

dificultades origina es la comprensión de la regulación que desde 1848 recibe la coacción (1) en el Código penal. El punto crucial de este problema está en la interpretación que se le dé a las amenazas condicionales, las que pueden ser consideradas como hipótesis calificadas de amenazas o bien como hipótesis de coacción mediante amenaza. Interpretarlas del primer modo implica postular que todo el contenido de injusto de las amenazas simples, que serían el tipo base, constituye también el núcleo de injusto de las amenazas condicionales, al cual se agregaría como contenido adicional el correspondiente a la imposición y/o cumplimiento de la condición. Por el contrario, interpretarlas como hipótesis de coacción significa entenderlas como un delito paralelo a las coacciones violentas, lo que implica otorgarles autonomía respecto del contenido de injusto de las amenazas simples.

La principal consecuencia práctica de la opción por una u otra alternativa se relaciona con la interpretación del concepto de violencia en el tipo de las coacciones. La concepción de las amenazas condicionales como variante calificada del delito de amenazas tiende a acentuar la diferencia entre las acciones típicas de amenazar y de compeler a ejecutar o impedir hacer mediante violencia, concibiendo a la amenaza como un anuncio de mal futuro y remitiendo a las coacciones violentas todos los casos de coacción mediante la comisión de un mal de inminente o próxima irrogación. De este modo, se le asigna al concepto de violencia en el delito coacciones en principio la misma denotación que en conjunto tiene la fórmula «violencia o intimidación» (o bien «fuerza o intimidación»), que es característica de los demás tipos de coacción de la Parte Especial (coacciones sexuales, robo, extorsión, etc.). El delito de coacciones pasa así a desempeñar el rol de *tipo de recogida único* respecto de estos tipos de coacción.

En cambio, para la concepción de las amenazas condicionales como hipótesis de coacción mediante amenaza, lo lógico es acentuar el paralelismo entre las acciones de amenazar imponiendo una condición y de compeler a ejecutar o impedir hacer mediante violencia. Como esto obliga a buscar un criterio de demarcación entre la vio-

(1) Por «coacción» se entiende en adelante la acción de constreñir a otro a hacer, omitir o tolerar algo. En estricto rigor sería más adecuado usar el término «coacción», ya que el uso del término «coerción» se encuentra asociado al caso específico de constreñir a omitir («coartar» como «impedir hacer»). Sin embargo, dado que la doctrina española reserva el término «coacción» (o «coacciones») para las relaciones existentes entre esta disposición y los arts. 493 num. 1 y 494 (amenazas condicionales), se ha preferido el uso de un término neutral a ambos, a fin de evitar confusiones terminológicas. Por estas razones se traduce también la expresión alemana *Nötigung* como «coerción» (el verbo *nötigen*, en cambio, como «constreñir»).

La regulación española de la coacción en el marco de la codificación penal europea

ANTONIO BASCAÑÁN RODRÍGUEZ

Universidad de Chile

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: A. Los sistemas de regulación de la coacción en el derecho penal comparado.—1. Marco de análisis.—2. El modelo francés. 2.1.—La codificación francesa.—2.2. La codificación belga.—2.3. Las reformas recientes. 3. El modelo alemán. 3.1. La codificación alemana.—3.2. La codificación austríaca.—3.3. La codificación italiana. B. La regulación española de la coacción. 1. Antecedentes históricos. 1.1. El Código penal de 1822.—1.2. El Proyecto de Código criminal de 1831.—1.3. El Código penal de 1848. 2. Consecuencias dogmáticas. 2.1. El bien jurídico protegido.—2.2. La diferenciación entre amenazas condicionales y amenazas simples.—2.3. El paralelismo entre amenazas condicionales y coacciones violentas.—2.4. La demarcación entre violencia y amenaza. C. Conclusiones y observaciones de *lege ferenda* (*).

INTRODUCCIÓN

De todos los problemas que plantea el análisis de los delitos contra la libertad en el Derecho penal español, sin duda el que mayores

(*) Este trabajo ha sido elaborado en el marco de una investigación doctoral acerca del concepto de amenaza coercitiva en el Derecho penal efectuada en München bajo la dirección del profesor Claus Roxin. Debo a la inestimable ayuda de la Profesora Mercedes Pérez Manzana, profesora titular de la Universidad Autónoma de Madrid, el haber podido disponer de la bibliografía española, así como un buen número de acertadas sugerencias; la bibliografía italiana la debo a la paciencia y gentileza de los Doctores Franco Viganò, de la Universidad Estatal de Milán, Ivan Bagli, de la Universidad de Urbino, y Antonio Cavalliere, de la Universidad de Salerno. Aprovecho esta oportunidad para expresar a todos ellos mi profundo agradecimiento.

lencia y la amenaza que sea funcionalmente relevante, y puesto que ya no tiene sentido atribuir toda conducta directamente coercitiva al delito de coacciones, pierde su valor la futureidad del mal conminado como elemento definitivo de la amenaza. En consecuencia, el ámbito del elemento típico «violencia» en el delito de coacciones en principio sigue siendo igual su ámbito en los demás tipos coercitivos, correspondiendo la «intimidación» de éstos al «amenazar» de las amenazas condicionales. Con ello pasan las amenazas condicionales a desempeñar junto con el delito de coacciones el papel de *tipo de recogida alternativo* para todos los demás tipos coercitivos de la Parte Especial.

La interpretación de las amenazas condicionales como variante calificada del delito de amenazas corresponde al punto de vista de la antigua doctrina española, siendo Quintano Ripollés su exponente más destacado (2). En el marco de una decidida defensa de lo que él consideraba como la «sustantividad» de las amenazas, Quintano atribuía la calidad de delito contra la libertad a todas las modalidades de amenazas y afirmaba que el núcleo de lo injusto común a todas ellas estaba representado por la acción de amenazar, siendo la imposición de la condición un elemento «aunque importante, periférico» (3). La finalidad de «sustantivar» este delito se traducía también en la exigencia de la temporalidad de la amenaza, es decir, que la realización del mal con que se amenaza debía encontrarse referida a un tiempo futuro. Aquí encontraba Quintano el criterio demarcatorio entre las amenazas condicionales y los demás delitos en los cuales figura como «elemento de dinámica la intimidación o *vis compulsiva*» (4).

