

JUAN PABLO MAÑALICH R.

# AUTOTUTELA DEL ACREEDOR Y PROTECCIÓN PENAL DEL DEUDOR

La realización arbitraria del propio  
derecho frente a los delitos contra  
la libertad, la propiedad y el patrimonio



EDICIONES JURÍDICAS DE SANTIAGO

## § 4. EL OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA DEL ARTÍCULO 494 N° 20

### A) OBSERVACIONES GENERALES

Tras haber analizado los principales intentos de reconstrucción dogmática del injusto de la realización arbitraria del propio derecho, tanto en la doctrina española como en la chilena, parecería que aún mantiene su corrección, en lo fundamental, el primero de esos intentos. En efecto, las contribuciones españolas posteriores a la publicación de la monografía de Bajo Fernández han tendido a mantenerse por debajo del grado de coherencia sistemática con que la propuesta de este último contribuyó a la comprensión del delito de realización arbitraria del propio derecho en la dogmática penal española.

La tesis de Ferris Albenca pretende objetar la restricción con que según Bajo debe entenderse la cosa del deudor que es objeto de apoderamiento, en el sentido de que se trate de la cosa debida, por cuanto ello desconocería la posibilidad que el derecho privado reconocería para que las obligaciones se extingan con la entrega de cualquier cosa perteneciente al deudor, en cuanto se satisfaga equivalentemente la prestación a que tiene derecho el acreedor. Ferris Albenca se refiere expresamente a las normas relativas a la dación en pago como modo de extinguir obligaciones, y eventualmente también al derecho de garantía general. Sin embargo, la opinión de Ferris no resulta convincente. Pues tratándose de la dación en pago como modo de extinguir obligaciones, es indiscutido que su verificación no modifica el objeto de la obligación preexistente, y su procedencia supone en todo caso un nuevo acuerdo de voluntades. Y es obvio que el ejercicio del derecho de garantía general presupone un incumplimiento de la obligación del deudor, obligación que vincula a éste a ejecutar la prestación que prometió ejecutar y no otra.

Además, la construcción propuesta por Ferris Albenca no parece consistente con su propia tesis acerca del bien jurídico protegido por la norma subyacente al tipo de la realización arbitraria, que según él es “la propiedad, el patrimonio del deudor”. Este muestra que Ferris no distingue propiedad y patrimonio como objetos de protección, adhiriendo así a una teoría monista del bien jurídico en materia de delitos contra bienes instrumentales, teoría que se entiende dominante en la doctrina española, asociada a la concepción jurídico-económica del patrimonio. Si bien el bien jurídico afectado por la realización arbitraria del propio derecho sería, entonces, “la propiedad, el patrimonio”, ello no obsta a que el propio Ferris Albenca considere que en supuestos de apoderamiento de cosa del deudor sin ruptura de custodia dicho delito se encuentre en una relación de concurso ideal –o sea, de concurso auténtico, no aparente– con el delito de apropiación indebida, cuya antijuridicidad material, empero, también está constituida por la afectación de ese mismo bien jurídico<sup>58</sup>.

Esta es una tesis difícil de justificar desde el punto de vista de la dogmática de los concursos de delitos, en el entendido de que la afirmación de un concurso auténtico –ideal o real– ha de responder a la necesidad de expresar un desvalor adicional que no alcanza a ser expresado con la condena por uno solo de los delitos en cuestión. No es fácil comprender cómo podría concurrir este desvalor adicional tratándose de delitos que, de acuerdo a la opinión examinada, afectan un mismo bien jurídico, sin que se atribuya un grado relevante de desvalor al ejercicio de coacción en el contexto del injusto de la realización arbitraria del propio derecho.

A la propuesta de Magaldi Paternostro se debe objetar lo mismo que a la de Ferris Albenca en lo relativo a la supuesta falta de justificación de la restricción del objeto de la acción a la cosa debida, que se sigue de la interpretación desarrollada por Bajo Fernández. Por otra parte, es manifiesto que su propuesta constituye un retroceso en la medida en que vuelve a plantear la diferenciación entre robo y realización arbitraria del propio derecho en el tipo subjetivo, más precisamente, en la pretendida oposición entre ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago. La tesis de que éste no constituye sino una modalidad de aquél debe considerarse el aporte fundamental del trabajo de Bajo Fernández en este contexto.

La adhesión a la construcción general del problema planteada por Bajo no implica, sin embargo, dar por correcta sin más cada una de sus tesis específicas. En efecto, resulta particularmente controver-

<sup>58</sup> Ferris Albenca, “La realización arbitraria del propio derecho”, p. 832.

tible su tesis acerca del bien jurídico protegido por la norma subyacente al tipo de la realización arbitraria del propio derecho. Como ya se examinó, en opinión de Bajo Fernández, se trataría de un delito pluriofensivo, cuya antijuridicidad material provendría de la afectación tanto de la posesión como de la administración de justicia.

En relación con la administración de justicia como bien jurídico cuya protección fundamentaría la punibilidad de los supuestos de realización arbitraria del propio derecho, es indudable que la posición de este delito dentro del Título IV del Código Penal español de 1944 y del Título XX del Código de 1995, relativos ambos a los “delitos contra la Administración de Justicia”, constituye un antecedente que no puede ser obviado sin más por el intérprete. Sin embargo, nadie podría sostener seriamente que ello sea concluyente para la determinación del objeto de protección de las normas expresadas en las disposiciones del respectivo título<sup>59</sup>. La sistematización establecida por el legislador puede ser desplazada en la reconstrucción racional del sistema de cada clase de delitos cuando dicha necesidad de reconstrucción presenta suficiente peso específico.

Es manifiesto que, en todo caso, en la interpretación de la falta del N° 20 del artículo 494 del Código Penal chileno el intérprete no se encuentra sujeto siquiera a la carga argumentativa de justificar dicho desplazamiento, pues no existe punto de apoyo alguno para la identificación del objeto de protección de la prohibición de la realización arbitraria del propio derecho, sistematizada legalmente como figura constitutiva de falta. Esta identificación aparece como el principal desafío dogmático que impone el análisis de la realización arbitraria del propio derecho bajo el Código Penal chileno.

## B) ¿LA PROPIEDAD COMO OBJETO DE PROTECCIÓN?

En la medida en que se adhiera a la propuesta de Bajo Fernández, debe descartarse la alternativa de que sea la propiedad el bien jurídi-

<sup>59</sup> Si ello fuese así, la doctrina chilena tendría que concluir, por ejemplo, que el bien jurídico protegido por las normas que tipifican el delito de aborto es “el orden de las familias y la moralidad pública”, en circunstancias que actualmente resulta bastante pacífica la tesis según la cual el delito de aborto debe considerarse integrante del sistema de los delitos contra la vida. Así, por ejemplo, POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, *Derecho Penal Chileno Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, pp. 137 ss.; ETCHEBERRY, *Derecho Penal Parte General*, tomo III, pp. 87 ss.; GARRIDO, *Derecho Penal Parte Especial*, tomo III, pp. 95 ss.

co comprometido. Ello, porque es la consideración de la propiedad como contenido fáctico de poder correlativo a la posición jurídico-formal de propietario la que conduce, precisamente, a la tesis interpretativa restrictiva postulada por Bajo. Lo que esta tesis supone es una concepción de la propiedad como objeto de protección jurídico-penal, según la cual no pueda afirmarse que haya lesión de la propiedad del deudor en los casos en que el desplazamiento de la cosa es un desplazamiento al cual se encuentra específicamente obligado el dueño. Para la formulación de un concepto tal de propiedad, son necesarias algunas consideraciones preliminares.

En primer término, la definición de la propiedad como objeto de protección penal supone una articulación de la relación entre propiedad y patrimonio como categorías centrales en la reconstrucción del sistema de protección penal de bienes jurídicos instrumentales. Básicamente, las posibilidades son una teoría monista o una teoría dualista o pluralista. En la doctrina española, es dominante una teoría monista que fundamenta el injusto objetivo de todos los atentados típicos a bienes instrumentales en la idea de afectación del patrimonio<sup>60</sup>. En la doctrina alemana, en cambio, es dominante una teoría dualista, conforme a la cual, en el ámbito de los delitos contra objetos de significación patrimonial se distingue entre los delitos contra el patrimonio en su conjunto y los delitos contra bienes patrimoniales concretos absolutos<sup>61</sup>. Es en esta segunda categoría donde la propiedad aparece como objeto de protección diferenciado.

Las consecuencias de la adopción de una teoría dualista como la anterior se manifiestan en dos puntos fundamentales. En primer

<sup>60</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, p. 16. Es importante destacar que bajo una teoría monista no es posible postular la propiedad como concepto de referencia común a toda la clase de los delitos contra intereses instrumentales. Por consideraciones dogmáticas, una teoría monista debe postular el concepto de patrimonio como concepto base, independientemente de cuál sea la concepción de patrimonio que determine el significado preciso del concepto de patrimonio. Esto no obsta a que en la doctrina española existan posiciones minoritarias que defiendan una teoría dualista, esto es, una teoría que diferencia la propiedad y el patrimonio como objetos de protección. Este es el caso de Zugaldía Espinar, a quien se seguirá de cerca en lo que sigue.

<sup>61</sup> *Ibid*, pp. 21-22. Zugaldía rechaza la utilización de la expresión “delitos contra valores patrimoniales” como rúbrica común a los delitos contra la propiedad y los delitos contra el patrimonio. Según Zugaldía, esto constituye una contradicción, en la medida en que la teoría dualista construye la categoría de los delitos contra la propiedad al margen del concepto de patrimonio (*ibid*, pp. 27-28).

lugar, la distinción entre propiedad y patrimonio como objetos de protección se concreta en una distinción respecto de los distintos objetos del ataque (objetos de la acción) correspondientes. Así, en los delitos contra la propiedad sólo pueden ser objetos del ataque “componentes concretos y especificados, jurídicamente formalizados, del conjunto de intereses sobre cosas que tiene una persona”<sup>62</sup>. En los delitos contra el patrimonio, en cambio, objeto del ataque es “[e]l patrimonio en general, concretado contingentemente en cualquiera de sus elementos integrantes”<sup>63</sup>. Por otra parte, la diferenciación entre propiedad y patrimonio se concreta en una distinta especificación de su lesión en tanto resultado típico. En los delitos contra la propiedad, el resultado de lesión se corresponde con una “[a]fectación de la posibilidad fáctica de realización de la posición jurídico-formal del sujeto en relación a la cosa”<sup>64</sup>. En los delitos contra el patrimonio, en cambio, el resultado de lesión puede consistir en cualquier forma de perjuicio patrimonial.

Una teoría dualista o pluralista parece ser preferible en atención al mayor rendimiento que supone el manejo de criterios diferenciados, sobre todo en lo relativo a la determinación del resultado lesivo para el objeto de protección correspondiente. Ciertamente, una condición de aceptabilidad de cualquier construcción dogmática está dada por su plausibilidad como reconstrucción de la regulación legal sobre la cual se erige el discurso dogmático. En el caso del Código Penal chileno, la postulación de una teoría dualista se ve enfrentada a una posible objeción. La regulación parece imponer la relevancia de un perjuicio patrimonial aun respecto de delitos que bajo una teoría dualista tendrían que ser considerados delitos contra la propiedad. En la regulación del hurto, esto se manifiesta en la diferenciación de hipótesis típicas más y menos graves según el valor pecuniario del objeto del ataque, así como en la exigencia de ánimo de lucro como elemento subjetivo del tipo. La objeción, sin embargo, no es concluyente. En relación con el valor pecuniario como criterio de demarcación de las distintas hipótesis típicas, es claro que de ello no se sigue la falta de punibilidad del apoderamiento de una cosa carente de valor pecuniario: el artículo 494 N° 19 tipifica como falta, entre otros, el hurto sobre “valores que no excedan de una unidad tributaria mensual”.<sup>65</sup> Y en relación con la exigencia de ánimo de

<sup>62</sup> BASCUÑÁN, *Introducción General a los Delitos contra la Propiedad*, p. 15.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> Por lo demás, es interesante constatar cómo una teoría dualista implica

lucro en el hurto, ésta puede ser entendida como la formulación legal explícita del componente específico del ánimo de apropiación referido al aprovechamiento de la cosa sustraída<sup>66</sup>, sin que quepa atribuirle el efecto de difuminar una diferenciación que, en función de sus consecuencias, parece necesario mantener.

Diferenciar la propiedad del patrimonio no equivale, sin embargo, a definir el concepto de propiedad. Según lo sostenido más arriba, sólo a partir de una determinada concepción de la propiedad como objeto de protección jurídico-penal puede estimarse satisfactoria la interpretación restrictiva del tipo de la realización arbitraria del propio derecho defendida por Bajo Fernández, en el sentido de resultar subsumidos únicamente hechos en los cuales no tenga lugar una afectación de la propiedad jurídico-penalmente protegida.

