págs. 20, nota 46, formula todavía un juicio realmente precavido, que se corresponde más bien con un pensamiento tradicional.
- (40) JOHANN SAMUEL PETERK y GOTTFRID ACHENWALL, *Elementa juris Naturae*, I. Ed., Göttingen 1750, § 70 s. (pág. 19); 2ª ed., Göttingen 1753, § 51 s. (pág. 19). Como resulta del Prologo de la 3ª edición, que citamos a continuación, el autor de este pasaje es ACHENWALL y no PETERK. En el § 52 de la 2ª edición se dice: «libertas incutit cum coactione absoluta consistere acquit, hypothetica vero coactio tam per se non tollit».
- (41) GOTTFRID ACHENWALL, *Jus Naturae, editio post huius priores editiones emendata*, Göttingen 1755, § 18 (pág. 6).
- (42) *op. cit.*, § 19 (pág. 7).
- (43) *op. cit.*, § 21 (pág. 7); extorsión es «ipsa actio dispositio continuanda, donec de secuto ad invitam actionem superpondo certus esse queat cogens».
- (44) La definición de extorsión dada por ACHENWALL, lo encontramos literalmente en ALEXANDER v. GOTTFRID BAUMGARTEN, 3ª ed., Halle 1750, § 728 (pág. 249).
- (45) GOTTFRID ACHENWALL, *Prolegomena Juris Naturalis*, Göttingen 1758, § 98 (pág. 83): «quatenus eo fine adhibetur, quo alter, adhuc renitens, obligationi sua satisfaciatur». Concorda literalmente con el § 98 (pág. 98) de la 2ª edición de 1753 y el § 98 (pág. 90) de la 3ª edición de 1767.
- (46) Sobre todo ver HILFERT KRIEGER, *Juris Naturalis Elementa* VII, 2. Ed., Jena 1735, § 732 ss.; correspondiente a las ediciones sobre KRIEGER de Baumgarten, ver ALEXANDER v. GOTTFRID BAUMGARTEN, *Jus Naturae*, Halle 1763, § 124 ss. (pág. 57 ss.).

gar (y
emplo
entre
ndien-
nside-
e con-
or que
mente
para la
cción.
neces-
puta a
ión en
n caso
siones
mediato
y.
mbien
a fuer-
enton-
l autor
la per-
ciso l
ón. Su
le sólo
o en el
JRAL
pio de
i desa-
no fue
gene-
3). Por
el cri-
i histo-
no o por
in 1989.
le 2000

III La coacción en el sistema del Derecho Penal

KARL, que se refiere a la incidencia de la ley (moral) sobre una voluntad (renuente), conecta con el concepto restringido de extorsión en ACHENWALT (47). El término «coacción» lo toma KARL de BAUMGARTEN, al traducir ya tempranamente la expresión «necessitas», utilizada por este último como «coacción» (48).

Con la «extorsión» no sólo se crea una nueva designación para aquellas acciones que fuerzan al afectado a una reacción en sí no deseada por él. Ante todo, BAUMGARTEN y ACHENWALT suminizan también una definición de la que surge un concepto relativamente claro. Desde aproximadamente la mitad del siglo XVIII hay una expresión para esto que hoy denominamos «coacción», unido a su concepto correspondiente. Este concepto excluye los casos de «coacción absoluta» («vis absoluta»).

Esta es una primera línea de evolución. Por la que se refiere a una segunda línea de evolución, hay que pensar en aquellos autores del Derecho natural —especialmente de la Escuela de CHRISTIAN WOLFF— que se ocupan también con problemas penales. En la parte penal de su «Systema Elementare Universae Jurisprudentiae Naturalis», ACHENWALT antes de abordar los delitos especiales, habla de dos «verdaderos delitos generales», la vis y el falsum (49). Respecto de la vis dice: «Si la vis es considerada como un delito, entonces es un hecho que o bien limita o bien suprime por completo la libertad de actuar de otro modo, a menos que realice un delito especial (50)». Como otros antes que él, se adhieren también ACHENWALT a la diferencia de vis absoluta y vis compulsiva. Vis es o bien aplicación de violencia que elimina por completo la libertad de acción del afectado, o bien aplicación de violencia que limita la libertad de acción del afectado. El último modo de aplicar violencia se describirá entonces, con mayor precisión como sigue: «Si quis aliterum per metum iniustum ad agendum compellit, nec tamen haec inest in laesione quamdam speciem inicit, ea ad hanc laesione generalem, tamen speciem eius, relinquit debet». — «Quem placido por un tipo especial, entonces debe ser entendido tal hecho en cierto modo como un caso particular del delito general de vis» (51). Cautamente, añade todavía el autor: «mediante miedo, la libertad ciertamente no se elimina pero sí se limita» (52). NETERBLADT formula aquí, como uno de