El punto de partida de la interpretación de las amenazas condicionales como hipótesis de coerción mediante amenaza se encuentra en la introducción en España de la teoría de Karl Binding por obra de Jaso Roldán (5). Como es bien sabido, la tesis central de Binding en esta materia consistía en sostener la existencia de una diferencia esencial y absoluta entre la violencia y la amenaza como medios coercitivos, basada en la incompatibilidad de la lesión a sus respectivos objetos de ataque, la capacidad de formación y de actuación de la voluntad, en el caso de la violencia, y la libertad de la decisión

(2) QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho Penal*, II, 1958, pp. 302-303; el mismo, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, 1.ª ed. (1962), I, pp. 889-988. Cfr. también CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, 12.ª ed. (1956), II, pp. 737-738, 742, 752; PUIG PENA, *Derecho Penal*, 5.ª ed. (1966), IV, pp. 165, 174.

(3) QUINTANO, *Tratado...* cit., pp. 893-898 y 911-912.

(4) *Ibidem*, pp. 903 y 967-968.

(5) ANTÓN ONECA-RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*, II, por RODRÍGUEZ MUÑOZ, JASO ROLDÁN Y RODRÍGUEZ DEVESA, 1947, pp. 298 y ss.

conforme a motivos propios, tratándose de la amenaza (6). Esta radical diferenciación implicaba que la inclusión de ataques a la libre formación de la voluntad dentro del concepto de violencia del delito de coacciones carecía de fundamento dogmático. Sin embargo, Jaso Roldán no fue capaz de asumir esta consecuencia, ya que se mantuvo apegado a la tesis tradicional de la futureidad del mal amenazado como elemento esencial del concepto de amenaza. Es a Rodríguez Devesa (7) a quien corresponde el mérito de haber sido el primero en desarrollar las implicaciones de la tesis de Binding para el análisis del derecho penal español en tres puntos bien precisos: a) la distinción entre diversos objetos de ataque de la libertad de la voluntad, b) la consideración de la libre formación de la voluntad como objeto de ataque en las amenazas condicionales y c) la interpretación de la intimidación o *vis compulsiva* como una forma de amenaza y no de violencia. Estos son los tres postulados que caracterizan la postura dominante sobre esta materia en la moderna doctrina española (8).

Menos suerte tuvo en España la doctrina de Binding en lo que se refiere a las amenazas simples y a su diferenciación respecto de

(6) BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts-Besonderer Teil*, I, § 21, 2.ª ed. (1902, reimpresión de 1969), pp. 80-86.

(7) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español-Parte Especial*, 3.ª ed. (1969), pp. 252-253, 259-262, 265-266; en lo esencial, la argumentación sobre este punto se ha mantenido inalterada en las posteriores ediciones (cfr. la 15.ª ed., a cargo de SERRANO GÓMEZ, 1992, pp. 287-288, 295-300, 303-305).

(8) Comparten estos postulados: TORIO LÓPEZ, «La estructura del delito de coacciones», *ADPCP*, 1977, pp. 19 y ss. (esp. pp. 22 y 28); MIR PUIG, «El delito de coacciones en el Código penal», *ADPCP*, 1977, pp. 269 y ss. (283-285); GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Sobre el delito de coacciones», *EPC*, VI (1983), pp. 103 y ss. (134-135); MIRA BENAVENT, «El concepto de violencia en el delito de coacciones», *CPC*, 22 (1984), pp. 95 y ss. (151-157); QERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español-Parte Especial*, I, 1987, pp. 116 y ss.; LORENZO SALGADO, «El delito de amenazas: Consideraciones sobre el bien jurídico protegido», en *Estudios Penales en Memoria de Fernández Albor*, 1989, pp. 439 y ss. (445-452); MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal-Parte Especial*, 8.ª ed. (1990), pp. 138-139; COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU, *Derecho Penal-Parte Especial*, 3.ª ed. (1990), pp. 730-731 y 737-739; BAO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 2.ª ed. (1991), pp. 109-110, 120-121, 131-133.

En la doctrina española existe además una tercera postura, defendida por BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal-Parte Especial*, 2.ª ed. (1991), pp. 96-102, y ELENA LARRARURI, *Libertad y Amenazas*, 1987 (especialmente pp. 101-124, 173-185, 243 y ss.). Estos autores coinciden con la postura mayoritaria en lo que se refiere a la interpretación de las amenazas condicionales como supuestos de coerción paralelos a las coacciones violentas y al rechazo de la futureidad como elemento esencial de la amenaza, pero niegan la relevancia dogmática de la distinción de Binding entre la libertad de formación y de la actuación de la voluntad, como asimismo la posibilidad de establecer un criterio demarcatorio entre violencia y amenaza (este último punto es ante todo sostenido por Bustos).

la amenaza coercitiva. Como se recordará, Binding sostenía que un tipo como el de las amenazas del § 241 C.p. alemán («amenazar a otro con cometer un crimen», en la antigua redacción del precepto) sólo podía ser entendido como un delito de policía, ya que la pena no se encontraba condicionada a la producción de un efecto de lesión ni de peligro para la libertad o para la paz jurídica individual. De aquí deducía también su diferencia respecto de la amenaza coercitiva: profiriéndose la amenaza con el fin de constreñir el comportamiento ajeno, se está por definición dentro del ámbito del delito de coerción (9). Sólo Jaso Roldán siguió a Binding en la consideración de las amenazas simples como figura carente de objeto de protección definido (10). El resto de la doctrina española se ha inclinado por considerar que el bien jurídico protegido por las amenazas simples sería la libertad, la seguridad o ambas a la vez (11). Curiosamente, quienes más se han acercado a la distinción bindingiana entre amenaza simple y amenaza coercitiva (condicional) han sido precisamente aquellos que impugnaban la validez de la teoría general de Binding sobre los delitos contra la libertad (12). Sus seguidores, en cambio, siguen otorgando un tratamiento conjunto a ambas clases de amenazas, sin que el propósito coercitivo propio de las amenazas condicionales se traduzca en la adopción de decisiones sistemáticas relevantes (13). Esta paradoja alcanza su máxima expresión en Rodríguez Devesa, quien a partir del carácter de delito contra la libertad que revisten las amenazas condicionales deduce que también en las amenazas simples se protegería semejante bien jurídico (14); en otras palabras, de una premisa tomada de Binding, Rodríguez Devesa concluye la misma tesis defendida por Quintano Ripollés en contra de Binding.