El significado preciso que haya de atribuirse al concepto de propiedad está lejos de ser, no obstante, una cuestión obvia. En general, existen dos opciones fundamentales en la configuración del concepto de propiedad en términos de bien jurídico. Una es la que asume una concepción formal, la otra, la que asume una concepción material de la propiedad<sup>67</sup>. Ahora bien, al menos en el contexto de los delitos

ulteriores diferenciaciones. Bajo la regulación chilena del hurto se diferencian cinco hipótesis típicas atendiendo al valor pecuniario de la cosa sustraída. El artículo 446 del Código Penal distingue cuatro hipótesis de hurto: hurto de cosa cuyo valor excede de 400 UTM (inc. 2°), que excede de 40 UTM (N° 1), que excede de 4 UTM y no excede de 40 UTM (N° 2), y que excede de una UTM y no excede de 4 UTM (N° 3). A estas cuatro hipótesis hay que agregar la del artículo 494 N° 19, que se refiere a hurtos de cosa cuyo valor no exceda de una UTM. Es el caso que en la regulación de la estafa se diferencia cinco hipótesis enteramente correspondientes (*vid.* artículos 467 y 494 N° 19 del Código Penal). Bajo una asunción estricta de la teoría dualista, mientras que en la estafa la diferenciación podría ser explicada en términos de una decreciente determinación del injusto material desde la hipótesis más grave a la menos grave, la diferenciación en el ámbito del hurto tendría que ser explicada como una diferenciación que se produciría en el nivel de determinación legal de la pena. Pues bajo la consideración de la propiedad como objeto de protección, el perjuicio patrimonial asociado al apoderamiento no puede ser relevante en términos del injusto material.

<sup>66</sup> BASCUÑÁN, *Delitos Contra la Propiedad* (4), pp. 20-21.

<sup>67</sup> Pero se impone una consideración preliminar. Aun bajo una concepción formal de la propiedad, ésta no puede ser entendida como el derecho subjetivo definido como tal conforme a las reglas del derecho privado, al menos en un ámbito relevante del conjunto de los ataques a intereses instrumentales sistematizados (por la dogmática) como delitos contra la propiedad. En la medida en

de apropiación, la lesión de la propiedad no puede identificarse con una lesión del *derecho* de propiedad, pues frente a una apropiación el derecho del dueño sobre la cosa en cuestión resta incólume, constituyendo este derecho subsistente, por lo demás, el fundamento de una eventual acción reivindicatoria<sup>68</sup>. De ahí que incluso bajo una concepción formal de la propiedad como bien jurídico, la lesión de la propiedad no pueda entenderse como lesión del derecho de propiedad, constituido como tal por las reglas del derecho privado, sino que la misma “ha de verse en la privación al propietario de una posición objetiva que tiene esencial significado para la alegación formal de su condición de propietario”<sup>69</sup>.

Si los delitos de apropiación no puede conllevar una lesión del derecho de propiedad, su descripción como delitos de lesión exige identificar una dimensión en que la propiedad sí sea objeto de lesión. Esta dimensión podría estar constituida por el *contenido* de la posición de propietario, esto es, el contenido fáctico de poder de disposición sobre la cosa que es correlativo a la posición jurídico-formal de propietario<sup>70</sup>. Lo importante es advertir que la postulación de este contenido de poder como objeto de protección en los delitos

---

que se diferencia la categoría de los delitos contra la propiedad de la categoría de los delitos contra el patrimonio, al interior de la primera es posible introducir una subdistinción. La formulación de esta ulterior distinción presupone una constatación común a todos los delitos contra la propiedad: se trata de delitos de expropiación, en el sentido de que la afectación de la propiedad se expresa un efecto expropiatorio derivado del ataque correspondiente al tipo de delito de que se trate. En ciertos delitos contra la propiedad, el modo de ataque que supone el tipo se agota en la producción de este efecto expropiatorio: ésta es la característica que define a los delitos de mera expropiación, cuya figura básica corresponde al delito de daños. En contraposición a los delitos de mera expropiación, hay otra clase de delitos contra la propiedad en que el modo de ataque no supone sólo un efecto expropiatorio, sino que exige que este efecto expropiatorio se asocie a una arrogación del objeto del ataque, esto es, a una apropiación: ésta es la característica que define a los delitos de expropiación con apropiación correlativa, o sintéticamente, delitos de apropiación.

<sup>68</sup> DE LA MATA, *Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación*, p. 71.

<sup>69</sup> *Ibid.* En función de lo anterior, De la Mata sugiere que bajo una concepción formal los delitos de apropiación, más que delitos de lesión, han de considerarse delitos de infracción, esto es, delitos cuyo injusto se especificaría en una infracción de las normas de comportamiento que refuerzan la propiedad (*ibid.*, p. 72).

<sup>70</sup> BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, tomo I, pp. 255-256.

de apropiación no implica sin más un paso desde una concepción formal a una concepción material de propiedad. En palabras de De la Mata,

[I]a cuestión se desplaza, por tanto, a la determinación del “contenido” del derecho de propiedad, que unos identifican con el conjunto el conjunto de facultades que emanan de una titularidad jurídicamente reconocida, mientras otros lo definen desde una perspectiva material atenta a los intereses sustanciales –también jurídicamente reconocidos– que subyacen en dicha titularidad<sup>71</sup>.

Así, lo distintivo de una concepción material es la referencia no ya al contenido fáctico de poder correlativo a la posición de propietario, sino a una variable material de algún modo implicada en esa posición. Según De la Mata, las vías de concreción del contenido de poder objeto de protección bajo una concepción material de la propiedad serían básicamente dos. Una primera modalidad recurre al perjuicio de intereses económicos implícitos en la relación de propiedad como criterio de determinación de la lesión de la propiedad. Esta sería la orientación de la concepción económica de la propiedad<sup>72</sup>. La otra recurre al menoscabo de la función del objeto material para afirmar la lesión de la relación de propiedad. Esta sería la orientación de la concepción funcional de la propiedad<sup>73</sup>.

La apelación a un concepto material de propiedad no deja de ser problemática. Pues la propiedad es ante todo forma. No puede concebirse la propiedad sin referencia a las reglas que la constituyen. En este sentido, aun como mero *factum*, la propiedad es siempre un hecho institucional, que sólo existe en virtud de ciertas reglas que lo constituyen, esto es, de reglas constitutivas<sup>74</sup>. Esto no significa desconocer que no es la forma jurídica de la propiedad, esto es, el *derecho* de propiedad, aquello respecto de lo cual tiene sentido decir que es lesionado cuando tiene lugar, por ejemplo, un apoderamiento de cosa ajena con efecto expropiatorio. Lo afectado no puede ser sino el contenido de poder que es correlativo a esa posición formal de propietario. Pero cuál sea el alcance de este contenido de poder, eso está determinado por las reglas que constituyen y protegen el derecho de propiedad.

<sup>71</sup> DE LA MATA, *Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación*, p. 74.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>74</sup> Sobre el concepto de hecho institucional como hecho constituido por reglas, SEARLE, *The Construction of Social Reality*, pp. 43 ss.

Así planteada la cuestión, lo que se abre es la posibilidad de excluir la afirmación de un injusto en el sentido de los delitos de apropiación tratándose de hechos que no vulneran el contenido fáctico de poder correlativo a la posición jurídico-formal de propietario. En aquellos casos en que el objeto de la apropiación corresponde al objeto específico de una obligación, encontrándose ésta en estado de ser exigible, la apropiación por parte del acreedor, esto es, por parte del titular del derecho personal correlativo a esa obligación, no puede considerarse un atentado relevante en contra de las posibilidades de ejercicio del contenido fáctico de poder que corresponde al deudor en tanto dueño. Pues cuando el propietario de una determinada cosa se encuentra en una situación tal, sus posibilidades jurídicamente reconocidas de ejercicio de dominación sobre la cosa se encuentran significativamente reducidas. Frente al acreedor, el desplazamiento de la cosa a la esfera de dominación de éste constituye un desplazamiento jurídicamente obligatorio. Y en una situación tal el deudor carece de la posibilidad de destinar otra cosa a la satisfacción de la prestación debida: el deudor de especie o cuerpo cierto carece de la facultad de elegir la cosa con la cual ha de pagar su deuda<sup>75</sup>.

Es importante destacar, una vez más, que la aceptación de esta tesis restrictiva desde el punto de vista de la extensión del injusto de los delitos contra la propiedad, no implica una asunción de una concepción material de la propiedad. Como De la Mata lo indica, en la doctrina alemana esta tesis es aceptada por autores que defienden una concepción formal de la propiedad<sup>76</sup>. De la Mata da cuenta de que estos mismos autores, sin embargo, niegan que la consideración expuesta sea extensible a la satisfacción unilateral (por parte del acreedor) de obligaciones de dinero. Pues una obligación de dinero es una obligación de género, razón por la cual parecería obvio que el deudor sí goza aquí de un derecho de elección relativo a los individuos (indeterminados) del género (determinado) con los cuales ha de satisfacer su deuda. Por esto, según De la Mata, sólo a partir de una concepción material de la propiedad se podría alcanzar la exclusión de los casos de satisfacción unilateral de deuda de dinero del ámbito de los delitos de apropiación<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Esta exclusión del derecho de elección respecto del deudor de especie o cuerpo cierto se deriva de la interpretación *a contrario* del artículo 1509 del Código Civil, que reconoce tal derecho al deudor de obligaciones de género.

<sup>76</sup> Véase DE LA MATA, *Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación*, pp. 489-490.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 495.

Pero si en todo caso la lesión de la propiedad que es constitutiva del injusto de los delitos de apropiación se corresponde con una vulneración del poder fáctico que es correlativo a la posición jurídico-formal de propietario, no puede aceptarse que sólo bajo una concepción material de la propiedad sea posible excluir el injusto de los delitos de apropiación en el ámbito de la satisfacción unilateral de deudas de dinero. Una concepción formal de la propiedad ha de atender a la propia regulación jurídica de las condiciones de ejercicio del poder de disposición sobre la cosa que corresponde al propietario en tanto propietario. En un sentido amplio, esta regulación incluye la regulación de las posibilidades de acción del propietario constituido en deudor. Y efectivamente, la regulación civil confiere al deudor la facultad de elegir con qué satisfacer su prestación debida cuando ésta se refiere a cosas de género. Ciertamente el dinero constituye una cosa genérica. Pero lo que no puede desconocerse es que, tratándose de obligaciones de dinero, el derecho de elección del deudor deviene irrelevante. Pues el dinero presenta una condición paradójica dentro de las cosas genéricas. Aquella propiedad cuya presencia en determinadas cosas conduce a su calificación como cosas genéricas, se presenta en el dinero en términos tan absolutos que vuelve al dinero un género peculiar frente a todos los demás géneros. Esa propiedad es la fungibilidad de los individuos del género.

Lo que explica el tratamiento diferenciado de las obligaciones de género respecto de las obligaciones de especie o cuerpo cierto es la fungibilidad de las cosas individuales pertenecientes al género. Ahora, precisamente porque la fungibilidad no es absoluta es que tiene sentido pragmático reconocer un derecho de elección al deudor: si la equivalencia de los individuos del género fuese absoluta, al deudor no podría interesarle elegir entre ellos. Y precisamente porque esta fungibilidad no es, normalmente, absoluta es que el ejercicio de ese derecho de elección presupone la satisfacción de una condición determinada: que las cosas genéricas con que se ejecute la prestación debida sean “de una calidad a lo menos mediana” (artículo 1509 CC). En el caso de las obligaciones de dinero, en cambio, por el carácter absoluto de la fungibilidad de los individuos pertenecientes al género respectivo, no resulta plausible asumir que la vulneración del derecho de elección del dueño en cuanto deudor pueda fundamentar un injusto en el sentido de los delitos de apropiación.

Así, puede concluirse que la apropiación de la cosa específicamente debida, tratándose de obligaciones de especie o cuerpo cierto, y la apropiación de una suma de dinero debida, tratándose de obligacio-

nes de dinero, en tanto cometidas por el acreedor están excluidas del ámbito típico de los delitos de apropiación. Es importante enfatizar esta última condición. Sólo falta el injusto del delito de apropiación si la apropiación es cometida por el propio acreedor –o, eventualmente, por cuenta de éste. La insignificancia de las posibilidades de ejercicio del contenido de poder fáctico que corresponde al propietario sólo se deja reconocer desde el punto de vista de la relación entre acreedor y deudor. Frente a terceros, al deudor corresponde un poder de dominación de la cosa no relativizado por su vinculación específicamente referida al acreedor. Esta no es sino la consecuencia de la definición de la propiedad como derecho real absoluto, y más propiamente, como derecho de exclusión. Si un tercero se apropia de una cosa ajena que es objeto de una obligación que le es extraña, ese tercero comete un delito de apropiación.

Lo que es jurídico-penalmente relevante en los casos de satisfacción unilateral de deudas de especie o cuerpo cierto o de dinero no es el desplazamiento de la cosa, sino el modo por el cual se produce ese desplazamiento. De ahí que tipo de la realización arbitraria del propio derecho, en el marco del Código Penal chileno, incluya el ejercicio de violencia como característica de la forma de comportamiento prohibida. El tipo de la realización arbitraria del propio derecho sólo se satisface cuando el apoderamiento violento recae sobre la cosa que es objeto específico de la prestación a la que está obligado el deudor, o bien sobre dinero tratándose de obligaciones de dinero, presupuesta la relación válida y actualmente exigible, precisamente porque en tales casos no hay vulneración de la propiedad. En los demás casos de apoderamiento violento de cosa del deudor, el título de punibilidad habría de ser, en principio, el de un delito de apropiación –paradigmáticamente, el de un delito de apropiación mediante violencia coercitiva: el robo.