- (47) Vgl. KARL, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, obras, vol. IV, pág. 413, líneas 12 ss., pág. 425, línea 30, pág. 434, líneas 17 y s.
- (48) Vgl. BAUMGARTEN, *Metaphysik*, 4. Ed., Halle 1757, § 701 (esta 4ª edición ha sido reproducida en el volumen 17 de la edición de la Academia de las obras de KARL). En la 3ª edición todavía no se encuentra la traducción, incluso la palabra misma —el sustantivo— «coacción», aunque de origen más antiguo parece que sólo llegar a ser de uso extendido en el siglo XVIII, en parte como traducción literal del latín «necessitas». El colaborador del Dictionnaire de los hermanos Grimm, *Deutsches Wörterbuch*, séptimo (13.) volumen, elaborado por MARTINUS VON LEXER, Leipzig 1889, columna 944). Todavía en 1833 se aludía a la expresión coacción como una «desasosumbrada denominación» en la exposición de «Motivos del Proyecto de revisión» del Código penal prusiano (ver *Deutsches Recht* (Hrsg.), Gesetzrevision (1825-1848), I. Abt., vol. 3, Vador 1984, pág. [539] - WIKON, *System der Wissenschaften Recht* (Hrsg.), Quellen zur preussischen Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts).
- (49) DANK, *Metaphysik*, System Elementare Universae Jurisprudentiae Naturalis, aquí utiliza en la 3ª edición (Halle 1767, pág. 338). - Tit. I. De laesione Veris Generibus.
- (50) *op. cit.*, § 916: «Vis, si sumitur pro laesione, est laesio quae alicuius libertatem in agendo, vel restringendo, vel tollendo, committitur, in laesione quamdam speciem non incidens».
- (51) *op. cit.*, § 918.
- (52) «Licet enim per metum libertas non tollatur, restringitur tamen per eum».

los primeros, la coacción como un tipo penal que se separa claramente de la vis, la cual elimina la

libertad de la víctima.

Estos esfuerzos penetraron en el ALR, en cuyo II 20 § 1077 se dice(53): «Quien... a un hombre... con violencia detuviera, encerrara, o coaccionara contra su voluntad a algo... siempre que no concurren circunstancias agravantes determinadas en las leyes siguientes... incurrirá no obstante en la pena de...». Tras dos casos de privación de libertad mediante vis absoluta, detener y encerrar, ofrece aquí el ALR el primer tipo legal de coacción de la historia jurídica alemana, incluso en la formulación, y no en último término con la cláusula de la subsidiariedad, parece haber sido influido el precepto por el tratado de NETTELIMANN. En todo caso, coincide materialmente con el tipo de coacción formulado por NETTELIMANN. El contexto histórico en el que se sitúa, no deja duda alguna de que sólo tiene en perspectiva la vis compulsiva y no también la vis absoluta.

El delito de coacción no surge del crimen vis del derecho romano. No es un delito de que-

brantamiento de la paz. En lugar de ello, la coacción es el resultado de la distinción entre vis absoluta y vis compulsiva en la doctrina del Derecho natural de finales del siglo XVII y del siglo XVIII y en el trasfondo está la libertad individual de actuación como bien jurídico protegido. Las dificultades que tuvieron los autores que hacia el año 1800 trabajaban en Derecho penal, por ejemplo GROLMANN(54) y TITTMANN(55), residieron precisamente en separar la coacción, surgida de la manera indicada y aparecida en el ALR y el crimen vis del derecho común, aparentemente empa-

quetado y más familiar a los penalistas. Pero debemos dejar aquí sin tratar la evolución posterior. ACHEMSTALL definió la libertad que corresponde a cada hombre como «independencia in agenda ab arbitrio alienius»(56). En su «Metaphisica de las Costumbres» de 1797, reproduce KANT la definición con el añadido significativo de que la libertad es «independencia de uno al arbitrio de otro según una ley universal», es un derecho decisivo, que tienen todos y la coacción es precisa-

.....

(53) ERNST FRIEDMANN KANT, amigo y colaborador de SWARTZ, fue responsable de la parte penal del ALR. No cabe duda que Klein era un profundo conocedor de la literatura aquí referida. Estudió en Halle con NETTELIMANN, Véase ERNST FRIEDMANN KANT, *Grundriss der moralischen Rechtswissenschaft*, Halle 1898, pág. 2991. Profesor el mismo más tarde en Halle, conoció obviamente también a los otros autores del derecho natural, que pertenecían a la generación de su maestro. (Ver ERNST FRIEDMANN KANT, *Grundriss der moralischen Rechtswissenschaft*, Halle 1907, donde en las páginas 36, 194, 198, 237, 359 y 362 se remite a ACHMSTALL, BAYMEYER y KANT). No resulta menor que Klein citara, precisamente en la página 36 la edición de 1755 de la obra *ius Naturae* de ACHMSTALL, Junio a KANT, cuyo libro editó a partir de 1798 el «Archiv des Criminalrechts». Con KANT, cuya filosofía práctica admitió, mantuvo temporalmente una relación epistolar casi amistosa (una parte de estas cartas está reproducida en los volúmenes II y 12 de la edición de la Academia de las obras de KANT). Según esto, hay que partir de que le era familiar a KANT, al tiempo de la elaboración del ALR la separación entre «vis absoluta» y «vis compulsiva», que conocía el tipo de la coacción en NETTELIMANN, constituido sobre aquella, que sabía lo que significaba «extorsión» en BAYMEYER y ACHMSTALL y «coacción» en KANT.