De lo expuesto se desprende que la discusión en torno a la naturaleza jurídica de las amenazas condicionales españolas aún no se

(9) BINDING, *op. cit.*, § 24, pp. 102-103; en especial el siguiente pasaje: «La amenaza puede ser formulada bajo condición. Pero si ésta consiste en un comportamiento del amenazado, entonces se tiene una tentativa de coerción» (p. 105).

(10) ANTON OÑECA-RODRÍGUEZ MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 311-313.

(11) Por la libertad: QUERALT, *op. cit.*, p. 121; BAIÓ, *op. cit.*, p. 133; MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 138; por la seguridad: LORENZO, *op. cit.*, p. 466; por la libertad y seguridad: COBO-CARBONELL, *op. cit.*, pp. 737, 739.

(12) BUSTOS, *op. cit.*, pp. 74 y 96-99, y LARRAURI, *op. cit.*, pp. 226 y ss.

(13) Así, QUERALT, MUÑOZ CONDE y COBO-CARBONELL se limitan a sistematizar las amenazas conforme al esquema del texto legal, y BAIÓ, pese a clasificar las amenazas atendiendo a su carácter condicional o simple, insiste en considerar a unas y otras como supuestos de un mismo tipo de injusto, cuyo núcleo se encuentra en la genérica acción de amenazar. La única excepción es LORENZO SALGADO, quien distingue claramente entre las amenazas simples (delito contra la seguridad) y las amenazas condicionales (delito contra la libre formación de la voluntad).

(14) RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.* (1969), p. 270, y (1992), p. 300.

encuentra resuelta, o al menos aún no de un modo claro y coherente. En el marco de esta discusión, las páginas que siguen pretenden contribuir a la defensa de su interpretación como hipótesis de coerción mediante el examen de la evolución histórica de este delito en la codificación penal europea y española.

Es cierto que las consideraciones de derecho comparado vienen desempeñando desde hace tiempo un papel importante en el análisis de las coacciones y amenazas (15), y que las monografías más recientes dedicadas a estos delitos tratan con detalle sus orígenes históricos (16). Las consideraciones de derecho comparado se han referido, sin embargo, sólo a los diversos códigos penales europeos vigentes, sin indagar su evolución histórica, y el estudio de la historia de las coacciones y las amenazas españolas siempre ha sido efectuado separadamente, sin examinar las posibles conexiones entre ambas. Tal como se intentará demostrar, basta con remediar estas insuficiencias analizando en conjunto la regulación española de las amenazas y las coacciones y situándola en su contexto histórico, para poner en evidencia el auténtico carácter de hipótesis de coerción de las amenazas condicionales.

La exposición seguirá este orden. En la primera sección serán analizados los diversos modelos de regulación de la coerción del derecho penal europeo continental. Para tal efecto, después de algunas consideraciones generales, se pasará a exponer el modelo francés, tanto en su formulación originaria como en su posterior adaptación belga, para terminar efectuando una breve referencia a las reformas experimentadas por los Códigos francés y belga en las últimas décadas. En seguida se expondrá el modelo alemán, examinando su evolución en el marco de las codificaciones alemana, austriaca e italiana. La segunda sección tiene por objetivo el examen de la regulación española de la coerción. Con tal finalidad se examinará primero su origen histórico, es decir, el paso del Código penal de 1822 al Código penal de 1848, para luego desarrollar las consecuencias dogmáticas que se deducen del análisis histórico. Finalmente, y a modo de conclusión, se resumirá el contenido de lo expuesto en siete tesis, para terminar con algunas consideraciones de *lege ferenda*.

(15) Ante todo, TORTO, *op. cit.*, p. 22; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.* (1992), 288.

(16) MIRA, *op. cit.*, pp. 98 y ss.; LARRAURI, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

A. Los sistemas de regulación de la coerción en el derecho penal comparado

1. MARCO DE ANÁLISIS

El derecho penal europeo continental conoce dos modelos básicos de regulación de la coerción diametralmente opuestos, el francés y el alemán. Salvo la codificación española, el resto de las regulaciones europeas de la coerción puede de una u otra forma ser reconducido a uno de estos dos modelos. Así por ejemplo, la regulación belga sigue el modelo francés, y las regulaciones italiana y austriaca siguen el modelo alemán.

La caracterización de estos modelos como sistemas contrapuestos presupone ciertos criterios, conforme a los cuales cabe identificar los rasgos que los diferencian. Estos criterios son fundamentalmente tres.

En primer lugar está el reconocimiento o desconocimiento de la coerción como un delito contra la libertad, lo que a su vez presupone la cuestión de si la categoría de los delitos contra la libertad se encuentra o no reconocida, y en qué términos, dentro del sistema de la Parte Especial. El modelo alemán se caracteriza por considerar a la libertad como un bien jurídico personal específico, como la vida, la integridad personal o el honor de las personas, dedicándole un apartado sistemático exclusivo e incluyendo dentro de él un delito denominado coerción. El modelo francés, en cambio, no conoce un tipo de coerción propiamente tal, ni tampoco le otorga pleno reconocimiento a los delitos contra la libertad como categoría sistemática. En el modelo francés, el contenido de injusto de la coerción solo se encuentra recogido de modo parcial por las hipótesis de amenazas condicionales, y la tematización de la protección penal de la libertad ha sido tradicionalmente efectuada frente a los posibles ataques por parte de los funcionarios públicos, considerándose a éstos como atentados contra un bien jurídico de naturaleza supraindividual.