La exclusión de la propiedad como posible objeto de protección de la prohibición de la realización arbitraria del propio derecho se corresponde así con la tesis de la atipicidad a título de hurto de los casos en que el apoderamiento recae sobre la cosa específicamente debida o la suma de dinero debida. Así como cuando se trata de un apoderamiento violento el tipo de delito que entra en consideración es el de la realización arbitraria del propio derecho y no el del robo, que resulta no satisfecho dada la inexistencia de un ataque jurídico-penalmente relevante a la propiedad, tratándose de un apoderamiento no violento, el comportamiento ha de ser considerado atípico y, por ende, no punible.

### C) ¿LA POSESIÓN COMO OBJETO DE PROTECCIÓN?

Excluida la propiedad como posible bien jurídico protegido por la prohibición de la autotutela del acreedor, cabría la posibilidad de entender, siguiendo a Bajo Fernández, que es la posesión el bien jurídico afectado por la realización arbitraria del propio derecho. El problema es que esta tesis no lograría explicar por qué sólo los comportamientos constitutivos de apoderamiento violento resultan subsumibles bajo el tipo delictivo. Pues en la medida en que se tratase de la protección de la posesión del deudor, es obvio que ésta resulta afectada por todo apoderamiento de la cosa poseída, independientemente del ejercicio de violencia o no.

Pero más allá de esta consideración, lo crucial es reconocer que la tesis de la posesión como objeto de protección no es plausible una vez que se rechaza la tesis de la propiedad como objeto de protección. Más precisamente, carece de sentido negar la relevancia del ataque a la propiedad del deudor para luego afirmar la relevancia del ataque a la posesión. Pues ello desconocería que la posesión es un *minus* frente a la propiedad, lo cual resulta reflejado en el hecho de que, en términos generales, la protección penal de la posesión se subordina a la protección penal de la propiedad, bajo la consideración de la posesión como contenido de la propiedad.

Esta relación de subordinación de la protección de la posesión a la protección de la propiedad suele ser tematizada en el contexto del análisis del delito de hurto. Específicamente, la cuestión se plantea en el marco de la definición de apoderamiento como quebrantamiento de custodia con constitución de nueva custodia sobre la cosa. En la medida en que la conducta típica de sustracción en el sentido del delito de hurto requiere, como condición necesaria, un quebrantamiento de la custodia constituida sobre la cosa, parecería cobrar relevancia el ataque a la posesión. Pero es claro que la protección de la posesión no alcanza a adquirir un estatus independiente frente a la protección de la propiedad. De hecho, el propio sistema de los delitos de apropiación relativiza drásticamente la relevancia de la posesión como eventual objeto de protección, al establecer un delito de apropiación que no requiere ruptura de custodia sobre la cosa, esto es, que no requiere apoderamiento, como lo es la apropiación indebida –al menos en alguna de sus variantes–, y al no tipificar la mera ruptura de custodia no asociada a un efecto expropiatorio sobre la cosa –como lo muestra la falta de punibilidad del hurto de uso.

Por ende, si se rechaza que en la configuración del injusto de la realización arbitraria del propio derecho sea relevante la propie-

dad como objeto de protección, *a fortiori* se sigue un rechazo de la consideración de la posesión como objeto de protección. A menos, ciertamente, que la posesión fuese postulada como bien jurídico disociado, esto es, desvinculado de la propiedad del deudor. Desde ya, esta posibilidad parece excluida por la exigencia de que la cosa que es objeto de apoderamiento en la realización arbitraria del propio derecho *pertenezca* al deudor. A esto podría oponerse que no resulta implausible concebir supuestos de realización arbitraria del propio derecho en que la cosa sustraída, no obstante pertenecer al deudor, sea detentada por un sujeto distinto de éste. Pero la tesis de que la prohibición de la realización arbitraria del propio derecho protegería la posesión del no-dueño quebrantaría en todo caso una decisión sistemática básica. Pues para la protección autónoma de la posesión y de la tenencia de cosas muebles, desvinculada de la protección de la propiedad, existe un título de punibilidad específico: el *furtum possessionis*, tipificado en el artículo 471 N° 1 del Código Penal, cuya estructura de injusto supone, sin embargo, una sustracción de cosa propia, esto es, una sustracción por parte del dueño de la cosa en contra de su legítimo detentador. La protección penal de la tenencia de cosas (muebles) como bien jurídico autónomo y diferenciado se concreta en la protección de la posición de legítimo detentador frente al dueño. Esto no se da, ciertamente, cuando quien pretende la cosa por definición no es dueño, sino sólo acreedor.

#### D) ¿LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO OBJETO DE PROTECCIÓN?

Descartada también la posesión, resta considerar la administración de justicia como posible bien jurídico protegido por la prohibición de la realización arbitraria del propio derecho. Una primera razón para desestimar esta posibilidad está constituida por lo deficitaria que resultaría tal protección, dado que el objeto de la prohibición en cuestión sólo corresponde a una de las muchas variantes de autotutela que son concebibles. Luego, o bien tales variantes resultan jurídico-penalmente irrelevantes o bien conllevan la realización de otros tipos delictivos, por ejemplo, el del robo –cuando el apoderamiento violento no recae sobre la cosa específicamente debida. Pero es claro que respecto de estos otros tipos delictivos no se afirma que el objeto de protección respectivo sea la administración de justicia, al menos no en el sentido en que lo supone la teoría del bien jurídico. Resultaría absurdo considerar que en relación con el robo, por

ejemplo, sólo cuando la propiedad no presente relevancia como objeto de lesión, que es lo que bajo la tesis aquí defendida desplaza, en términos de antijuridicidad material, el título de punibilidad desde el robo a la realización arbitraria del propio derecho, apareciera la administración de justicia como bien jurídico relevante afectado por el ejercicio de autotutela.

Una segunda razón que demuestra la falta de plausibilidad de la tesis de la administración de justicia como bien jurídico protegido por la prohibición de la realización arbitraria del propio derecho se vincula a la diferencia categorial que existe entre la propiedad y la administración de justicia en cuanto objetos de protección jurídico-penal. En efecto, la propiedad constituye un bien jurídico individual, en tanto que la administración de justicia, un bien jurídico colectivo. Las consecuencias que se siguen de la postulación de la administración de justicia como objeto de protección son a lo menos contra-intuitivas. Pues la víctima del delito tendría que ser la propia administración de justicia, como de hecho lo afirma Bajo Fernández<sup>78</sup>, y no el deudor que padece el apoderamiento de la cosa debida.

A este respecto, puede ser relevante un breve examen de la tipificación del delito de ejercicio arbitrario de las propias razones, establecido en los artículos 392 y 393 del Código Penal italiano, precisamente porque su ubicación sistemática en el contexto de dicho Código corresponde a los “delitos contra la administración de justicia”, en el marco de los cuales se fija la punibilidad de la “tutela arbitraria de las razones privadas”. La doctrina italiana ha constatado la necesidad de diferenciar la administración de justicia, como concepto amplio, de la jurisdicción en sentido estricto, fundamentalmente a partir de la evidencia de que al interior del título en que se regulan los delitos contra la administración de justicia se comprenden no sólo figuras constituidas por comportamientos directamente atentatorios contra el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, sino también figuras en que lo afectado es propiamente un ámbito de actividad o interés vinculado por un nexo de algún modo instrumental a la jurisdicción propiamente tal, como por ejemplo, precisamente, el ejercicio arbitrario de las propias razones<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> BAJO FERNÁNDEZ, *La realización arbitraria del propio derecho*, p. 61.

<sup>79</sup> FIANDACA y MUSCO, *Diritto penale Parte speciale*, vol. I, p. 254. Y ya en relación directa con el delito de ejercicio arbitrario de las propias razones, la importancia concedida por el legislador al interés individual vinculado al interés colectivo resulta innegable en tanto la persecución del delito sólo puede ser iniciada por querrela (*ibid.*, p. 318).

Profundizando esta última consideración, Antolisei mantiene que no resulta justificable la postulación de la administración de justicia como bien jurídico protegido por la prohibición del ejercicio arbitrario de las propias razones. Ello resultaría absurdo, primero, en función de que las penas asignadas al delito en los artículos 392 y 393 son inferiores a las penas de los delitos de daños (*danneggiamento*) y violencia privada (*violenza privata*), respectivamente. La acumulación de un atentado contra la administración de justicia y de una lesión del patrimonio o de la libertad individual debería conducir a un aumento de la pena, no a una disminución. Y resultaría absurdo, en segundo lugar, en virtud de que sin perjuicio de tratarse, supuestamente, de un atentado contra un bien colectivo, el delito no es susceptible de ser perseguido de oficio, sino sólo por querrela de parte, lo cual devendría aún más incomprensible si se considera que el delito de violencia privada, en cambio, sí es susceptible de ser perseguido de oficio<sup>80</sup>. De esto se seguiría, según Antolisei, que el delito de ejercicio arbitrario de las propias razones, no obstante su posición sistemática bajo el Código Penal italiano, no puede ser considerado un delito contra la administración de justicia<sup>81</sup>.

Estas breves referencias al delito de ejercicio de las propias razones del Código penal italiano ponen de manifiesto cómo, aun a pesar de su inequívoca sistematización legal como delito contra la administración de justicia, la reconstrucción racional de la regulación impone la asimilación del injusto de este delito con el injusto de la coacción<sup>82</sup>. En el Derecho penal italiano, dado que la tipificación del ejercicio arbitrario de las propias razones introduce la así llamada “violencia sobre las cosas” como medio comisivo, la asimilación también tiene lugar respecto del delito de daños.

<sup>80</sup> ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale Parte Speciale-II*, p. 512.

<sup>81</sup> Antolisei mantiene, en cambio, que se trataría de una hipótesis privilegiada de daños o bien de una hipótesis privilegiada de violencia privada, según cuál sea el medio comisivo (*ibid.*, p. 513).

<sup>82</sup> Es interesante dar cuenta de que Feuerbach sistematiza la autotutela, como autoayuda (*Selbsthilfe*) antijurídica dentro de los “crímenes contra el poder de los jueces”. Sin embargo, Feuerbach distingue entre autoayuda simple y autoayuda calificada, y dentro de esta última trata la autotutela violenta y el duelo. La explicación del carácter calificado de la autoayuda violenta se encuentra, según Feuerbach, en que “aquí se juntan las disposiciones del *D. Marci* con las consecuencias jurídicas de la actividad violenta (*crimen vis*)” (Feuerbach, *Tratado de derecho penal*, p. 155). Es el caso que a partir de la reformulación del *crimen vis* en la codificación alemana el delito de coacción llegó a convertirse en la figura básica del sistema de los delitos contra la libertad en el derecho penal alemán.

## E) LA LIBERTAD PERSONAL DEL DEUDOR COMO OBJETO DE PROTECCIÓN

La única tesis plausible para la identificación del bien jurídico protegido por la norma del N° 20 del artículo 494 del Código Penal consiste en la comprensión del delito de realización arbitraria del propio derecho como un delito de coacción, es decir, como un atentado contra la libertad de acción del deudor. En favor de esta tesis concurren argumentos de diversa naturaleza.

Desde ya, existe un argumento histórico. El derecho romano separó del delito de *furtum*, para incluirlos bajo la *lex Iulia de vi privata*, “los casos de quien se apodera de la cosa del deudor para asegurar su crédito (prenda extrajudicial) y de quien se apodera arbitrariamente de la misma *cosa debida*”<sup>83</sup>. El *Decretum Divi Marci* habría ampliado el concepto de *vis*, “considerando como tal, no sólo la que consiste en herir a una persona, sino también la de aquel que procura por sí la obtención de una cosa que le es debida, en vez de acudir a la autoridad”<sup>84</sup>. Como el propio Bajo Fernández lo sostiene, el Código Penal español de 1822 recogió la tradición romana. Si bien bajo dicho código el delito se ubicó entre “los delitos contra la propiedad de los particulares”, para Bajo es significativo el hecho de que el capítulo respectivo (esto es, el Capítulo IX del Título III) se haya titulado “de las fuerzas y violencias contra las propiedades, y de los despojos”. En todo caso, lo relevante es que el Código Penal español de 1848 sí calificó de atentado contra la libertad a la realización arbitraria del propio derecho. En efecto, como se indicara al comienzo, este delito fue ubicado en el Título XIII, relativo a “los delitos contra la libertad y seguridad”, y específicamente en su Capítulo XI, bajo el encabezado “de las amenazas y coacciones”. Y fue precisamente esta sistematización legal la que se tuvo en vista para la redacción del N° 20 del artículo 494 del Código Penal chileno.