(54) SCHMIDTKE, *op. cit.*, escribe en la página 998 que GROLMANN fue el criminalista del que proviene «la distinción fundamental del viejo crimen vis por medio del moderno tipo de la coacción». Este punto no se tiene en pie por las razones expuestas en el texto. Claramente, las formulaciones sobre las «acciones violentas y exacciones en general», que ofrece GROLMANN en los *Grundrissen der Criminalwissenschaft*, 2ª edición 1805, § 230, recuerdan a la actual coacción, pero del nudi-

sis del crimen vis en el § 231 no se ve suficientemente claro, qué y cómo se quiere apartar el autor de los conceptos jurídicos romanos.

(55) KANT, AUGUST TITTMANN, *Beiträge zu der Lehre von den Verbrechen gegen die Freiheit*, Meissen 1806, especialmente pág. 6 y ss.

(56) GÖTTMANN ACHMSTALL, *ius Naturae* (primera parte), 6ª ed., Göttingen 1767, § 70 (pág. 63).

recta con KANT de te último

que fuer- HERWALL, ide apro- is «coac- t absol-

Je evolu-

scuela de

ral de su

cto de la

ta o bien

llo espe-

absoluta

iedad de

ciado. El

«Si quis

quandam

- «Quien

o es des-

un caso

medido, la

no uno de

ica 30, pág.

en 17 de la

la palabra

nos Grimm

4). Todavía

Volvos del

Abt., vol. 3,

ng des 19,

ción (Italie

, vel iollen-

15.

III La coacción en el sistema del Derecho Penal

mente lo que se opone a esta libertad(57). El primer tipo de la coacción y la formulación de Kant, que esclarece el trasfondo, casi coinciden en el tiempo.

V. ¿EL SIMPLE EMPLEO DE VIOLENCIA COMO COACCIÓN?

El grito de una coacción es que ésta motiva al coaccionado a «realizar, soportar u omitir» una acción (§ 240 StGB). El concepto de acción, aquí como en cualquier caso, supone que quien actúa tiene la posibilidad de omitir la realización de esa acción(58); permitir una acción presupone que el que permite tiene la posibilidad de impedir el acontecimiento permitido y una omisión, presupone que el omitente tiene la posibilidad de ejecutar la acción omitida. De otro modo, no cabe hablar propiamente de «realizar, permitir u omitir» una acción. Por otra parte, los elementos del injusto «actuar, permitir u omitir» del § 240 StGB serían también superfluos. El empleo de violencia por antonomasia, la vis absoluta, en lo que atañe al afectado por ella no se corresponde con hacer, soportar u omitir, sino con una pura pasividad, con un mero sufrir.

Por supuesto cabría pensar, siempre en relación con la vis absoluta en un delito como: «Quien emplee violencia contra otro...». Pero no sería necesario entonces añadir nada más sobre la «reacción» del afectado. Que la víctima de un uso de violencia la padece, es en todo caso una consecuencia necesaria de toda utilización de violencia. Por supuesto, cabe también pensar en un delito en el que el uso de violencia contra otro esté unido con una ulterior lesión de bienes jurídicos que como tal reside ya en el ejercicio de violencia, por ejemplo: «Quien emplee violencia contra otro y con ello provoque que surjan para la víctima o un tercero daños que excedan el uso de la violencia...». Pero también en casos de esta naturaleza, el afectado en absoluto actúa, omite o soporta, ni en relación al ejercicio de violencia ni en relación a la lesión de bienes jurídicos que va más allá de aquella. También aquí permanece el mero víctima pasiva del ejercicio de violencia y de la lesión adicional de bienes jurídicos. De nuevo no necesita decirse nada en relación a una «reacción». Por tanto, si el § 240 StGB dice algo en relación a la reacción del afectado y no que renios aceptar que lo que dice el precepto es superfluo, tendríamos que admitir que la ley, cuando habla de «realizar, permitir u omitir» está pensando en el sentido convencional indicado de «realizar, permitir u omitir» una acción.