El segundo criterio corresponde a la mayor o menor relevancia que el constituirse del comportamiento ajeno tiene dentro de la estructura de injusto de la coerción. Esto se determina atendiendo al grado de precisión con que la vulneración de la libertad es explicitada por el texto legal en relación a la consumación del delito, es decir, si desde el punto de vista del resultado de lesión de la libertad personal el tipo en cuestión es un delito de resultado o de mera actividad, o, más precisamente, de resultado cortado. A pesar de que esta distinción no sea teóricamente muy consistente (17), en el ámbito de la

(17) Cfr. recientemente AKZT, *Erfolgdelikte und Tätigkeitsdelikte*, ZSR 107 (1990), pp. 168 y ss., haciendo ver cómo la distinción en cuestión depende mucho más del modo como sea ejecutada la acción delictiva en el caso concreto que de su abstracción formulación legal. A esto cabe agregar que una misma acción puede

coerción permite diferenciar entre una fórmula típica que pone el acento en el constreñimiento del comportamiento ajeno, exigiendo su verificación para la consumación del delito, y una fórmula típica que pone el acento en el ejercicio de la violencia o la amenaza, conformándose para la consumación del delito con la sola existencia de un propósito coercitivo en el autor. La primera corresponde al modelo alemán, la segunda, al francés.

El último criterio se refiere a la mayor o menor amplitud de la regulación de los medios comisivos de la coerción. Aquí las cuestiones relevantes son dos. En primer lugar, si ambos medios comisivos o uno solo de ellos se encuentran legalmente previstos, y, en segundo término, si tales medios se encuentran consagrados mediante una fórmula amplia o restringida. El modelo alemán se caracteriza por admitir la violencia y la amenaza como medios comisivos alternativos de un mismo tipo de delito, y sin exigir que el mal con que se amenaza tenga otras características que la de su idoneidad coercitiva. Por el contrario, el modelo francés sólo sanciona la imposición de condiciones bajo amenaza de cometer un delito. La amenaza condicional de mal no constitutivo de delito resta impune, lo mismo que la coerción mediante violencia, en la medida en que el ejercicio de la violencia no sea por sí mismo constitutivo de delito.

Las secciones que siguen se ocupan de exponer en detalle estos tres aspectos de los modelos francés y alemán. Pero antes conviene detenerse un momento y preguntarse por las posibles causas del surgimiento de una discrepancia tan radical entre las distintas codificaciones europeas en esta materia.

Tres son las posibles explicaciones para el surgimiento del delito de coerción en Alemania. Conforme a una primera hipótesis, la coerción habría sido el resultado del desarrollo paulatino de la doctrina del *crimen vis* del derecho común, basado en el derecho romano. Hasta donde se puede constatar, esta tesis carece de suficiente fundamento empírico. Aun dejando de lado la discutida cuestión de si el derecho romano conoció o no un concepto genérico de *crimen vis* (18), es evidente que la doctrina del derecho común alemán (19)

ser abstractamente descrita de cualquiera de las dos formas; por ejemplo, la acción de «constreñir a tolerar», que es usualmente considerada como una hipótesis propia de un delito resultado, puede ser formulada como un delito de mera actividad si se pone el acento en la acción o estado de cosas a cuya tolerancia se constriñe, como sucede en el delito de violación.

(18) Al parecer, el derecho roma clásico habría desconocido semejante concepto. La idea de un *crimen vis* genérico, tal como se aprecia en la Regla 152 Dig. 50, 17 *Hoc iure utimur, ut quidquid omnino per vim fiat, aut in vis publica aut in vis privata crimen incidat*) a lo más podría ser de origen Justiniano, como lo confirman diversos fragmentos posclásicos (C.Th. 9, 10, 1; 11, 36; C.I. 9, 12, 6). Al respecto, cfr. MAYER-MALY, voz «Vis», en *Realencyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, 2 Reihe-17, Halbband, 1861, pp. 310 y ss.; NIEDERMAYER,

no alcanzó a conocer el concepto moderno de la coerción, ni siquiera en su estadio más elaborado de evolución a fines del siglo XVIII. Pues lo característico de la coerción es la utilización de la violencia para constituir el comportamiento ajeno, y esta finalidad coercitiva no jugó un papel mayormente relevante en la determinación del concepto del *crimen vis* (20). De aquí que el fuera considerado por la doctrina del derecho común como un delito contra la seguridad pública, en tanto infracción al principio del monopolio de la fuerza por parte del Estado, o, según la influyente concepción de Feuerbach (21), como un delito meramente formal, carente de un concreto

«Crimen plagii und crimen violentiae», en *Studi in onore di Pietro Bonfante*, II, 1930, pp. 383 y ss.; el mismo, «Ausgewählte Introduktionen zu Ulpian und zur Rechtslehre von der vis», en *Studi in onore di Salvatore Ricobono*, I, 1936, pp. 195 y ss.; LONGO, G., voz «Vis», en *Novissimo Digesto Italiano*, XX, 1975, pp. 989 y ss.

(19) BÖHMER, *Elementa iurisprudentiae criminalis*, 1766, §§ XCIII-CV; MEISTER, *Principia iuris criminalis germaniae communis*, 1760, pp. 245-255; QUISTORP, *Grundätze des teutschen peinlichen Rechts*, 1776, I, §§ 188-191; PUTTMANN, *Elementa iuris criminalis*, 1779, §§ 180-194. La doctrina del derecho común perdura también en parte de la literatura ilustrada alemana de fines del siglo XVIII, como SODEN, *Geist der teutschen Criminal-Gesetze*, I, 1782, §§ 133-145; GMELIN, *Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen*, 1786, §§ 124-132; y KRAMER, *Versuch einer systematischen Darstellung des peinlichen Rechts*, 1798, §§ 83-89.

(20) Ciertamente es que en la doctrina del derecho común se encuentran algunos supuestos de coerción o de atentado genérico a la libertad, tratados como casos de *vis* (cfr. DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium*, 1554, Cap. 97, p. 361; CARPZOV, *Practica novae imperialis saxonicae rerum criminalium*, 1670, I, q.40, N.º 9, p. 241). Pero —haciendo excepción de NETTELBLADT (vid. infra, nota 22)— este tratamiento no condujo a una concepción general del *crimen vis* como delito de coerción, sino que se conformó con la inclusión de estos supuestos dentro de una mera casística, inspirada por lo demás en las fuentes romanas (Dig. 48, 6, 5, 6; 48, 7). Por otra parte, tampoco puede desconocerse que aun antes del surgimiento del moderno delito de coerción algunos tratadistas del derecho común de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX definían la violencia del *crimen vis* como «aplicación antijurídica de fuerza física para vencer un obstáculo», otorgándole con ello un sentido claramente coercitivo (cfr. KLEIN, *Grundätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts*, 1796, § 190; FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 2.ª ed. (1803), § 399). Esto se debe sin embargo a que la definición en cuestión procede de dos pasajes del Digesto claramente relacionados con la noción de la coerción, pero que no correspondían a la regulación del *crimen vis* sino a la regulación de la *actio quod metus causa* (Dig. 4, 2, 1 y 2: *vis enim fidei emitto propter necessitatem inpositam contrariam voluntati, Vis autem est maioris rei impetus, qui repellit non potest*).