Pero a favor de la tesis de la realización arbitraria del propio derecho como delito de coacción también habla su comparación con el injusto del robo. Lo que explica la penalidad mucho más baja de la primera frente al segundo, bajo la tesis aquí defendida, es la inexistencia de un atentado jurídico-penalmente relevante contra la propiedad en aquella. Luego, en la medida en que el robo constituye un delito complejo y pluriofensivo, que incorpora funcionalmente tanto una lesión de la libertad personal (coacción) como una afec-

<sup>83</sup> BAJO FERNÁNDEZ, *La realización arbitraria del propio derecho*, p. 45.

<sup>84</sup> ÁLVAREZ, *Curso de Derecho Romano*, tomo I, p. 170.

tación de la propiedad (hurto), debe concluirse que los supuestos aparentemente idénticos al robo en los cuales, sin embargo, no tiene lugar una afectación jurídico-penalmente relevante de la propiedad, sólo pueden ser valorados negativamente por referencia a la lesión de la libertad personal, esto es, por el injusto de la coacción. Estos son, precisamente, los casos en que se satisface, de acuerdo a la interpretación defendida por Bajo Fernández, el tipo de la realización arbitraria del propio derecho.

La comparación entre la falta del N° 20 y la del N° 16 del artículo 494 del Código Penal chileno, que tipifica la coacción violenta, impone la misma conclusión. Efectivamente, ambos delitos tienen asignada la misma pena –aquella establecida en el encabezado del artículo 494– y ambos comparten el mismo medio comisivo, el ejercicio de violencia. Si el comportamiento descrito en el N° 20 incorporara, además, un atentado a otro bien jurídico, ello tendría que conllevar una respuesta punitiva más severa que expresase ese desvalor de injusto adicional.

La afirmación de la libertad de acción como objeto de protección en el delito de realización arbitraria del propio derecho se corresponde con una tesis general acerca de la protección penal de la libertad. A este respecto, es ilustrativo considerar la concepción del injusto de la coacción, tipificada en el § 240 del Código Penal alemán, defendida por Günther Jakobs. El argumento consiste en advertir que, si la libertad protegida por la norma subyacente al tipo de la coacción es entendida como libertad en sentido puramente fáctico, esto es, en el sentido de una libertad general de acción, entonces también tendría que resultar protegida la libertad del coaccionador para coaccionar. Pero esto conduciría al absurdo de la configuración de un *bien jurídico* que sería, a la vez, *antijurídico*. Según Jakobs, esto vuelve imprescindible configurar la libertad como bien jurídico bajo una referencia a la libertad de los demás, de lo cual se sigue que “[e]l delito de coacciones como delito contra la libertad consiste en la cercenación de alternativas de comportamiento jurídicamente garantizadas”<sup>85</sup>. Jakobs llega a concretar esta tesis, a propósito de la coacción mediante violencia, haciendo referencia a los casos de autotutela que aquí interesan:

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 compor-

<sup>85</sup> JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, p. 468.

tamiento obtenido por coacción), pues el ordenamiento jurídico no concede al deudor el derecho a no pagar<sup>86</sup>.

El problema de este argumento es que el mismo supone una configuración puramente estática de la distribución jurídica de espacios de libertad entre coaccionador y coaccionado, desconociendo la dimensión procedimental que es inmanente a la protección jurídica de la libertad de acción, tal como ello ha sido enfatizado por Günther Arzt<sup>87</sup>. La sujeción de una persona a una determinada obligación frente a otra no importa la admisibilidad de cualquier forma de hacerla efectiva por parte del titular de la pretensión correlativa. La protección jurídica de la libertad en sentido (genuinamente) normativo implica que las consecuencias del propio comportamiento se encuentran reguladas jurídicamente, lo cual rige tanto en caso de que el comportamiento esté permitido como en caso de que esté prohibido.

Y es precisamente a estas garantías procedimentales de la libertad de acción del deudor frente al acreedor que la prohibición de la realización arbitraria del propio derecho se encuentra referida. La interpretación del artículo 494 N° 20 que aquí se propone consiste en su reconstrucción como un tipo de delito que expresa la irrelevancia del apoderamiento ejecutado por el acreedor en relación con la posición del deudor en cuanto propietario –satisfaciéndose las condiciones estrictas ya enunciadas–, pero que a la vez expresa la relevancia de ese mismo apoderamiento en la medida en que importe una afectación de la libertad de acción del deudor materializada en un ejercicio de violencia coercitiva.

En este punto, debe atenderse a una consecuencia dogmática que parecería seguirse de esta tesis interpretativa. En tanto delito de coacción mediante violencia, la víctima del mismo tendría que corresponder, en principio, al sujeto cuya libertad de acción resulta lesionada por el ejercicio de la violencia. Por ende, el deudor-proprietario no podría ser víctima del delito sino cuando sea él mismo quien haya de tolerar el apoderamiento de la cosa por parte del acreedor en función de la coacción ejercida por éste en su contra. En los demás casos, por ejemplo, aquellos en que el acreedor se apodera de la cosa específicamente debida que se encuentra actualmente bajo la custodia de un tercero, sería víctima el tercero detentador de la cosa que es constreñido mediante violencia a tolerar el apoderamiento

<sup>86</sup> JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, p. 446.

<sup>87</sup> Arzt, “Zum Zweck und Mittel der Nötigung”, pp. 823 ss.; el mismo, “Zwischen Nötigung und Wucher”, pp. 641 ss. Véase también LARRAURI, *Libertad y Amenazas*, pp. 147-148.

to, pues él es quien padece la coacción. La pregunta que se suscita entonces se refiere a las consecuencias que podrían derivarse de la constatación de un consentimiento –efectivo o presunto– por parte del deudor que no mantiene la custodia de la cosa frente al apoderamiento coercitivo ejecutado por el acreedor.

En principio, cabría sostener que en un caso tal se satisfaría el tipo de la realización arbitraria del propio derecho. En efecto, se trataría de un apoderamiento violento, ejecutado por el acreedor, sobre una cosa de su deudor para hacerse pago con ella, suponiendo además que el apoderamiento recayera sobre la cosa específicamente debida y la obligación en cuestión se encontrara vencida. Pero esta tesis desconocería que, sobre todo por consideraciones sistemáticas, parece necesario exigir una correlación, ya sea directa o indirecta, entre el apoderamiento coercitivo del acreedor y una restricción de libertad susceptible de ser reconducida a la posición del deudor. Se trata de consideraciones primariamente sistemáticas, por cuanto en la medida en que se constatará un consentimiento del deudor-propietario al apoderamiento, podría volverse relevante la posición del tercero que detenta la cosa. A este respecto, habría que considerar la posibilidad de que el consentimiento prestado por el deudor-dueño se correspondiera, eventualmente, con alguna modalidad de tradición ficta –de las establecidas en el art. 684 CC<sup>88</sup>– en virtud de la cual el acreedor pasara a constituirse en dueño de la cosa. Si éste fuese el caso, sería imposible, sin embargo, afirmar la satisfacción del tipo de la realización arbitraria del propio derecho. Pues ya no se trataría de autotutela ilícita del crédito, sino de autotutela ilícita de la propiedad y/o de la posesión<sup>89</sup>. Bajo esta premisa, la afectación de un posible derecho a la detentación que pueda atribuirse al actual detentador de la cosa que padece la coacción funcional al apoderamiento, implicaría tener que dirigir la mirada al delito de *furtum possessionis* del artículo 471 N° 1 como eventual título de punibilidad.

Lo fundamental de los casos de apoderamiento violento ejecutado por el acreedor con el consentimiento del deudor-dueño, en con-

<sup>88</sup> En particular, la única forma de tradición ficta que podría resultar satisfecha sería la *traditio longa manu*, designada en el N° 2 de la disposición citada. Según Alessandri, esta forma de tradición “se efectúa mostrando ésta [la cosa] y poniéndola a disposición del adquirente” (ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, *Tratado de los Derechos Reales*, tomo I, p. 213). En este contexto, el punto más problemático parece ser el de la puesta de la cosa a disposición del adquirente.

<sup>89</sup> Sobre esto Mañalich, “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, pp. 73 ss.

tra de un tercero que detenta la cosa, es que la posición del tercero aparece absolutamente desvinculada de la posición del deudor. En tales supuestos, la relevancia de la afectación de la libertad de acción del tercero tendría que ser expresada no mediante la aplicación de la falta de realización arbitraria del propio derecho, sino que mediante la aplicación de la falta de coacción violenta del artículo 494 N° 16.

En este sentido, la satisfacción del tipo de la realización arbitraria del propio derecho supone una conexión entre la lesión de la libertad que es materializada en el apoderamiento (violentamente) coercitivo y la posición del deudor-dueño. Esta posición de deudor-dueño, sin embargo, no es relevante desde el punto de vista de la protección penal de la propiedad, siempre que el apoderamiento recaiga sobre la cosa específicamente debida, o sobre dinero tratándose de obligaciones de dinero. Es relevante desde el punto de vista de la libertad de acción del deudor. Ésta es una libertad de acción que puede ser especificada como libertad de pago. La prohibición de la autotutela violenta, por lo mismo, no es sino una especificación de la protección penal de la libertad personal.

## § 5. LA AUTOTUTELA DEL CRÉDITO FRENTE A LA COACCIÓN VIOLENTA Y FRENTE AL ROBO

Corresponde ahora hacer explícitas las consecuencias que se derivan de la concepción de la realización arbitraria del propio derecho como un delito contra la libertad del deudor para la determinación de la correlación sistemática entre esta figura, por una parte, y los delitos de coacción violenta y de robo, por otra. Pues bajo su concepción como delito contra la libertad, la realización arbitraria del propio derecho puede ser entendida como un caso especial de coacción violenta, en circunstancias que lo mismo puede decirse del robo en su hipótesis de robo con violencia: se trata de un caso grave de coacción mediante violencia funcional a la apropiación mediante sustracción de una cosa ajena<sup>90</sup>.

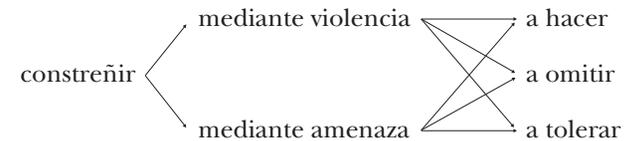
### A) REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO Y COACCIÓN VIOLENTA

La tesis que se propone consiste en la reformulación del delito de realización arbitraria del propio derecho como un delito de coacción, más precisamente, como un supuesto de coacción mediante violencia. Lo que interesa ahora es analizar reflexivamente la tesis de Bascuñán en el sentido de que el tipo del N° 20 del artículo 494 no constituiría sino un caso nominado de coacción violenta, esto es, que la conducta descrita en el tipo de la realización arbitraria del propio derecho podría subsumirse bajo alguna de las hipótesis típicas de la falta de coacción violenta. Para lo anterior se requiere examinar las variantes típicas alternativas constitutivas de la falta de coacción violenta del N° 16 del Código Penal chileno, que comete

<sup>90</sup> Sobre esto Bascuñán, “El robo como coacción”, pp. 55 ss.; Mañalich, “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, pp. 65 ss.

quien “sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a ejecutar lo que no quiera”.

A partir del modelo alemán de regulación de la coacción<sup>91</sup>, esta figura puede estructurarse de la siguiente manera:



Así, de la combinación de un verbo rector, dos medios comisivos alternativos y tres resultados típicos alternativos, resultan seis hipótesis típicas alternativas. Concretando la estructura típica de la coacción mediante violencia según el texto del N° 16 del artículo 494 del Código Penal chileno, que tipifica formas de coacción mediante violencia, resulta claro que la variante de impedir hacer se corresponde con la de constreñir a omitir, así como la de compeler a ejecutar con la de constreñir a hacer. El artículo 494 N° 16 no establece hipótesis alguna, sin embargo, correspondiente a la de constreñir a tolerar. Sin embargo, constreñir a tolerar siempre puede redefinirse como constreñir a omitir, esto es, como impedir hacer, con la particularidad de que el comportamiento cuya omisión se impone ha de consistir en la oposición de resistencia a un comportamiento ajeno<sup>92</sup>. Quien es constreñido a tolerar es coaccionado a omitir alguna forma de resistir el comportamiento del coaccionador o de un tercero.

En el marco de la regulación chilena de la coacción violenta se impone, ahora bien, la constatación de una asimetría fundamental entre la formulación de la hipótesis de impedir hacer –constreñir a omitir o a tolerar– y la de compeler a ejecutar –constreñir a hacer–. Pues mientras se declara típico el compeler a ejecutar –constreñir a hacer– “lo que [el coaccionado] no quiera”, sólo resulta típico el impedir hacer –constreñir a omitir o tolerar– “lo que la ley no prohíbe”. Y aunque parece plausible formular una explicación histórica para tal discriminación legislativa, resulta a lo menos dudosa su justificación dogmática<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> Véase Bascuñán, “La regulación española de la coacción en el marco de la codificación penal europea”, pp. 191 ss., 218 ss.

<sup>92</sup> Así ya BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil*, tomo I, p. 89.

<sup>93</sup> Acerca de esta asimetría Bascuñán, “La regulación española de la coacción en el marco de la codificación penal europea”, p. 271.