No hay realmente nada que añadir a las siguientes indicaciones, completamente claras, del *Tribunal Superior de Prusia* en relación al § 240 RSIGB:

«El § 240 StGB presupone necesariamente, en cuanto que habla de una coacción a realizar, permitir u omitir una acción, una fuerza hacia un determinado hacer, permitir u omitir futuros, una influencia sobre la voluntad de aquel que es coaccionado. De ahí que un acto de violencia sólo pueda servir como medio para la Comisión de este delito cuando mediante la violencia se influya sobre la futura decisión de otro, pero una violencia corporal que anule por completo la voluntad del otro y le imposibilite físicamente la realización de una acción premeditada, no puede ser considerada como una coacción a permitir u omitir en el sentido del § 240»(59).

62

(57) Obras, Volumen VI, pág. 237, líneas 29-32.

(58) Con otras palabras, quien actúa tiene en relación a su acción, una alternativa de acción.

(59) Decisión de 11 Dic. 1873, en F. C. OPMANN: *Die Rechtsprechung des Königlich Preussischen Ober-Tribunals ... in Straf-Sachen*, volumen 14, Berlin 1873, págs. 797, 798.

interwiew 5.

434

Además un delito en el que se amenaza con pena el simple empleo de violencia (sin más aditamentos) infringiría el principio *nullum crimen sine lege* y de este modo el derecho constitucional. El artículo 103 párrafo 2 del GG exige que el modo y manera de empleo de la violencia esté legalmente determinado de modo preciso. No debe existir un «verdadero delito general» de «violencia», como todavía lo entendía posible Marten, a. a. r. Hoy sólo pueden ser punibles las violencias *nominadas*, como homicidio, lesiones y detención ilegal, no las *innominadas* en conexión con otros daños, no determinados, del alevado o de un tercero. Tampoco podría darse tal delito bajo la vigencia del principio *nullum crimen sine lege*. Sólo aquella violencia que va asociada a lesiones del bien jurídico *determinadas* legalmente y resultantes de esa violencia como ocurre en la violación o en el robo puede hoy ser punible(60). En realidad, no hay delitos en el actual StGB que sitúen bajo pena las violencias *innominadas* o estas violencias en relación con daños emergentes *innominados*. Pero tampoco debe suceder que se convierta al § 240 StGB en un tipo según el cual pueda ser punible la mera violencia contra otro o en todo caso la mera violencia asociada a una (ulterior) lesión *innominada* de bienes jurídicos causada por aquella. Del mismo modo que no deben existir tales tipos penales *innominados*, así tampoco debe existir «interpretación teleológica» o similar alguna que convierta al § 240 StGB en uno de esos tipos *innominados*. No sólo es conceptualmente imposible subsanir los casos de vis absoluta bajo el tipo del § 240 inciso 1 StGB sino que el empleo de vis absoluta pueda ser punible como coacción, vulnera también el principio *«nullum crimen sine lege»*.

En vista de lo expuesto podríamos pensar que es posible establecer un paralelismo entre el empleo de violencia y el § 241 StGB. Según el § 241 se castiga a «quien amenaza a otro con la ejecución de un crimen dirigido contra él u otra persona cercana a él». Puesto que el precepto no conmina con pena «amenazas» sin más, ni tampoco «amenazas con un mal grave» sino «amenazas con la ejecución de un crimen», desde el punto de vista del principio *«nullum crimen sine lege»* nada hay que objetar. El precepto está suficientemente determinado. Pero la regla paralela al § 241 para el empleo de «violencia» debería decir así: «Quien emplea violencia contra otro, violencia que colima el tipo de un delito...». También un precepto tal sería suficientemente preciso. Pero naturalmente sería absurdo, porque se convertiría en superfluo con la exigencia de la realización simultánea del tipo de un delito independiente. Pero si se prescinde de la exigencia de la realización adicional del tipo se llegaría de nuevo al tipo *innominado* «Quien emplea violencia contra otro...», que resulta inadmisiblemente por lesionar el principio *«nullum crimen sine lege»*. El paralelismo con relación al § 241 no resulta, por tanto, factible.

VI. REFERENCIA AL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL § 240 StGB.

El bien jurídico protegido de la coacción es sin ninguna duda la libertad de acción. Por supuesto, esto no quiere decir que todo menoscabo a la libertad de acción sea ya coacción. Por ejemplo es correcto determinar el bien jurídico protegido como «la libertad de decisión de la voluntad y la libertad de realización de la voluntad», pese a que en la literatura especializada se puede leer por doquier lo contrario. Es así, en todo caso, allí donde se piensa que el § 240 StGB protege también la libertad de tomar decisiones. En el § 240 esta concepción no encuentra apoyo. Pero es el § 240 StGB lo único en que podríamos apoyarnos en nuestra búsqueda del bien jurídico protegido. El texto del precepto sólo permite ver el bien jurídico protegido en la libertad de realización.