(21) FEUERBACH, *op. cit.*, §§ 399-404. Aunque esta idea procede originalmente de KLEIN (*op. cit.*, §§ 187-204), fue a través de la obra de Feuerbach como ella se impuso entre un sector de los tratadistas del derecho común alemán de la primera mitad del siglo XIX (cfr. SALCHOW, *Darstellung der Lehre von Strafen und Verbrechen nach gemeinen Rechten*, II, 1805, §§ 369-370; el mismo, *Lehrbuch des ge-*

objeto jurídico de protección; en todo caso, nunca como un delito contra la libertad. De aquí también que el concepto de violencia del *crimen vis* nunca se extendiera a toda forma de amenaza, como sucedió en el ámbito de la coerción (22). En estricto rigor, el único rasgo que la coerción y el *crimen vis* tienen común es su naturaleza residual, su posición de tipo de recogida en el sistema de la Parte Especial. Pero dadas las diferencias existentes entre sus respectivos ámbitos típicos, también es completamente distinto el universo de delitos respecto de los cuales desempeña esta función de tipo de recogida. El *crimen vis* cumplía una función residual no sólo respecto de las coerciones especiales sino también para todos los delitos de violencia, como el homicidio, las lesiones, las injurias de hecho, la usurpación, los daños, tumultos y demás alteraciones del orden público, cuando en el caso concreto su comisión se hubiera traducido en actos de agresión física.

El paso del *crimen vis* a la coerción supuso pues un verdadero salto conceptual, que sólo pudo darse después de la transformación experimentada por el sistema de la Parte Especial bajo la influencia del pensamiento ilustrado. En materia del delito de coerción, la ilustración aportó dos condiciones necesarias para su surgimiento: la existencia de un alto grado de abstracción en la configuración del tipo, y la consideración de la libertad personal como un «derecho» digno de protección penal y por lo mismo como base de una categoría sistemática (23). Sin embargo, no es tan obvio que el advenimiento del pensamiento ilustrado condujera por sí solo al establecimiento de la coerción como un delito autónomo, como lo pretende una segunda hipótesis explicativa. Prueba de ello es que los primeros textos alemanes en reconocer la clase de los delitos contra la libertad —el

meinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 1817, §§ 523-524; MARTIN, *Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminal-Rechts*, 1825, §§ 188-191).

(22) En el derecho común alemán, el tratamiento conjunto de la violencia y la amenaza con un mal de inminente irrogación tuvo lugar en el ámbito del delito de robo, en especial a partir de la doctrina de Böhmner [cfr. al respecto, LANDMESSER, *Der Raub von der Carolina bis zum bayerischen Strafgesetzbuch von 1813*, 1906, pp. 34 y ss.; SCHAFFSTEIN, *Raub und Erpressung in der deutschen gemeinrechtlichen Doktrin, insbesondere bei Carpzov*, en: Michaelis-FS, 1972, pp. 281 y ss. (283-284)]. En el ámbito del *crimen vis*, por el contrario, el concepto de violencia no experimentó semejante desarrollo sino hasta después de haber hecho su aparición el delito de coerción, y en todo caso siempre dentro de los estrechos márgenes de la fórmula «violencia o amenaza con violencia» (sobre esto último, cfr. por todos, WÄCHTER, *Deutsches Strafrecht*, 1881, p. 362).

(23) Al respecto, cfr. PHILIPSBORN, *Die Klassifikation der einzelnen strafbaren Handlungen*, 1906, pp. 80 y ss.; FISCHL, *Der Einfluß der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts*, 1913 (reimpresión 1973), pp. 250 y ss.; GÜNTHER, «Die Strafrechtsreform im Aufklärungszeitalter», en *Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik*, 28 (1907), pp. 112 y ss., 225 y ss.; OEHLE, *Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung*, 1950, pp. 96 y ss.

«Tratado de la Legislación Criminal» de Globig y Huster, publicado en 1782, el Proyecto para la sección criminal del Derecho General Nacional Prusiano, confeccionado por Svarez, Cramer y Klein y publicado en 1786, el Código penal austriaco de 1787 y el «Manual de Derecho Penal Sajón» de Erhard, publicado en 1789— no contemplaban el delito de coerción (24). Y no sin fundamento. Pues ya la consideración de la clase de los delitos contra la libertad dentro del sistema de la Parte Especial constituye una anomalía, si se estima —como lo pensaba la Ilustración— que la protección de la libertad del ciudadano es la finalidad político-criminal común a todos los delitos contra «derechos de los particulares». La solución más fácil a este problema, que consiste en darle a la libertad-bien jurídico un sentido más concreto y específico que el de la libertad como genérica finalidad político-criminal, es sin embargo inaplicable al delito de coerción. Pues no se ve cómo podría concretarse la «libertad de hacer, omitir o tolerar lo que uno quiera» frente a la genérica libertad del ser humano. Sólo quedaría acudir al empleo de violencia o amenaza como parámetro de concreción, pero tal recurso infringiría el principal criterio de legitimación del *ius puniendi* elaborado por la Ilustración: la coerción sería un delito carente de objeto material de protección, tal como el *crimen vis* en el sistema de Feuerbach. La pura apelación a las ideas de la Ilustración no alcanza, pues, a explicar el surgimiento de la coerción.