En relación con la relación sistemática entre la realización arbitraria del propio derecho y la coacción violenta, el problema surge en tanto los supuestos que satisfacen el primer tipo delictivo tendrían que ser subsumidos bajo la variante de “impedir hacer” de la falta de coacción violenta, en tanto aquí se trata de una coacción violenta a tolerar el apoderamiento de la cosa debida<sup>94</sup>. Luego, de esto resulta que una tal forma de comportamiento sólo sería típica como coacción violenta en el sentido del N° 16 del artículo 494 en la medida en que la conducta que el acreedor impide realizar al deudor coaccionado sea una conducta que la ley no prohíbe. A contrario, si aquello que el deudor se ve impedido de hacer se encuentra prohibido por la ley, entonces la posibilidad de sostener que el tipo del N° 20 es un “caso nominado” del tipo del N° 16 se vería necesariamente frustrada.

El análisis de este problema presupone una determinación de la forma en que ha de interpretarse la cláusula “lo que la ley no prohíbe” en el contexto del tipo de la coacción violenta. Aquí compiten dos tesis alternativas. En el contexto de la dogmática española bajo la vigencia del Código Penal de 1944, un sector de la doctrina favorecía una interpretación restrictiva de la cláusula, según la cual “lo que la ley no prohíbe” habría de entenderse en el sentido de “lo que la ley no sanciona penalmente”, independientemente de su licitud o ilicitud, pues una interpretación más amplia conllevaría un incentivo a la justicia de propia mano<sup>95</sup>. En contra de esta tesis se objetaba por otro sector, sin embargo, que la evitación de la autotutela no constituiría el fin de protección de la norma prohibitiva de la coacción violenta, sino precisamente de la norma que prohíbe la realización arbitraria del propio derecho<sup>96</sup>. Esta posición favorecería, entonces,

<sup>94</sup> Esta afirmación puede contrastarse con la tesis defendida por Mir Puig en el contexto del análisis del tipo de coacciones del párrafo 1° del artículo 496 del Código Penal español de 1944. Según Mir Puig, en consideración de la “naturaleza conceptual” de las obligaciones, o sea, de los derechos personales, habría que reconocer que los supuestos de autotutela del crédito sólo serían subsumibles en la hipótesis de “compeler a ejecutar”. Esto, según Mir Puig, por cuanto los derechos personales, a diferencia de los derechos reales, “conceden al acreedor únicamente el derecho a *reclamar una conducta* de prestación de parte del deudor”, por lo cual “el acreedor que obliga con violencia al deudor al cumplimiento de su obligación positiva está *compeliendo a hacer*” (Mir Puig, “El delito de coacciones en el Código penal”, p. 297). Lo notable es que Mir Puig no advierta la posibilidad de hipótesis de coacción violenta en que el acreedor impida la resistencia al apoderamiento de la cosa debida.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 295.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 296.

una interpretación amplia de la cláusula, según la cual “lo que la ley no prohíbe” habría de determinarse en términos de una permisibilidad jurídica general, sin restricción a las normas de comportamiento reforzadas por normas de sanción penal.

Lo que ahora interesa es considerar si esta segunda tesis, que favorece la interpretación no restrictiva de la cláusula en cuestión, puede ser compatibilizada con la concepción del injusto de la realización arbitraria del propio derecho aquí defendida, esto es, como ataque específico a la libertad del deudor. La pregunta que ha de responderse, por de pronto, es la siguiente: ¿cuál es la conducta cuya ejecución el acreedor impide al deudor en el contexto de la realización arbitraria del propio derecho? Si lo que persigue el acreedor mediante el ejercicio de la violencia es el apoderamiento de la cosa debida, entonces la conducta que el mismo ha de impedir al deudor es precisamente la de resistir tal apoderamiento. Luego, debe determinarse si el deudor puede lícitamente impedir el apoderamiento de la cosa debida por parte del acreedor, aun suprimida *in mente* la violencia. En otros términos: ¿puede lícitamente el deudor impedir que el acreedor sustraiga o se apodere de la cosa respecto de la cual el último tiene un derecho personal a la entrega contra el primero? Esto exige precisar si el ejercicio de autotutela por parte del acreedor constituye o no un comportamiento antijurídico, frente al cual el deudor pueda legítimamente oponerse.

De acuerdo a la tesis aquí sostenida, tal comportamiento del acreedor resulta atípico desde el punto de vista de los delitos contra la propiedad, precisamente porque el mismo no lesiona en términos jurídico-penalmente relevantes la propiedad del deudor. Sin embargo, ello no prejuzga sin más su conformidad a derecho, pues el mismo comportamiento, a pesar de no estar prohibido por una norma reforzada punitivamente, podría resultar ilícito desde el punto de vista del derecho privado. Y es claro que sólo en caso que se sostenga que el apoderamiento de la cosa debida por parte del acreedor es antijurídico y que, por lo tanto, el deudor puede legítimamente impedirlo –así como, eventualmente, revertir la situación resultante por vía judicial–, podrá afirmarse que la falta de realización arbitraria del propio derecho es un caso nominado de la falta de coacción violenta. Pues sólo en este caso el acreedor estará impidiendo al deudor, mediante violencia, hacer algo que la ley no le prohíbe. De lo contrario, la norma del N° 20 del artículo 494 desempeñaría una doble función: no sólo serviría de punto de apoyo institucional para la exclusión de los casos en que el acreedor se apodera de la cosa sobre la cual recae específicamente su derecho a la entrega del ámbito de punibilidad

de los delitos contra la propiedad, sino que además tipificaría un comportamiento del acreedor que, de no existir esta disposición, resultaría penalmente irrelevante de acuerdo a la regulación general de la coacción bajo el derecho chileno.

Si bien puede parecer contra-intuitivo que el deudor a quien el acreedor respectivo sustrae, aun sin coacción, la cosa específicamente debida pudiera obtener por vía judicial la restitución de la cosa para el solo efecto de tener que entregarla después en pago al mismo acreedor, de ello no puede inferirse la licitud de un apoderamiento tal por parte del acreedor y, por ende, la ilicitud de la posible resistencia del deudor a ese apoderamiento. Pues no obstante la sola posición formal de dueño del deudor no basta para la afirmación de relevancia jurídico-penal de la conducta del acreedor como ataque a su propiedad sobre la cosa debida, ello no obsta a que la posición del deudor en cuanto tal sí esté definida por ciertas garantías de su libertad frente a la posibilidad de una ejecución forzada de su obligación. El acreedor puede obtener un cumplimiento forzado de la obligación correlativa a su crédito. Pero eso no significa que el acreedor pueda por sí mismo proceder a su ejecución.

Es claro, desde luego, que una satisfacción arbitraria del propio derecho personal del acreedor no constituye un pago en el sentido de las reglas del derecho privado. En la medida en que el concepto de pago pueda equipararse, en lo que aquí interesa, al concepto de tradición, la validez del mismo se encuentra sujeta, entre otros requisitos, a que sea “hecha voluntariamente por el tradente” (artículo 672 inciso 1º CC). Esto coincide con la calificación del pago como un acto jurídico bilateral, esto es, como una convención, lo cual supone la concurrencia de la voluntad de ambas partes. Tanto es así, que los casos a propósito de los cuales se pone en duda el carácter convencional del pago son casos en que éste opera contra la voluntad del acreedor, sin que se controvierta, en cambio, la necesidad de la concurrencia de la voluntad del deudor en cuanto *solvens*<sup>97</sup>. En la medida en que la concurrencia de la voluntad del deudor cuenta como requisito de validez del pago, el acreedor no puede proceder al pago por sí mismo.

Ahora bien, esta exigencia de la concurrencia de la voluntad del deudor como condición de la validez del pago constituye una condición impuesta por una regla de competencia del derecho privado, cuyo seguimiento es necesario, precisamente, para la validez del pago. Pero una regla de competencia no puede ser reformulada,

<sup>97</sup> Véase ABELIUK *Las Obligaciones*, tomo II, pp. 490-491.

sin más, como una norma de comportamiento que imponga deberes de conducta<sup>98</sup>. Por lo mismo, lo que se requiere es identificar una base para fundamentar una prohibición dirigida al acreedor cuyo quebrantamiento convierta en ilícito su ejercicio de autotutela (aun no violenta).

Como punto de apoyo institucional para esta prohibición de autotutela podría mencionarse el artículo 1662 del Código Civil, disposición que establece determinados casos en que no es operativa la compensación como modo de extinguir obligaciones. Una de estas hipótesis corresponde al caso de quien pretende oponer compensación “a la demanda de restitución de una cosa de que su dueño ha sido injustamente despojado”. Según alguna doctrina, la norma se inspiraría en razones de orden público, y más precisamente, de inhibición de la autotutela: “su finalidad es apartar al acreedor de la idea de hacerse justicia por sí mismo”<sup>99</sup>. El ejemplo ofrecido es el siguiente:

A debe a B \$ 10.000 y, como no logra que se le pague se apodera de \$ 10.000 de su deudor. Si A demanda la restitución, no puede B oponerle en compensación su crédito. Debe restituir aquello de que se apoderó injustamente y proceder al cobro de su crédito, por las vías de derecho<sup>100</sup>.

A partir de esta regla, parecería plausible generalizar una valoración de la conducta del acreedor que se apodera de bienes de su deudor como antijurídica en términos de derecho privado. Lo anterior, sin perjuicio de la dificultad que supone la interpretación del término “injustamente”, por medio del cual la disposición legal caracteriza la acción del despojo.

Otro punto de apoyo institucional para la tesis de la ilicitud del apoderamiento, por parte del acreedor, de la cosa específicamente debida puede encontrarse en el artículo 2392 del Código Civil, que establece una prohibición de la así denominada “prenda extrajudicial”. Dispone el artículo que “[n]o se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el

<sup>98</sup> En la terminología de Hart, las reglas de competencia cuyo no-seguimiento puede implicar la nulidad de los actos para cuya ejecución se dispone de esas reglas (v.g., el acto del pago) tendrían que considerarse como una clase de reglas secundarias “que confieren potestad a los individuos para variar las posiciones iniciales que les asignan las reglas primarias” (HART, *El Concepto de Derecho*, p. 119).

<sup>99</sup> MEZA BARROS, *De las obligaciones*, pp. 432-433.

<sup>100</sup> *Ibid.*

ministerio de la justicia”. Y agrega el inciso 2º que “[n]o se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan”. Por ende, a menos que el acreedor disponga de un derecho legal de retención, incluso la sola retención de la cosa como forma de asegurar el crédito resulta ilícita. La referencia a esta disposición dista, sin embargo, de ser concluyente. Aun interpretando el inciso 1º *a fortiori*, en el sentido de que si se prohíbe el aseguramiento extrajudicial del crédito, entonces con mayor razón ha de prohibirse la satisfacción unilateral del mismo, sigue pendiente la pregunta acerca de si en el caso de que la cosa tomada o retenida sea la específicamente debida por el deudor dicha prohibición podría resultar o no revertida.

No obstante la falta de carácter concluyente de los argumentos anteriores, parece no haber consideraciones que reviertan el indicio de que lo que subyace a las disposiciones examinadas es un principio de prohibición de la autotutela del acreedor. Y esta prohibición de la autotutela del acreedor sólo tiene sentido en la medida en que ella se extienda incluso a casos de autotutela no coercitiva, y más precisamente para lo que aquí interesa, no violenta. Pues si la autotutela no coercitiva del crédito no fuese objeto de prohibición jurídica, la resistencia coercitiva eventualmente ejercida por el deudor constituiría, a su vez, una agresión ilícita, frente a la cual una coacción violenta del acreedor dirigida a la supresión de esa resistencia tendría que estimarse en todo caso permitida a título de legítima defensa, con lo cual la prohibición de la autotutela violenta se vería diluida.

Lo anterior muestra qué es exactamente lo que está en juego en la pregunta por la ilicitud de la autotutela (aun) no coercitiva del acreedor. Pues sólo afirmando su ilicitud puede mantenerse que el deudor puede lícitamente resistir o impedir, bajo el estándar de necesidad racionalidad del medio empleado exigido por el tipo permisivo de la legítima defensa, el apoderamiento de la cosa debida por parte del acreedor<sup>101</sup>. Frente a la defensa coercitiva de la posesión material (o “custodia”) de la cosa por parte del deudor, el impedimento coercitivo, mediante violencia, de tal resistencia por parte del acreedor sí realizaría entonces el tipo de injusto de la coacción violenta. Y sólo así es posible mantener la tesis de que la falta del Nº 20 del artículo 494 es un caso nominado de la del Nº 16.

<sup>101</sup> Sobre la permisión a título de legítima defensa y el surgimiento de deberes de tolerancia para el agresor véase Mañalich, “Condiciones generales de la punibilidad”, pp. 419 ss.

En el entendido de que el deudor no está sujeto a un deber de tolerancia frente a un ejercicio de autotutela (aun) no coercitiva por parte del acreedor que pretende apoderarse de la cosa específicamente debida, o de dinero tratándose de obligaciones de dinero, puede afirmarse que la coacción violenta ejercida por el acreedor para impedir una eventual resistencia de parte del deudor satisface la hipótesis típica del impedir hacer lo que la ley no prohíbe en el sentido del artículo 494 Nº 16. Ciertamente, esa conducta del acreedor también satisface el tipo de la realización arbitraria del propio derecho. Entre ambos delitos, por ende, ha de reconocerse una relación de especialidad, que en casos de realización de ambos tipos en unidad de acción fundamenta un concurso aparente a favor de la realización arbitraria del propio derecho, que desplaza así a la coacción violenta como *lex specialis*.