(60) En relación al robo como un delito de empleo de violencia de este tipo, véase mi trabajo *Das Opferverhältnis als Schlüssel zum System der Sachverhaltsdelikte*, en: *Jahrbuch für Recht und Kritik*, vol. 2 (1991), pág. 177 y ss.

ción de la voluntad. Si fuera atacada la libertad de la formación de la voluntad, entonces no sería coaccionado el afectado a realizar, permitir u omitir, más bien se aplicaría contra él una y llana- mente violencia, lo que por sí solo es punible de conformidad con los tipos penales respectiva- mente competentes en particular. Toda otra interpretación «teleológica» no es sino una opinión preconcebida, que posibilita no tanto una aclaración del tipo de la coacción, cuanto conduce más bien a su transformación.

No debería ahorrarse el «sentido y fin», demasiado ampliamente concebidos, del § 240

StGB. No es casual que el tipo de la coacción, en perspectiva histórico-jurídica, haya sido de for- mulación relativamente tardía. Los delitos en los que primero se pensó fueron los delitos violen- tos, que han sido punibles desde antiguo: asesinato y homicidio, lesiones y detenciones ilegales, violación y robo. Pasó algún tiempo, hasta que se hizo claro que las personas también podían ser afectadas de un modo más sutil que tales ejercicios de violencia. También entonces se pensó pri- mero en la «extorsión», la «concusión» del derecho romano-común, donde la coacción conducía a un daño patrimonial. Sólo al final vino en consideración la libertad de acción individual en cuan- to tal. El tipo de la coacción es, por ello — provisionariamente — una especie de piedra final en el edificio de la protección penal de bienes jurídicos individuales. Esto no excluye una evolución posterior, una consolidación de la protección de la libertad de acción frente al empleo de la vio- lencia y otros menoscabos no admisibles. Sólo que esa futura evolución no puede, como ha suce- dido hasta ahora, proceder con la simple afirmación de que el empleo de violencia y otros menos- cabos están comprendidos ya en el tipo de la coacción. Es el legislador quien tiene que actuar aquí.

VII. LA VIS COMPULSIVA Y LA DIFERENCIA ENTRE «VIOLENCIA» Y «AMENAZA»

EN EL § 240 StGB.

En su comentario al pasaje de Purnendorff reproducido más arriba (epígrafe II) habla Weber(61) de «vis» en referencia a la «fuerza» («coacción») en la que «alguien que es más fuerte que nosotros utiliza nuestros miembros con violencia para un hacer o permitir» y de «metus» («miedo») en referencia a la «fuerza» en la que «el que es más poderoso que nosotros, nos ame- naza con un mal grave» en caso de que no correspondamos a sus exigencias. Esta contraposición entre «vis» y «metus» sugiere una limitación del concepto de vis a los casos que hoy calificamos de «vis absoluta». Sin embargo la evolución ha seguido otra vía. El concepto de vis no se ha limi- tado a los casos de vis absoluta sino que comprende también, como el propio Weber(62) admite en otra parte de su comentario, los casos en los que el afectado se ve inducido a un hacer, sopor- tar u omitir por el temor de un mal, en consecuencia para nosotros hoy la «violencia» no es sólo vis absoluta, sino precisamente también vis compulsiva. Ahora bien, la vis compulsiva se vincula conceptualmente con el temor de un mal. Comprende siempre la «amenaza de un mal que debe recaer en el otro, en tanto se oponga a nuestra voluntad» (Klausenburger). De ahí resulta que, junto a la separación de «vis absoluta» y «vis compulsiva», carece de sentido distinguir además entre «violencia» y «amenaza con un mal».

Esto también tiene consecuencias cuando se trata de formular un tipo legal de coacción. Para caracterizar los medios coactivos se puede utilizar o bien la palabra «violencia» o bien la

(61) *op. cit.*, notas 2 y 3 al Lib. I, Cap. I, § XXIV (pág. 27).
(62) En la nota arriba cit., nota 3 al Lib. I, Cap. I, § XVI, pág. 19.

www.15.

palabra «amenaza» mientras que desde el punto de vista de la violencia que se supone sobre la con-
traposición de «vis absoluta» y «vis compulsiva» aparece como superflua una yuxtaposición de
«violencia» y «amenaza». Es interesante, al respecto, la evolución en Prusia, donde ambas posi-
lidades fueron adoptadas de modo sucesivo. El 20 § 1077 ALR utiliza sólo la palabra: «violencia»
o «intenta forzar a otro a una acción u omisión, amenazando a él mismo... con la realización de
un crimen o delito». En el ALR, junto a la «violencia» ya no se menciona la «amenaza», en el
SGB de 1851 junto a la «amenaza» ya no se menciona la «violencia».