Por último, se puede conjeturar que las hipótesis anteriores no son mutuamente excluyentes, y entender el surgimiento de la coerción como el resultado de la influencia combinada de ambos factores. Esta tercera hipótesis cuenta al menos con dos pruebas concretas en su favor. En 1795 Stübel otorgó a los delitos contra la libertad un lugar preciso en su esbozo de sistema para la Parte Especial, mencionando dentro de ellos a la «violencia privada» (*Privatgewalt*), dis-

tinguiéndola así de la «violencia pública» (*öffentliche Gewalt*), que siguió perteneciendo a los delitos contra el Estado (25). Como más adelante se verá, esta idea fue recogida y elaborada con mayor detalle en 1798 por Grolman, quien es considerado como el fundador de la moderna noción del delito de coerción. Las raíces históricas del delito de coerción parecerían así encontrarse en el tratamiento del antiguo *crimen vis* al interior de la nueva categoría de los delitos contra la libertad (26). Pero basta con reparar en el contenido de esta clase de delitos en Stübel y Grolman para advertir cuán cuestionable resultaba a fines del siglo XVIII este intento sistemático. Stübel consideraba como delitos contra la libertad no sólo al robo de hombre, al rapto violento y a la violencia privada, sino también a la violación, al robo, a la extorsión, al hurto peligroso, al allanamiento de morada e incluso al quebrantamiento de la paz pública (*Landfriedensbruch*). Por su parte, Grolman también incluía dentro de esta clase a los delitos de robo, extorsión y violación. Esta hipertrofia de la clase de los delitos contra la libertad en comparación con lo que hasta el momento había sido su contenido (*vid. supra*, nota 24) se explica naturalmente por la inclusión del *crimen vis*. El otorgamiento al delito de violencias de un lugar dentro de la parte del sistema destinada a los delitos contra los particulares traía consigo la inclusión de los demás delitos específicos de violencias ejercidas en contra de las personas, especialmente del robo y de la extorsión. Así pues, en el marco del proceso de reestructuración del sistema de la Parte Especial que tuvo lugar a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, el tratamiento del *crimen vis* como delito contra la libertad constituía más un obstáculo que un progreso. No es de sorprender, pues, que salvo por la codificación sajona (27), la construcción de Stübel y Grolman no haya podido encontrar ni un sólo seguidor en su época (28).

(25) *System des allgemeinen Preitlichen Rechts*, II, Leipzig 1795, §§ 470, 472, 490.

(26) Ésta es la tesis mantenida por SCHAFFSTEIN, aunque desconociendo la contribución de Stübel como antecesor de Grolman (*Vom crimen vis zur Nötigung*, en Richard Lange-FS, 1976, pp. 983 y ss.; con posterioridad, *Studien zur Entwicklung der Deliktbestände im Gemeinen deutschen Strafrecht* (1985), en el mismo, *Abhandlungen zur Strafrechtsgeschichte und zur Wissenschaftsgeschichte*, 1986, pp. 11 y ss.). Es interesante notar que esta vinculación entre *crimen vis* y coerción ya había sido formulada a mediados del siglo XVIII por el civilista NETTELBLADT, al definir el *crimen vis* como «*laesio quae alterius libertatem in agendo, vel res, tringendo, vel tollendo, committitur*» (*Iurisprudentia Naturalis Specialis*, Liber IV, Sectio II, Título I, § 1003, pp. 414-415), remarcando su carácter subsidiario y equiparando expresamente a la coerción mediante violencia la coerción mediante intimidación (*op. cit.*, § 1005, p. 415). Eso sí, a la construcción de NETTELBLADT le faltaba la noción de la libertad como específico objeto de protección penal.

(27) En 1824 STÜBEL confeccionó un proyecto de Código penal para Sajonia, en donde el Capítulo II de la Parte II («De los delitos contra la salud y la libertad

(24) GLOBIG Y HUSTER mencionaban dentro de las «ofensas a la libertad» el robo de hombre, las demás lesiones de la libertad y la instalación de cárceles privadas (*Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung*, 1783, pp. 198-202). Siguiendo de cerca a los autores recién citados, el proyecto prusiano de 1786 establecía en materia de «ofensas a la libertad» una regla de carácter general y disposiciones relativas a la instalación de cárceles privadas y al encierro de personas en ellas, al robo de niños y de hombre, y al rapto (*Entwurf eines Allgemeinen Gesetzes für die Preussischen Staaten*, 1786, Parte I, Sección III, Título VIII, Párrafo XII, §§ 865-866, pp. 363-366). Por su parte, el Código penal de José II consideraba como «crímenes directamente relacionados con el honor y la libertad» a los delitos de calumnia, violación, robo de hombre (incluyendo la sustracción de menor), rapto y encierro en prisiónamiento ilegal (*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung*, Wien 1787, Capítulo V, §§ 127-147, pp. 53-62). Por último, ERHARD incluía dentro de los «delitos contra la libertad» al encierro antijurídico, al robo de hombre y al rapto (*Handbuch des Chursächsischen penlichen Rechts*, 1789, §§ 307-311, pp. 225-232).

Puesto que no es posible formular una reconstrucción racional de los orígenes del delito de coerción en Alemania, tampoco se puede responder a ciencia cierta por qué no tuvo lugar un fenómeno semejante al interior del derecho penal francés. Quizás también aquí hayan sido determinantes los factores que en general diferencian a uno y otro proceso codificador.

Como es bien sabido, mientras que la codificación francesa tuvo lugar en un lapso relativamente corto (1791-1810) y en el marco de un debate doctrinario bastante parco, la codificación alemana duró en cambio casi un siglo (1791-1871), se concretó en la promulgación de más de treinta códigos penales y contó con la participación activa de la doctrina. La coerción alemana podría así explicarse más bien como consecuencia de un afán por desarrollar exhaustivamente la materia del sistema de la Parte Especial que como el producto de una deliberada decisión de política jurídica. Aquí podría encontrarse también la verdadera razón de por qué el delito de coerción nunca haya encontrado acogida como tal en el derecho francés. Pues en este punto la diferencia básica entre uno y otro modelo de regulación es de carácter básicamente conceptual. Es la idea misma de la coerción como un tipo de injusto autónomo, que brinda la protección más amplia a la libertad personal, lo que se encuentra ausente en el sistema francés (29).

personal») abarcaba además de las lesiones los siguientes delitos: robo de hombre, rapto, empujamiento, robo, hurto peligroso, violación y demás atentados sexuales, coerción, extorsión, perturbación de la paz del hogar y perturbación del servicio religioso público (*Entwurf eines Criminalgesetzbuchs für das Königreich Sachsen*, II Teil, Dresden 1824, §§ 461-525, pp. 135-151). Esta sistematización es también reconocible en el Código penal del Reino de Sajonia de 1838, manteniéndose durante las reformas de 1855 y 1868.