## B) REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO Y ROBO

De la interpretación restrictiva del artículo 494 Nº 20, que se sigue de la tesis de Bajo Fernández, esto es, la interpretación de la disposición como referida “sólo a comportamientos arbitrarios de propio pago en los que no se da la lesión a la propiedad, es decir, al apoderamiento de la cosa debida –la cosa determinada frente a obligaciones específicas, o el valor equivalente en dinero frente a obligaciones pecuniarias–, siendo la obligación vencida y exigible”<sup>102</sup>, resulta que la tipificación de la realización arbitraria del propio derecho adquiere una función declarativa en relación con el sistema de los delitos contra la propiedad. Esta función consiste en explicitar la exclusión de los casos en que el apoderamiento de cosa perteneciente al deudor para hacerse pago con ella no representa un ataque a la propiedad en tanto objeto de protección jurídico-penal.

Esto no debe entenderse, sin embargo, como si fuese sólo en virtud de la norma del artículo 494 Nº 20 que opera tal exclusión –pues entonces la función de ésta dejaría de ser puramente declarativa al respecto. Bajo la tesis aquí sostenida, dicha exclusión viene dada, primero, por el modo como se configura la propiedad en tanto objeto de protección y, segundo, por la restricción de los supuestos de autotutela ilícita del crédito que satisfacen el tipo de la realización arbitraria del propio derecho a aquellos en que el apoderamiento

<sup>102</sup> BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*, p. 60.

recae sobre la cosa específicamente debida, incluidas las obligaciones de dinero. Los demás supuestos de autotutela –esto es, de autotutela sobre cosa no específicamente debida y sobre cosas de género distintos del dinero–, en cambio, resultan *prima facie* punibles bajo el sistema de protección penal de la propiedad. La disposición del N° 20 del artículo 494 del Código Penal, entonces, sirve de punto de apoyo institucional para la justificación de dicha tesis.

Esta interpretación implica rechazar la tesis, que constituye un auténtico lugar común, según la cual entre el robo y la realización arbitraria del propio derecho existiría una relación de especialidad. En la medida en que los comportamientos subsumibles bajo el tipo de la realización arbitraria del propio derecho no constituyen atentados jurídico-penalmente relevantes contra la propiedad en tanto contenido fáctico de poder correlativo a la posición jurídico-formal de propietario, y siendo en función de esta constatación negativa que se interpreta restrictivamente la disposición legal, resulta insostenible estimar que dichos comportamientos pudieran satisfacer, además, el tipo del robo.

El robo es, en todo caso, un delito de apropiación coercitiva. La estructura de injusto del robo se compone del atentado contra la propiedad, pero también del atentado contra la libertad, esto es, de la coacción, que se relaciona funcionalmente con el primero y se expresa en la exigencia de la violencia o la intimidación como medios comisivos alternativos. Al injusto del robo pertenece, por ende, la afectación de la propiedad implicada en la apropiación mediante sustracción que se ha de encontrar en una relación de conexión funcional con el ejercicio de violencia o intimidación. El injusto específico de la realización arbitraria del propio derecho, por el contrario, necesariamente presupone la ausencia de una afectación de la propiedad del deudor. Luego, un comportamiento que satisface este tipo delictivo no puede, por definición, también satisfacer el tipo del robo. Entre la realización de uno y otro tipo delictivo no hay posibilidad alguna de una relación de concurso en unidad de acción.

Por esto, ha de rechazarse la afirmación hecha por Bajo Fernández, en el sentido que la función de la disposición que tipifica la realización arbitraria del propio derecho consiste en excluir de la figura del robo “determinados supuestos que, desde el punto de vista objetivo, son subsumibles en ella”<sup>103</sup>. Pues precisamente ya en el tipo objetivo resultan incompatibles ambos delitos. En la interpretación que el propio Bajo Fernández propone, la irrelevancia de la afec-

<sup>103</sup> BAJO FERNÁNDEZ, *La realización arbitraria del propio derecho*, p. 79.

tación de la propiedad, por quedar ésta reducida a la sola posición jurídico-formal de propietario, se debe a la presencia de circunstancias que deben formar parte de la reconstrucción (de la exclusión) del tipo objetivo del delito de robo: la relación jurídica entre autor (acreedor) y propietario de la cosa (deudor), y la naturaleza de la cosa (cuerpo cierto o dinero) determinan la inexistencia de una lesión de la propiedad.

Un problema distinto es que esta interpretación de la disposición sea admisible o no bajo el principio de legalidad. Esto, porque esta interpretación de la disposición excluye del ámbito de aplicación de la norma supuestos que sí son compatibles con el sentido literal posible de la disposición, supuestos que en virtud de tal interpretación quedan sujetos a un marco penal mucho más intenso, propio de un crimen, como lo es el robo. Esta posible objeción a la tesis interpretativa tiene que ser matizada, desde ya, por la circunstancia de que ella no sólo determina tal agravación comparativa de la penalidad para algunos casos, sino que también determina la falta de punibilidad de otros. Se trata de los casos en que el apoderamiento se realiza sin coacción, los cuales resultan excluidos del ámbito típico del hurto.

Pero en todo caso, lo decisivo es que el sentido literal de las disposiciones del Código Penal relativas al delito de robo sí resulta respetado por la interpretación en cuestión, sin que se quebrante, por ende, la prohibición de analogía.

La tesis aquí defendida consiste en que un apoderamiento violento de la cosa específicamente debida, o de dinero tratándose de obligaciones de dinero, ejecutado por el acreedor, siendo la obligación actualmente exigible, no satisface el tipo del robo, pues éste supone una lesión de la propiedad en tanto contenido fáctico de poder correlativo a la posición jurídico-formal de propietario. La concurrencia de las circunstancias cuya verificación exige el tipo de la realización arbitraria del propio derecho da lugar a la impertinencia de la pregunta por la satisfacción al tipo del robo, dado que bajo tales circunstancias la afectación de la propiedad, entendida ésta como contenido fáctico de poder, resulta descartada. No resulta satisfactoria, por lo mismo, la tesis de que es recién en el nivel del tipo subjetivo –esto es, en la comparación entre el ánimo de lucro y el ánimo de hacerse pago– donde se expresa el menor desvalor de injusto. Pues si bien la constatación de la diferencia en términos de tipicidad subjetiva es en sí misma correcta<sup>104</sup>, lo decisivo es que ya

<sup>104</sup> Esta constatación no se opone a la tesis de que el ánimo de hacerse pago es una modalidad del ánimo de lucro, ni tampoco supone adherir a la distinción

en la dimensión objetiva del injusto ambos delitos se diferencian, excluyéndose recíprocamente.

Si se afirma la imposibilidad de que un mismo comportamiento satisfaga a la vez el tipo del robo y el de la realización arbitraria del propio derecho, debe excluirse incluso la posibilidad de un concurso aparente, en unidad de acción, entre la realización típica de ambos delitos. La satisfacción del tipo de la realización arbitraria del propio derecho supone necesariamente, como ya se ha expuesto, la atipicidad de la conducta a título de robo –y de hurto–, por la inexistencia de un atentado contra la propiedad en tanto objeto de protección jurídico-penal. Se trata, por ende, de una relación de alternatividad entre el tipo del robo y el de la realización arbitraria del propio derecho<sup>105</sup>.

Por esto, ha de rechazarse la tesis de Soto Piñeiro, según quien habría que asumir la posibilidad no sólo de un concurso aparente, sino ya de un concurso ideal entre ambas realizaciones típicas. El argumento en contra de esta tesis descansa en una consideración analítica. Como ya se señaló, para Soto la realización arbitraria del propio derecho constituye un delito pluriofensivo, que atentaría tanto contra la propiedad como contra la administración de justicia. Para la expresión adecuada de este doble desvalor de injusto, prosigue Soto, la única alternativa interpretativa posible sería la afirmación de un concurso ideal entre ambos delitos. La premisa de la cual parte este argumento consiste en que la satisfacción del tipo de la realización arbitraria del propio derecho sería compatible con la satisfacción del tipo del robo. Pero aun concediendo esta premisa, por mor del argumento, la tesis de Soto resulta igualmente implausible. Pues según Soto, dándose un comportamiento subsuntible bajo ambos tipos delictivos, entre ambas realizaciones típicas habría que afirmar siempre, necesariamente, un concurso ideal, dado que ésta sería la única forma de expresar adecuadamente la

---

entre lucro justo e injusto, pues ciertamente la determinación de la licitud del lucro debe incorporar una consideración procedimental, esto es, relativa a la conexión entre el fin perseguido (hacerse pago) y el medio empleado (coacción). Lo único que esta constatación implica es la posibilidad de que en la especie de ánimo de lucro que es el ánimo de hacerse pago se observe un *minus* de injusto en relación con la afectación de la propiedad.

<sup>105</sup> Véase MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, *Derecho Penal Parte General*, vol. 2, § 55, núm. 11-12. Por alternatividad se entiende, en este contexto, aquella relación entre dos tipos de delito recíprocamente excluyentes.

magnitud del injusto de los supuestos de realización arbitraria del propio derecho.

Sin embargo, la categoría del concurso ideal supone, por definición, la posibilidad de que, en algún caso, entre los tipos delictivos cuya relación se examina no tenga lugar, precisamente, un concurso. En otros términos, si la realización de un tipo –la realización arbitraria del propio derecho– importa siempre, esto es, como algo *necesario* y no como algo *contingente*, la satisfacción de otro tipo –el robo–, entonces resulta excluida la posibilidad de un concurso ideal, pues son éstos casos que de modo paradigmático dan lugar a la fundamentación de un concurso aparente en vez de un concurso ideal, específicamente en función del criterio de la especialidad. Pues entonces, la relación lógica que cabe reconocer entre ambos tipos delictivos es una de subordinación<sup>106</sup>.

Por ende, de existir la posibilidad de un concurso entre la realización arbitraria del propio derecho y el robo, lo cual no es el caso, la solución debería encontrarse en un concurso aparente resuelto por especialidad en favor de la realización arbitraria del propio derecho, desplazando al robo. Lo que se persigue es destacar que a la tesis del concurso ideal, defendida por Soto, debe imputarse no sólo el problema interpretativo que subyace a la tesis del concurso aparente, que desconoce que el injusto de la realización arbitraria del propio derecho y el injusto del robo se excluyen recíprocamente, sino también el problema de legitimación a que se enfrenta en virtud de las exigencias del principio de *ne bis in idem*, que en tanto principio material subyace a toda la dogmática del concurso aparente.

---

<sup>106</sup> Esto descansa en la reformulación (propuesta por Klug, “Sobre el concepto de concurso de leyes”, en del mismo, *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, pp. 55 ss.) de los criterios de solución del concurso aparente en términos de las posibles relaciones lógicas entre los tipos de delito (subordinación, interferencia y heterogeneidad). Véase también Matus, “La teoría del concurso (aparente) de leyes en la dogmática alemana, desde sus orígenes hasta el presente (segunda parte)”, pp. 370-374.

## § 8. LA AUTOTUTELA DEL CRÉDITO MEDIANTE AMENAZA

### A) AMENAZAS CONDICIONALES COMO COACCIÓN MEDIANTE AMENAZA

Los casos en que el acreedor se apodera de la cosa específicamente debida mediante amenaza quedan excluidos del ámbito típico de la realización arbitraria del propio derecho. Estos casos también quedan excluidos del ámbito típico del hurto y del robo, por no satisfacer su injusto objetivo, que supone una afectación jurídico-penalmente relevante de la propiedad del deudor –independientemente de si la amenaza en cuestión es o no constitutiva de “intimidación”, como lo exige el tipo del robo. La pregunta, entonces, se refiere a la calificación típica de estos supuestos. La respuesta debe encontrarse en la siguiente consideración: dado que aquí no se constata una lesión jurídico-penalmente relevante de la propiedad como bien jurídico, el eventual desvalor de injusto del comportamiento del acreedor sólo puede corresponderse con el injusto de la coacción mediante amenaza, por lo cual su punibilidad tiene que juzgarse en atención a las reglas de los artículos 296 y 297 del Código Penal, que tipifican las distintas variantes de los delitos de amenazas.

Esta referencia a *los* delitos de amenazas no es fortuita. El Código Penal chileno regula conjuntamente dos estructuras de injusto que, bajo la reconstrucción racional del sistema de los delitos contra la libertad personal, han de ser nítidamente diferenciados. Los números 1 y 2 del artículo 296, así como el artículo 297, tipifican las distintas hipótesis del delito de amenazas condicionales: amenaza condicional de mal constitutivo de delito, con condición cumplida; amenaza condicional de mal constitutivo de delito, con condición no cumplida; y amenaza condicional de mal no constitutivo de delito, respectivamente. Siguiendo a Bascuñán, el delito de amenazas condicionales admite ser reformulado como un delito de coacción mediante ame-

naza<sup>77</sup>. Bajo esta concepción, el núcleo de la conducta típica ha de entenderse constituido por la imposición de una condición, respecto de la cual la amenaza no representa sino el medio comisivo.