A pesar de esta idea, en sí completamente clara, el modo en que se utiliza la palabra «vio-
lencia» en el lenguaje común habla en contra de su utilización en un tipo legal de coac-
ción. En el lenguaje común, al utilizar la palabra «violencia» en el sentido que aquí interesa(63)(*),
está, en efecto, en primera línea el despliegue físico de energía por parte de quien emplea la vio-
lencia y el efecto físico coactivo sobre la víctima, elementos conceptuales que hasta ahora vienen
siendo destacados y no en último término, también por el *Recht*. Ya KLEINSCHEIDT accen-
tuaba el momento físico en el empleo de violencia: «si se obliga a alguien mediante fuerza física a que se
somete a nuestra voluntad, entonces significa que se necesita violencia(64)». Antes que el
ACHENWALL, había acentuado la coacción física sobre la víctima: «forzar» («coercere») en el senti-
do estricto del término es una acción sobre el cuerpo de aquel contra quien se emplea fuerza(65).
KLEIN escribe: «violencia es el empleo de fuerza física para vencer un obstáculo físico»(66). Tales
reflexiones sobre el uso general del lenguaje han debido ser la causa de que el SGB prusiano de
1851 sustituyese la «violencia» del ALR por la «amenaza»(67).

Expongamos ahora también, sin embargo, las razones contra la exclusiva utilización de la
palabra «amenaza» en un tipo legal de coacciones. Violencia parece tener más peso que «meras»
amenazas y se trata precisamente, con el concepto de coacción, de comprender los menoscabos
más graves de la libertad de acción. Si X apala a Y para conseguir que Y realice una acción, esta-
mos ante una lesión del bien jurídico más grave que una simple amenaza de apalar para conse-
guir lo mismo. Ya en nuestro siglo escribía FRANK(68): «De la simple amenaza se diferencia la
violencia del § 240 StGB, en «que a ésta, pero no a la amenaza, pertenece el despliegue de fuerza
y que ésta contiene un mal, no como la amenaza que sólo lo sitúa en perspectiva». Ciertamente:
frente a esto se puede objetar que si la fuerza coactiva (por ejemplo: la paliza propinada) parte

(63) A diferencia por ejemplo, del significado de la palabra cuando se trata de «violencia» en el sentido de «potestas» («Todo
poder (Gewalt) proviene del pueblo. Este es ejercido por el pueblo en elecciones y plebiscitos y a través de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.»)

(64) KLEINSCHEIDT, *op. cit.*, pág. 227.
(65) *Prinzipien der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., § 98: «Coercere alterum alicuius corpus eius invadere, seu malum alicui inferre, quo
corpus eius affligitur... Sed et *liberum alicuius vocatum usurpare, quod inferre patet*... «Forzar a otro», sig-
nifica en el sentido estricto de la palabra, «actuar sobre su cuerpo» o «infligir a otro un mal, por el que su cuerpo se ve afec-
tado»... En un sentido más amplio se utiliza también la palabra para los casos en los que alguien aparece como el más
débil».

(66) ERNST FRIEDMAN KLEIN, *Grundriss der deutschen rechtlichen Rechts nebst Bemerkung der prussischen
Gesetze*, 2ª ed., Halle 1799, § 190 (pág. 152).

(67) El material disponible al respecto es escaso; las explicaciones en GUYANANUK, *The History of the Law of the
Prussian States*, parte II, Berlin 1852, pág. 452 s. indican en parte al error.

(68) RUDOLPH FRANK, *Das Strafrecht für das Deutsche Reich*, 16ª ed., Tübingen 1925, nota 1 al § 52 (pág. 144).

Actualidad Penal • N.º 3 • 17 al 23 de enero de 2000

28

en la
ción.
entre
unto
leje
cula
sólo
por-
milit
limit-
mos
ción
me-
tus»
abla
A»
nos-
uce-
vión
n el
am-
la a
pt-
ser
les-
len-
for-
240
mas
ción
va-
una-
era

III La coacción en el sistema del Derecho Penal

exclusivamente de la amenaza, explícita o implícita (ulterior patraza), por más que suceda también que el empleo simultáneo de fuerza corporal con efecto físico sobre la víctima subraye la seriedad de la amenaza. Puede por tanto objetarse que en nada afectaría al resultado final si sólo se incorporaba la «amenaza» — y no también además una «violencia» — a distinguir de la «amenaza» — en el tipo legal. Esto es seguramente correcto. A pesar de todo, el peso de la violencia que opera física-mente parece exigir la inclusión también de la palabra «violencia» en el tipo de la coacción.