(28) Tal como después se verá, entre 1830 y 1850 la postura dominante en la doctrina alemana consideró que el *crimen vis* del derecho común sancionaba la coerción, y que el delito de coerción de la codificación particular no era más que el residuo del *crimen vis* del derecho común. Pero esta postura, que por lo demás es historiográficamente errada, en ningún caso procede directamente de Stübel o Grolman. La presunta importancia de la contribución de Grolman en esta materia sólo vino a ser postulada al término del período del derecho común (*vid. infra*, nota 62). En lo que respecta a Stübel, él no es mencionado por fuente alguna.

(29) Si bien es cierto que desde la perspectiva alemana la regulación francesa de la coerción se puede explicar como una deficiencia conceptual, no puede negarse que la consideración del derecho francés lleva por su parte a cuestionar la necesidad o conveniencia político-criminal de contar con un delito de coerción dentro del sistema de la Parte Especial. Pues el establecimiento de una sanción penal para la conducta de «constreñir a otro mediante violencia o amenaza a hacer, tolerar u omitir algo contra su voluntad», sin precisar el objeto de la coerción ni el alcance de los medios comisivos, parece contradecir en más de un sentido el postulado de la flamenariedad de un derecho penal que pretende seriamente asumir el recurso a la pena como última *ratio* para la actuación del Estado. En este sentido, GARCÍA-

3. EL MODELO ALEMÁN

3.1. La codificación alemana

En su forma actual, el delito alemán de coerción es el resultado de un largo y complejo proceso de evolución. La historiografía convencional (55) considera como punto de partida legislativo de este proceso al § 1077, Parte II, Título 20 del Derecho General Nacional para los Estados Prusianos («ALR»), y como punto de partida doctrinario a los «Principios de la Ciencia Criminal» de Karl Grolman. Una consideración más atenta de ambas fuentes lleva sin embargo a atenuar considerablemente su relevancia histórica.

Si bien es cierto que la disposición legal prusiana consagró por primera vez en la historia del derecho penal un supuesto de coerción como delito contra la libertad (56), la descripción de la conducta es demasiado fragmentaria como para que el supuesto pueda ser considerado como un tipo autónomo de coerción (57). Es así como los comentaristas prusianos pasaron por alto su mención como un delito específico contra la libertad (58), y en la literatura no prusiana incluso

(55) LUST-SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23.ª ed. (1921), p. 365; BLEI, *Strafrecht-II, Besonderer Teil*, 12.ª ed. (1983), p. 69; MAURACH-SCHROEDER-MAIWALD, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 1.7.ª ed. (1988), p. 126; WURTEMBERG, *Das System der Rechtsgrüterordnung in der deutschen Strafgesetgebung* 1532, 1933 (reimpresión de 1973), p. 206; HANSEN, *Die tatbestandliche Erfassung von Nötigungsunrecht*, 1972, p. 28; TIMPE, *Die Nötigung*, 1989, p. 37.

(56) «§ 1077. El que fuera de estos casos (§§ 1075 y 1076) y fuera del ejercicio de su cargo, con violencia detiene o encierra a quien se encuentra en posesión de sus facultades mentales, o le constriñe a hacer algo en contra su voluntad, o infringe las prescripciones del § 1076...» (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, 3.ª Parte, 2.ª ed., Berlín, 1794, p. 1329).

(57) En este sentido, cfr. las observaciones críticas de FABRICIUS, *Die Formulierungsgeschichte des § 240 StGB*, 1991, pp. 13-19. Esta autora va aún más lejos, negándole al § 1077, II, 20 ALR el carácter de una norma protectora de la libertad personal. A su juicio, se trataría de una regla inspirada en el *crimen vis* del derecho común, que prohibiría la autotutela (*Selbsthilfe*); su fundamento político-criminal radicaría en el aseguramiento del monopolio estatal de la coerción, lo que coincidiría con el pensamiento político de Svarez, principal gestor del ALR (*op. cit.*, pp. 20-26 y 67-68). Esta es una tesis atractiva, pero que carece de suficiente base empírica. El § 1077, II, 20 ALR no sanciona casos de autotutela, sino supuestos de exceso en el derecho de detención de los particulares o de corrección paternal: la autotutela se encuentra regulada expresamente en el ALR, en un apartado sistemático diverso de las «ofensas a la libertad». Por lo demás, no existe ninguna prueba concreta de que la teoría política de Svarez haya influido en la redacción de estas disposiciones. El origen del § 1077, II, 20 ALR sigue siendo desconocido. El no figura en el Proyecto publicado en 1786 (cfr. *supra*, nota 24), sino que fue introducido junto con los §§ 1075-1076 en el proceso de revisión posterior.

(58) STELTZER, *Lehrbuch des deutschen Criminalrechts*, 1793, §§ 587-592,

es posible encontrar la afirmación que el ALR habría desconocido por completo la coerción (59). En todo caso, es claro que históricamente el § 1077, II, 20 ALR no sirvió de modelo para el posterior desarrollo legislativo de la coerción en la codificación de Prusia. El Proyecto prusiano de 1828, punto de partida de la codificación prusiana del siglo XIX, adoptó la regulación sobre la coerción del Proyecto para Hannover de 1825, dejándose expresa constancia de lo impropio e incompleta que era la regulación del ALR en esta materia (60). La tesis de que el ALR constituye la fuente de la norma sobre el delito de coerción del Código prusiano de 1851, y a través de este también del § 240 del Código de 1871, un verdadero lugar común en la historiografía alemana (61), es sencillamente infundada.