El Código Penal chileno disocia, por ende, la tipificación de las dos modalidades de injusto de la figura de la coacción: la coacción mediante amenaza se regula como delito de amenaza condicional en los N<sup>os</sup> 1 y 2 del artículo 296 y en el artículo 297 del Código Penal, conjuntamente con el delito de amenaza simple, mientras que la coacción mediante violencia se tipifica como una mera falta, en el Libro III. Las amenazas simples, reguladas en el N<sup>o</sup> 3 del artículo 296, en cambio, no pueden ser reconducidas a la figura de la coacción. Las amenazas simples no comparten el núcleo de injusto de las amenazas condicionales, sino que suponen un fundamento de injusto alternativo, que no parece susceptible de hallarse en la afectación de la libertad de acción como objeto de protección<sup>78</sup>.

La punibilidad de supuestos de autotutela del crédito mediante amenaza debe evaluarse en función de su tipicidad o atipicidad en el sentido del delito de amenazas condicionales. La condición impuesta bajo amenaza por el acreedor puede consistir o bien en la entrega o bien en la omisión de impedir la sustracción de la cosa específicamente debida o de dinero, tratándose de obligaciones de dinero.

Se impone desde ya la constatación de la asimetría de la penalidad de la autotutela mediante violencia y de la autotutela mediante amenaza bajo la regulación chilena. Mientras que la autotutela del crédito mediante violencia constituye una mera falta, la autotutela del crédito mediante amenaza constituye un simple delito. Esto implica diferencias importantes tanto desde el punto de vista de su penalidad como desde el punto de vista de su punibilidad. Así, a la autotutela mediante violencia corresponde una pena de multa, mientras que a la autotutela mediante amenaza, una pena privativa de libertad; no es punible la tentativa (o el delito frustrado) de la primera, sí lo es la de la segunda, etc. Pero como afirma Bascuñán,

<sup>77</sup> El desarrollo de esta tesis en el contexto del derecho penal español se encuentra en Bascuñán, “La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea”, pp. 280 y ss. La tesis resulta plenamente aplicable a la regulación del Código Penal chileno.

<sup>78</sup> *Ibid*, pp. 285 ss. Günther Jakobs ha planteado la concepción de la norma que prohíbe la amenaza simple, que supone amenazar con la irrogación de un mal constitutivo de delito, como una norma de flanqueo, es decir, como una norma que posibilita una protección lateral de la vigencia de la norma principal, que sería la norma que prohíbe la realización de la conducta amenazada. Véase JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, p. 315.

este absurdo político-criminal “se encuentra en la base misma de la protección penal de la libertad personal tal como se encuentra dispensada en el Código Penal chileno”<sup>79</sup>, que se expresa en la asimetría de la regulación en cuanto al tratamiento de la coacción mediante amenaza (artículos 296 y 297) y de la coacción mediante violencia (artículo 494 N° 16)<sup>80</sup>.

## B) EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN COMPLEMENTARIA DEL INJUSTO

Dado que el fin perseguido por el acreedor, en los supuestos que aquí interesan, consiste en el pago que debe satisfacer el deudor, resulta decisivo determinar si la licitud del fin puede excluir la ilicitud de la coacción sin considerar la conexión entre ese fin y el medio empleado. En este sentido, la afirmación de la tipicidad de estos supuestos de amenaza coercitiva es controvertible. Pues la autotutela coercitiva constituye uno de los puntos de referencia paradigmáticos del problema de la relatividad de la protección penal de la libertad. Dado que la restricción de la libertad de acción constituye un presupuesto indispensable de la vida social, el problema de la determinación del injusto de la coacción parece difícilmente soluble en términos del esquema prohibición general/permisión excepcional, que subyace a la comprensión estándar de la relación entre las categorías dogmáticas de la tipicidad y la antijuridicidad. De esto resulta la necesidad de un juicio de determinación complementaria de lo injusto de la coacción, que no se limite a la constatación de la no-concurrencia de causas de justificación.

La afirmación de la punibilidad de los supuestos de autotutela mediante amenaza exige la refutación de la tesis de Günther Jakobs<sup>81</sup>, quien, a partir de la postulación de una libertad jurídicamente garantizada como bien jurídico protegido por la prohibición de la coacción, pretende deducir de ello la atipicidad de los casos en que el coaccionador constriñe al coaccionado a ejecutar una acción que le está ordenada o a omitir una acción que le está prohibida. Si la

<sup>79</sup> Bascuñán, “El robo como coacción”, p. 97.

<sup>80</sup> La pena asignada al delito de amenazas condicionales (coacción mediante amenaza) oscila desde la reclusión menor en su grado mínimo hasta el presidio menor en su grado máximo. La pena asignada a la falta de coacción violenta (coacción mediante violencia) es una multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales.

<sup>81</sup> JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, pp. 461 ss.

libertad protegida es entendida de modo puramente “natural”, sostiene Jakobs, entonces también la libertad del coaccionador para coaccionar tendría que resultar protegida, lo cual conduciría al absurdo de la configuración de un *bien jurídico* que sería, a la vez, *antijurídico*. Luego, según Jakobs, es imprescindible configurar la libertad como bien jurídico bajo una referencia a la libertad de los demás, de lo cual se sigue que “[e]l delito de coacciones como delito contra la libertad consiste en la cercenación de alternativas de comportamiento jurídicamente garantizadas”<sup>82</sup>. Una coacción por la cual se restringe una alternativa de comportamiento jurídicamente no garantizada no constituiría, por ende, una coacción punible. Jakobs llega a concretar esta tesis en el punto que aquí interesa, a propósito de la coacción mediante violencia:

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<sup>83</sup>.

En contra de esta tesis debe considerarse nuevamente la referencia, sugerida por Günther Arzt, a la dimensión procedimental que debe encontrarse implicada en un concepto normativo de libertad<sup>84</sup>. En este sentido, la sujeción de una persona a una obligación no importa la admisibilidad de cualquier forma de hacer efectivo su cumplimiento. La libertad de acción, entendida en sentido genuinamente normativo, implica que las consecuencias del propio comportamiento se encuentran reguladas por el derecho, lo cual rige en tanto en caso de que el comportamiento esté permitido como en caso de que esté prohibido. La referencia a esta dimensión procedimental de la libertad como objeto de protección no puede sino replantear el problema de la conexión interna de sentido que ha de existir entre el medio empleado y el fin perseguido.

La cuestión de la determinación complementaria del injusto de la coacción resultaba sumamente problemática en el contexto de la regulación originaria de las amenazas condicionales en el Código Penal chileno. Ello, porque el texto del N° 1 del artículo 296, en

<sup>82</sup> *Ibid*, p. 468.

<sup>83</sup> *Ibid*, p. 446.

<sup>84</sup> Arzt, “Zum Zweck und Mittel der Nötigung”, pp. 823 ss.; el mismo, “Zwischen Nötigung und Wucher”, pp. 641 ss. Véase también LARRAURI, *Libertad y Amenazas*, pp. 147-148.

relación con la imposición de la condición, empleaba la expresión “exigiendo una cantidad o imponiendo cualquiera otra condición ilícita”. Bajo esta regulación debía precisarse lo que había que entender por “condición ilícita”. Una alternativa interpretativa disponible, que concebía la ilicitud como un predicado de la condición, consistía en entender la imposición de una condición ilícita como “la exigencia de cualquier hecho a que el amenazado no esté obligado jurídicamente”<sup>85</sup>, lo cual *a contrario* tendría que haberse traducido en la atipicidad de la imposición –mediante amenaza– de una condición que consista en un comportamiento al cual se encuentre obligado el coaccionado (por ejemplo, el pago de una obligación), aun cuando el mal amenazado fuese constitutivo de delito –en virtud de la remisión del artículo 297 al N° 1 del artículo 296.

Guzmán Dalbora defiende una tesis distinta, según la cual, en estos casos, cuando se impone una condición lícita bajo la amenaza de irrogación de un mal constitutivo de delito, la condición impuesta, por esta circunstancia, se vuelve ilícita. Según Guzmán,

[l]a apertura del tipo [de las amenazas condicionales], en cambio, se nos manifiesta cuando dicha condición, sin la amenaza de delito, sería *lícita*, recobrando la desvalorada materia del anuncio y el consiguiente compromiso de la seguridad de la víctima, sobre la exigencia que ésta se reclamó, la que, entonces, transórmase en ilícita<sup>86</sup>.

Esta conversión de la condición en ilícita, empero, no operaría en las amenazas de mal no constitutivo de delito, ya que en éstas “el eje del problema es la ilicitud de la condición, más que el mal notificado”<sup>87</sup>.

Aunque Guzmán Dalbora identifica el problema, su construcción no resulta satisfactoria. Pues en definitiva, esta tesis aplica una teoría de la determinación copulativa de lo injusto de la coacción, esto es, la exigencia de ilicitud tanto del medio como del fin, respecto de las amenazas de mal no constitutivo de delito, mientras que frente a las amenazas de mal constitutivo de delito, esta sola circunstancia parecería suficiente para afirmar el injusto, aun cuando la condición sea lícita, lo que significa aplicar una teoría de la determinación alternativa, esto es, una exigencia alternativa de ilicitud del medio o del fin.

<sup>85</sup> ETCHEBERRY, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo IV, p. 320.

<sup>86</sup> GUZMÁN DALBORA, *El delito de amenazas*, pp. 403-404.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 404.

Lo insatisfactorio de esta construcción queda de manifiesto si se advierte la confusión entre medio (mal) y fin (condición) que a ella subyace. Cuando se trata de la imposición de una condición lícita por medio de la amenaza de mal constitutivo de delito, aquélla se transformaría en ilícita. Y cuando se trata de la imposición de una condición lícita bajo la amenaza de mal no constitutivo de delito,

su atipicidad la determina antes que la falta de conexión interna entre el medio empleado y la finalidad perseguida, la circunstancia de que el tipo pide el anuncio de un *mal*, y, al faltar la antijuridicidad en la condición, queda precluida toda discusión acerca de la existencia de un atentado (‘mal’) contra la seguridad del paciente<sup>88</sup>.

Guzmán Dalbora añade que su interpretación restrictiva se justificaría, en estos últimos supuestos, porque “estas manifestaciones comportan, *velis novis*, una amenaza *incondicional* con mal no delictivo, y éstas, a diferencia de otros ordenamientos, son atípicas a la luz del Código español y del chileno”<sup>89</sup>. Esta última equiparación entre el injusto de estos supuestos de amenazas condicionales y el de las amenazas simples (“incondicionales”) da cuenta del problema que está en la base de la propuesta interpretativa defendida por Guzmán, que consiste en no constatar la necesidad de una reconstrucción racional del delito de amenazas condicionales como una forma de coacción mediante amenaza<sup>90</sup>.

La tercera interpretación posible de la expresión “condición ilícita” bajo la antigua regulación consistía, precisamente, en recoger la así llamada teoría de la relación, que hace depender el injusto de la coacción de la ausencia de una conexión interna de sentido entre el medio coercitivo utilizado y fin concretamente perseguido por el coaccionador. Así, en los términos propuestos por Bascañán, los cuales fueron explícitamente recogidos en la discusión legislativa que dio lugar a la modificación del texto de los artículos 296 y 297<sup>91</sup>,

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 388.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 390.

<sup>90</sup> Igualmente importante para la propuesta de Guzmán Dalbora resulta su consideración de la seguridad individual como bien jurídico preponderantemente protegido en el delito de amenazas. *Ibid.*, pp. 141 ss.