No es por ello casual que el desarrollo posterior haya ido más allá de las dos tentativas en

Prusia de formular el tipo de la coacción exclusivamente sobre el fundamento de la separación entre «vis absoluta» y «vis compulsiva». El § 240 RStGB y, ya antes que él, las leyes penales de diversos Estados alemanes fuera de Prusia, ofrecen tipos de coacción que junto a una «amenaza» (como quiera que se caracterice con más precisión) incluyen expresamente también la «violencia» como medio coactivo idóneo. Ahora bien, si esto es así, entonces «violencia» y «amenaza» *juntos* caracterizan aquello que en la literatura y legislación del siglo XVIII se llamó «vis compulsiva», «coactio hypothetica», «extorsio», «metus» y (en el ALR) «violencia». Esto repercute a su vez sobre el concepto de violencia presupuesto en la ley, que debiera, bajo estas circunstancias, ser más estricto, que el antiguo concepto de vis compulsiva. Entre «violencia» y «amenaza» debe tener lugar ahora una especie de división del trabajo. A tal efecto hay que partir del significado de la palabra en el lenguaje común («Violencia» en el sentido del § 240 StGB se limitará entonces a los casos en los que la amenaza con un mal grave, que debe exigirse en toda coacción, se ve apoyada mediante el empleo de fuerza física para la superación de un obstáculo físico). Los casos restantes de coacción se reconducirán a la característica «amenaza con un mal grave», presupuesto que la acción del autor pueda en suma subsistirse bajo el concepto de amenaza. El caso verdadero prototipo de una amenaza es el de amenaza con una pistola. No puede, por eso, ser en absoluto correcto hablar en este caso de «violencia» en vez de «amenaza» como ha hecho la jurisprudencia(69) hasta los tiempos más recientes. Ciertamente, también la amenaza con una pistola es «violencia», cuando «violencia» significa en un sentido completamente general «vis compulsiva» (en oposición a «vis absoluta»). Pero precisamente no es éste el caso en la coacción de «violencia» y «amenaza» en el contexto del tipo del § 240 StGB. Así pues, la amenaza con una pistola sigue siendo una amenaza.

VIII ¿REALIZA LA OBSTRUCCIÓN DE UNA VÍA EL TIPO DE LA COACCIÓN?

La cuestión que ha procurado al § 240 la actual atención política — y la atención del *Briefg* — es la cuestión de si la obstrucción de una vía puede ser subsumida en el tipo de la coacción. Hay que diferenciar tres grupos de casos. (1) A los afectados se les cierran todas las vías. (2) A los afectados, se les cierran no todas, pero sí algunas vías y esta obstrucción se lleva a cabo (a) por un obstáculo físico insuperable o, (b) por un obstáculo «moral».

La obstrucción física de toda vía es una «detención ilegala» en el sentido técnico de la palabra. Una simple privación de libertad como tal, la detención o encierro de un hombre, no colman en cualquier caso el tipo del § 240 StGB. Ciertamente, el encierro es sin duda una forma de empleo de violencia. Pero la imposibilidad física para la víctima vinculada al encierro, de abandonar el

(69) RGSt 23, 136; RRG ObLG JR. 94, 112 con observaciones de Don Baum, quien critica en todo caso la aceptación de «violencia» por el Tribunal.

espacio en el que está encerrada no es otra cosa que el padecimiento de la detención ilegal y no, por ejemplo, un «permiso» o un «omisión» al que se decide la víctima. En tanto la privación de libertad no se emplee como medio para forzar a otro a «realizar, permitir u omitir» una acción independiente de ella, por ejemplo la revelación de un secreto, no podrá hablarse de coacción. Puede suceder perfectamente que la imposibilidad física de abandonar el espacio no excluya un cierto margen en el que la víctima pueda todavía «actuar». Así puede suceder que la víctima arremeta primero contra la pared o la puerta de su cárcel y pueda tras ello omitir arremeter de nuevo contra la pared o la puerta. Pero también esto, incluyendo la omisión de la ulterior arremetida contra la pared, está prefigurado por el marco del empleo de violencia. Forma parte del padecimiento de una privación de libertad y no se trata de un hacer independiente, el cual sólo a través de la coacción se vincula a la detención ilegal.

Algo semejante sucede con la obstrucción de un camino en los casos en los que se llevan a una barrera: un camino pasado se sitúa atravesado en una cuneta, haciendo de este modo imposible para el conductor seguir su camino. También ésta es una forma de empleo de violencia. Pero también aquí la imposibilidad de seguir avanzando en la carretera, no es otra cosa que el padecimiento de ese empleo de violencia y no un «permiso» u «omisión» al que la víctima se decide. Esto tampoco cambia cuando un conductor debe frenar para evitar chocar con el obstáculo. Todo esto queda comprendido dentro del empleo de violencia y pertenece al propio padecimiento del empleo de violencia, como pertenece a la detención ilegal que la víctima del empleo de la violencia omite, a la farga, arremeter contra la pared de su cárcel.

Interesante es el caso en el que un suicida «obstruciona» el paso a una locomotora tendiendo sobre la vía. La diferencia con levantar una barrera consiste en que no es físicamente imposible para el conductor de la locomotora continuar su camino. En lugar de ello, le está prohibido atropellar al suicida. Por eso «tiene que» parar. El caso cobra relevancia sólo si y a causa de que equiparamos la «imposibilidad moral» de continuar y la «imposibilidad física» de seguir conduciendo (70). Por supuesto, la equiparación no hace del obstáculo «moral» uno físico (71). Lo cual falta también en el empleo de violencia. Si a pesar de todo hubiera que considerar a un impedimento de esa clase como violencia o cuasi-violencia, entonces no podría regir aquí otra cosa que en el caso de la colocación de obstáculos que operan físicamente. El conductor de la locomotora no estaría «coaccionado» en el sentido técnico de la palabra a parar su tren.

El encierro de un hombre y la obstrucción de una vía son punibles como formas de empleo de violencia, también en el Derecho vigente, el encierro como detención ilegal según el § 239(2) StGB, la obstrucción de un camino como la formación de un obstáculo según los §§ 315, 315 b(2) StGB. En la medida en que éste y otros tipos semejantes no vengan en consideración, se puede

(70) El concepto de imposibilidad «moral» necesitaría un desarrollo que no puede realizarse aquí. Debería para ello tomarse en cuenta la «imposibilidad moral» de Ptáxion: *(De Jure Humane et Gentium Lib. I, Cap. V, § 8)* así como la «la fuerza (moral) libre hacia uno mismo» de KANT (*Die Metaphysik der Sitten*, obras, vol. VI, págs. 379 y s. entre otras). (71) Que un obstáculo «psicológico» pueda ser asociado con un obstáculo «moral», no conviene al impedimento en un impedimento físico.

(*) Nota del trad.: § 239. Detención ilegal. (f). Quien encierre a un hombre o le prive de cualquier otro modo del uso de su libertad personal, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 5 años o con pena de multa.)

(*) Nota del trad.: § 315. Ataques peligrosos al tráfico ferroviario, marítimo o aéreo. (f) Quien ponga en peligro la seguridad del ferrocarril, teleférico, tráfico ferroviario, marítimo o aéreo, mediante:

2. formación de obstáculos...

III La coacción en el sistema del Derecho Penal

pensar en crear nuevos tipos, exactamente delimitados, que sitúen bajo pena en el futuro comportamientos de esa clase. Pero el encierro como tal y la obstrucción de un camino como tal en ningún caso colman el tipo de la coacción(72).

IX. POSDATA

Como no cabía esperar otra cosa(73), la protección de la libertad individual de acción también está sometida a ataques mediante un tipo de coacción. En la actualidad, sobre todo por parte de aquellos autores que protestan contra «la invención del bien jurídico libertad»(74) en la ilustración y en lugar de ello querían llevar al primer plano aquello que denominan «aspecto emancipador de la civilización»(75) - ¿y nuestra educación para tal «emancipación» por aquellos que se sienten llamados a ello? Ciertamente, un legislador obligado por las ideas de Estado de Derecho y democracia, lo que incluye el pensamiento de que también y precisamente corresponden de un derecho de libertad a quien piensa de otro modo, no debería renunciar a la protección de la libertad de acción frente a coacciones — y frente a otras limitaciones no tolerables de la libertad de acción—.

§ 315 b. Ataques peligrosos al tráfico rodado. (1) Quien ponga en peligro la seguridad del tráfico rodado mediante:

2. formación de obstrucciones...

(72) Tampoco la conexión del encierro con prácticas de otro tipo conviene necesariamente al encierro en un medio concili-

vo. Se hace ruido en una cárcel que el preso inevitablemente oye, en este caso no resulta obligado por ello a «realizar, per-

mitir u omitir» una acción. La inevitabilidad del conocimiento muestra claramente que le falta, al preso una posibilidad de la

elección y que en consecuencia no se *divulgar* (bajo la presión de la coacción) a nfr. Lo mismo rige cuando a la víctima de la

aplicación de la violencia no se le cierran todas las vías, sino sólo algunas y el afectado por ello se ve en la situación de tener

que oír propaganda ruidosa.

(73) KAWI P. POUTERIK, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, 7ª ed., 1992, vol. I, pág. 224, habla de la «ciencia rebelión con-

tra la libertad».

(74) Véase sólo RAINER KATZ: *Stratifikationssoziologie und Sozialstruktur*, Berlin 1982, pág. 100 y s., donde el autor

considera también la tesis de que el «bien jurídico libertad» podría presentarse como «modificación constitucionalista del

absolutismo» así como la tesis de que «en la protección de la libertad» podría ocultarse «una porción de Estado autorita-

rio».

(75) KATZ *op. cit.*, pág. 224. Frente a KATZ, también TIMM *op. cit.*, pág. 24 y ss.