<sup>91</sup> En la tramitación del proyecto de ley presentado por moción de los diputados Aníbal Pérez y Luis Valentín Ferrada, tramitación que concluiría con la promulgación de la Ley N° 19.659, que “establece sanciones a procedimientos de cobranzas ilegales”, publicada en el Diario Oficial el 22 de diciembre de 1999, se introdujo en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación,

por condición ilícita había que entender la condición que no puede lícitamente exigirse con cargo a soportar en caso contrario el mal cuya irrogación se amenaza. Este planteamiento es exactamente el que subyace a la reforma legal en cuestión, que sustituyó la exigencia de la imposición de una condición ilícita por el requisito de que el autor actúe “exigiendo una cantidad o imponiendo *ilegítimamente* cualquier otra condición”. La ilicitud no constituye, entonces, un predicado de la condición impuesta, sino un predicado del modo de su imposición. Es esto precisamente lo que se expresa, gramati-

Justicia y Reglamento, en el contexto del segundo trámite constitucional, una propuesta de modificación de los artículos 296 y 297 del Código Penal. Según consta en el Diario de Sesiones del Senado, una de las opiniones consultadas en dicho informe corresponde al profesor Antonio Bascuñán Rodríguez, quien habría hecho presente que “una regulación especial, como la aprobada en el primer trámite constitucional, produciría el efecto de atenuar la sanción hoy aplicable a quien incurra en un comportamiento merecedor de ella, pues en los auténticos casos de coacción mediante amenaza se aplicaría una multa, en vez de la pena privativa de libertad que establece el artículo 297 del Código Penal para el delito de amenazas. Si se aplicara la regulación penal a los casos auténticamente merecedores de pena, de seguro disminuirían las prácticas abusivas en las empresas de cobranza masivas”. Según la opinión atribuida al profesor Bascuñán, “si se quiere sancionar penalmente estos abusos, debe hacerse a través de las normas consagradas en los artículos 296 y 297 del Código Penal, disposiciones que podrían adecuarse, con el objeto de remover los principales obstáculos que en la actualidad presenta su expedita aplicación judicial”. La comisión concretó esta opinión proponiendo, en lo que aquí interesa, la modificación del N° 1 del artículo 296 en los siguientes términos: “El primer cambio consiste en sustituir el numerando 1º, a fin de que la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo se aplique en caso de que la amenaza hubiere sido efectuada exigiendo una cantidad o imponiendo *ilegítimamente* cualquier otra condición y el culpable hubiere conseguido su propósito”. A continuación se señala: “De esta forma, se elimina el requisito de la ilicitud de la condición impuesta bajo amenaza, que actualmente exige este número, por la voz “*ilegítima*”, ya que el concepto de “condición ilícita” admite diversas interpretaciones, algunas de las cuales son abiertamente incongruentes con el fin de la norma. El término “*ilegítimamente*”, en cambio, recoge la interpretación que resulta más acorde con el sentido de la disposición, esto es, que la ilicitud de la condición se determina en relación con el mal cuya irrogación se amenaza. Así, ilícitas son las condiciones que no pueden imponerse bajo ciertas amenazas, vale decir, la *ilegitimidad* está relacionada con la acción de imponer la condición bajo amenaza, y no tan sólo con el eventual contenido de esa condición”. Esta modificación resultó aprobada finalmente, por lo cual de conformidad con el artículo 2º N° 1 de la Ley 19.659 el N° 1 del artículo 296 del Código Penal pasó a tener su redacción actual. (*Historia de la Ley. Compilación de Textos Oficiales del Debate parlamentario. Ley N° 19659*, Biblioteca del Congreso Nacional.)

calmente, en la sustitución legal del adjetivo “ilícita” por el adverbio “*ilegítimamente*”.

La regulación vigente reproduce, por tanto, la comprensión del problema que es propio de la así llamada teoría de la relación. Desde este punto de vista, la punibilidad de los casos de coacción mediante al pago puede afirmarse a título de amenazas condicionales. Pues la licitud del fin perseguido, considerada aisladamente, resulta irrelevante para la evaluación de la persecución de ese fin a través del medio coercitivo de la amenaza. La postulación de la conexión de sentido entre el medio y el fin coercitivos como criterio delimitador de la punibilidad de la coacción mediante amenaza, requiere de ulteriores concreciones para que resulte operativo. Pero conforme a esta teoría ha de excluirse desde el principio la tipicidad de los supuestos en que la irrogación del mal constituye una forma adecuada de conseguir el fin perseguido por el coaccionador. Esto presupone una distinción entre amenazas simétricas y amenazas asimétricas. Las primeras consisten en la formulación de una disyuntiva simple (“o actúas –u omites– o padeces”); las segundas, en cambio, en la formulación de una disyuntiva compleja (“o actúas –u omites–, o padeces e igual actúas –u omites–”)<sup>92</sup>. Así por ejemplo, si el acreedor amenaza a su deudor con demandarlo si éste no paga, esta amenaza condicional debe considerarse atípica, pues en ella se satisface la exigencia de conexión de sentido entre medio y fin. Quien puede verse *legítimamente* forzado a pagar como resultado de la interposición de una demanda judicial, ha de soportar que quien puede exigir el pago lo amenace con proceder de ese modo.

Ciertamente, los casos más problemáticos a primera vista son aquellos en que el mal con cuya irrogación se amenaza no es constitutivo de delito, sobre todo cuando ese mal pueda ser *legítimamente* irrogado por el acreedor, lo cual en definitiva remite al tratamiento de los casos de chantaje. En este ámbito, la teoría de la relación no se halla exenta de objeciones. Una muestra de ello se encuentra en el trabajo de Jareño Leal, contextualizado en el derecho penal español, donde se construye una crítica a la teoría de la relación a partir de la consideración de que “todos los casos de binomio mal lícito / condición lícita son atípicos, y no solamente los que coinciden con una conducta debida”<sup>93</sup>. Esta consideración se fundaría en que, por imperativo del principio de intervención mínima,

<sup>92</sup> Véase Bascuñán, “La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea”, p. 298, nota 239.

<sup>93</sup> JAREÑO LEAL, *Las Amenazas y el Chantaje en el Código Penal de 1995*, p. 60.

sólo serán punibles las amenazas en las que, además de producirse un peligro para el bien jurídico (desvalor de resultado), éste tenga lugar a través de una conducta desaprobada por el Derecho, es decir, intolerable (desvalor de acción)<sup>94</sup>.

Y según Jareño Leal,

en las amenazas con mal lícito y condición lícita en general, ya lo sea ésta porque es debida o no, la conducta del sujeto activo no es portadora de desvalor de acción alguno, puesto que no se sirve de ningún medio contrario al ordenamiento jurídico, ni constituye, en sí misma, algo prohibido en ningún orden<sup>95</sup>.

Jareño Leal atribuye a la teoría de la relación una supuesta equiparación del desvalor de acción con el desvalor de intención, en términos tales que de este último se haría depender la tipicidad de estos tales supuestos de amenazas condicionales. Pero la premisa no es acertada. Pues no es cierto que la teoría de la relación vincule la falta de una relación (“conexión interna de sentido”) entre el mal amenazado y la condición impuesta, de una parte, con el desvalor de acción de la conducta en tanto desvalor de intención, de otra, en el sentido de que tal falta de relación (conexión interna de sentido) ponga de manifiesto “una mala voluntad del sujeto, ya que éste no busca sólo restaurar el orden jurídico perturbado, sino obtener un beneficio personal”, siendo este ánimo el que “convierte su conducta en antijurídica”<sup>96</sup>. La teoría de la relación no pretende –al menos, no

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 63. Es importante destacar que bajo el CPE de 1995 resultan atípicos todos los casos de amenaza de mal no constitutivo de delito cuando la condición impuesta es “debida” (por el coaccionado). Esto se deriva de una interpretación *a contrario* del apartado primero del artículo 171 del Código, que dispone: “Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior”. Según Jareño Leal, con esta “desafortunada redacción”, se ha descriminalizado, además de los casos en que el mal conminado es lícito (cuya punibilidad bajo el Código de 1944 era sumamente controvertible, de acuerdo a la opinión de la misma autora), aquellos casos en que, siendo la condición “debida”, el mal conminado es ilícito pero no constitutivo de delito (=“constitutivo de una falta penal o de un ilícito de otra índole”), en los cuales, no obstante sí concurriría el núcleo de injusto del delito de amenazas condicionales (*ibid.*, pp. 70-71).

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 82.

más que ninguna otra construcción acerca del injusto penal– radicar la solución del problema dogmático a que se enfrenta en una “mala voluntad del sujeto”. Lo único que la teoría de la relación pretende poner de relieve es que, en el ámbito del injusto de la coacción, la consideración de la licitud del mal “en sí mismo” o de la licitud de la condición “en sí misma” no deja de ser una expresión de substancialismo que en nada contribuye a elucidar la cuestión de si el coaccionado debe o no soportar un constreñimiento a realizar u omitir un determinado comportamiento bajo la amenaza de padecer la irrogación de un determinado mal.

Lo distintivo de los casos de chantaje es que en ellos el coaccionador se vale de la amenaza con irrogar un mal cuya irrogación le está efectivamente permitida –por ejemplo, denunciar una evasión tributaria del coaccionado– para así obtener de parte de éste un comportamiento que el primero puede lícitamente exigir, por ejemplo, el pago de una deuda ya vencida. Desde el punto de vista de la teoría de la relación, lo crucial es que esta consideración aislada de la licitud tanto de la irrogación del mal objeto de la amenaza como de la condición impuesta no puede responder a la pregunta acerca de la permisibilidad de la imposición de esta condición a través de la utilización de esa amenaza. Esto es lo que en la literatura angloamericana se conoce como la paradoja del chantaje.<sup>97</sup> Y la disolución de esta paradoja se encuentra en que lo que fundamenta la ilicitud del chantaje es siempre el recurso estratégico del coaccionador, mediado por la amenaza, a la posición de un tercero, que se encuentra relacionado normativamente con el coaccionado –por ejemplo, el Estado como titular de la pretensión tributaria evadida por el coaccionado–, en circunstancias que esta relación es ajena a la posición del propio coaccionado<sup>98</sup>.

### C) ¿POSIBILIDAD DE ALTERNATIVA LEGÍTIMA COMO CRITERIO DE EXCLUSIÓN DEL INJUSTO?

Esta articulación de la teoría de la relación parece en principio coincidente con la teoría de la “posibilidad de vía alternativa legítima”,

<sup>97</sup> Véase Lindgren, “Unraveling the Paradox of Blackmail”, pp. 670 ss.; Lamond, “Coercion, Threats, and the Puzzle of Blackmail”, pp. 230-231.; Altman, “A Patchwork Theory of Blackmail”, pp. 1639 ss.; Brown, “Blackmail as Private Justice”, pp. 1935 ss. También WERTHEIMER, *Coercion*, pp. 90 ss.

<sup>98</sup> Lindgren, “Unraveling the Paradox of Blackmail”, pp. 701 ss.; Wertheimer, *Coercion*, pp. 99 ss.

defendida por Serrano González de Murillo en el contexto de la doctrina española. Serrano postula que para la determinación complementaria de lo injusto de estos supuestos de amenazas condicionales (coacción mediante amenaza), “hay que centrar el análisis, no en el *medio* coactivo, sino en la *legitimidad* de perseguir el fin concreto mediante ese medio”<sup>99</sup>, de lo cual se seguiría que el criterio para tal determinación no puede consistir en la falta de relación (esto es, de conexión interna de sentido), sino en la consideración de “si el autor podía conseguir la misma meta por un cauce legítimo (atipicidad) o no (tipicidad)”<sup>100</sup>.

Serrano, si bien constata que la doctrina mayoritaria tiende a considerar atípicos los casos de autotutela mediante amenaza, niega que la teoría de la relación ofrezca el fundamento correcto para ello. Serrano prefiere explicar la atipicidad de tales supuestos sobre la base de que

[e]n estos casos, la prestación que se exige es una que se puede obtener por una vía alternativa legítima, a saber, por la vía judicial, y la conminación del mal no es más que el anuncio de que se va a hacer uso de dicha posibilidad, que se encuentra a disposición del acreedor<sup>101</sup>.

La tesis de Serrano se resume entonces en la siguiente fórmula:

debe propugnarse la atipicidad cuando si bien no media relación entre el mal amenazado y la conducta que el autor espera obtener de la víctima, sí existe la posibilidad de una vía alternativa legítima para influir en la fase de determinación de la voluntad en el sentido de lo pretendido por el sujeto activo<sup>102</sup>.

Ahora bien, los casos en que la teoría propuesta por Serrano conduce a resultados distintos de aquellos que alcanza la teoría de la relación se corresponden, de acuerdo al propio Serrano, con

supuestos como el del acreedor que amenaza con denunciar a su deudor por un hecho delictivo o ilícito (p. ej., incumplimiento de sus obligaciones fiscales) que ha averiguado casualmente, si no satisface la deuda pendiente, porque existe para el autor de la conminación la posibilidad de vía alternativa legítima, y por

<sup>99</sup> Serrano González de Murillo, “El injusto de las amenazas condicionales con mal no delictivo (criterios de delimitación)”, p. 437.

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 442.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 438.

tanto no realiza una presión intolerable desde el punto de vista jurídico-penal sobre el sujeto pasivo<sup>103</sup>.

Así, la teoría de la posibilidad de la vía alternativa legítima afirma la exclusión de la tipicidad a título de amenazas condicionales, si el coaccionador dispone de una vía alternativa lícita para conseguir el propósito que persigue coercitivamente, independientemente de cuál sea la vía efectivamente utilizada. En otros términos, lo que decidiría la tipicidad o atipicidad del comportamiento del coaccionador no es la consideración de este comportamiento, sino la consideración, por vía de hipótesis, de un posible comportamiento alternativo conforme a derecho. La tesis de Serrano conduce a la consideración de una amenaza condicional respecto de la cual el coaccionador dispone de una vía alternativa legítima como una amenaza condicional atípica. Lo que la tesis de Serrano supone, entonces, es que una coacción mediante amenaza que no satisface el *test* de la conexión de sentido entre medio y fin podría ser, sin embargo, una coacción que el coaccionado deba soportar por el hecho de que el coaccionador disponga de una vía alternativa legítima para la obtención del mismo propósito. Esta tesis desconoce, por ende, la exigencia que una concepción normativo-procedimental de la libertad impone en la reconstrucción del injusto de la coacción. Y el reconocimiento de la dimensión procedimental de la libertad de acción jurídico-penalmente protegida impone la consideración de la conexión de sentido entre el medio y el fin correctivos como criterio de determinación de la punibilidad a título del delito de amenazas condicionales.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 442.