Tratándose de Grolman, es innegable que sus «Principios de la Ciencia Criminal», constituyen en este punto un ejemplo notable del tratamiento filosófico del derecho común que caracterizó a la ciencia penal alemana a fines del siglo XVIII. De aquí que sea tan recurrente su cita como punto de enlace de la concepción de la libertad personal propia del pensamiento ilustrado y el antiguo *crimen vis* (62). Sin embargo, no puede decirse que Grolman desarrollara cabalmente la noción de la coerción como delito contra la libertad. Así lo demuestra el tratamiento del robo, la violación y la extorsión como supuestos de violencias, a que antes se hiciera referencia. Pero la mejor prueba de ello se encuentra en los cambios introducidos por Grolman en la segunda edición de su obra. Mientras que en la primera edición (1798) el delito de violencias exigía el resultado de constricción para su consumación, y paralelo a él existía el tipo de extorsiones, que recogía la coerción mediante cualquier clase de amenazas, en la segunda edición desaparece este segundo tipo, quedan restringidos los medios comisivos al ejercicio o amenaza de ejercicio de violencia, y se transforma el tipo en un delito de mera actividad. En

pp. 288 y ss.; KLEIN, *Grundzüge...*, cit., §§ 190-193 y 196-199, pp. 139 y ss.; TEMME, *Handbuch des preuss. Criminalrechts*, 1837, §§ 107-109, pp. 232 y ss.

(59) MITTERMAIER, Nota VI al § 399 de FEUERBACH, *Lehrbuch...*, 14.ª ed. (1847), p. 637; MAREZOLL, *Das gemeine deutsche Criminalrecht*, 2.ª ed. (1847), p. 288; KOSTLIN, *Abhandlungen aus dem Strafrecht*, 1858, p. 426.

(60) BODEN, *Motive zu dem von dem Revisor vorgelegten, Ersten Entwurfe des Criminal-Gesetzbuches für die preussischen Staaten*, III-2, 1829, pp. 280, 290-291, en SCHUBERT-REGGE, *Gesetzrevision*, I, 1, 1981, pp. 940, 950-951.

(61) Que procede de GOLTDDAMMER, *Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preussischen Staaten*, II, 1852, p. 452.

(62) *Vid. supra*, nota 26. Ese punto de vista data de la segunda mitad del siglo pasado: GLASER, *Über strafbare Drohungen*, en del mismo, *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, I, 1858, p. 63; HALSCHNER, *Das Preussische Strafrecht*, III, 1868, pp. 176-177; GEYER, *Verbrechen gegen die Freiheit*, en HOLTZENDORF (ed.), *Handbuch des Strafrechts*, III, 1874, p. 572; BINDING, *Lehrbuch...*, cit., p. 88.

otras palabras, situada en el contexto de la obra de Grolman, su celebrada definición del delito de violencias (63) constituyó un retroceso conceptual, como lo demuestra por lo demás el hecho de que ella se basara en la teoría del *crimen vis* de Feuerbach. Por último, no está probado que la teoría de Grolman haya servido de punto de partida para la posterior evolución de la coerción en la doctrina del derecho común. Ni Tittmann, ni Martin, ni Wachter —los principales hitos de tal evolución— efectúan referencia alguna a Grolman en esta materia.

El auténtico fundador de la idea alemana del delito de coerción es Karl August von Tittmann. Primero en su monografía dedicada a los delitos contra la libertad (64) y luego en las dos ediciones su obra principal (65), Tittmann desarrolló una notable teoría de la protección penal de la libertad personal, que en sus rasgos esenciales se mantiene vigente hasta hoy en día. En lo que concierne específicamente al delito de coerción (denominado por primera vez con la terminología actual, *Nöthigung*), éste es definido por Tittmann como la conducta de «forzar antijurídicamente a otro a una acción o situación no querida», señalando expresamente que la fuerza puede ser tanto física como psicológica, y distinguiéndolo nitidamente tanto de los demás delitos contra la libertad («encierro», «robo de hombre» y «raptos»: *Einspergung*, *Menschenraub*, *Entführung*), como también del *crimen vis* y de la amenaza simple (66).

El punto débil de la teoría de Tittmann radicaba sin embargo en su falta de fundamento desde la perspectiva del derecho positivo alemán de principios del siglo XIX. De aquí que su concepción de la coerción como delito contra la libertad no encontrara acogida en la literatura de la época. Con todo, a partir de 1825 la elaboración de Tittmann fue siendo paulatinamente incorporada al análisis del delito de violencias (*Gewalthätigkeiten*), es decir, al *crimen vis* heredado de la antigua doctrina del derecho común. El primer paso en esta dirección fue dado por Martin, quien interpretó el supuesto de violencia en las personas —alternativa paralela a la violencia en las cosas— en el sentido de la violencia ejercida con fines coercitivos,

(63) «Por violencias (*Gewalthätigkeiten*) o extorsiones (*Erspressungen*) se entiende toda aplicación antijurídica de fuerzas corporales, o amenaza de la misma, para vencer los obstáculos que se oponen a los fines del autor, ya sea que éstos radiquen en las fuerzas corporales del otro o en especiales medios de protección de los derechos del mismo, y así determinarlo a tolerar, o a adoptar decisiones y ejecutar acciones». (*Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 2.^a ed., 1805, pp. 333-334).

(64) *Beiträge zur Lehre der Verbrechen gegen die persönliche Freiheit*, Meiblen, 1806.

(65) *Handbuch der Strafrechtswissenschaft*, 1.^a ed. (1806, 1807), 2.^a ed. (1822-1823).

(66) *Beiträge...* cit., pp. 6-8; *Handbuch...*, 1.^a ed., I, pp. 138-142.

admitiendo de modo explícito el carácter típico tanto de la violencia física como de la psíquica (67).

La consagración definitiva de esta interpretación fue sin embargo obra de Karl Georg Wachter. En una secuencia de artículos sobre el *crimen vis* publicados entre 1830 y 1832, Wachter realizó un exhaustivo análisis de las fuentes romanas para llegar a la conclusión de que la violencia coercitiva («violencia personal» en su terminología) constituía el único alcance de este delito. Las consecuencias de esta tesis fueron desarrolladas por Wachter con toda claridad: a) la violencia coercitiva podía ser tanto física como compulsiva, b) la violencia en las cosas quedaba por el contrario excluida, en tanto su empleo no se efectuara atendiendo al menos indirectamente a una finalidad coercitiva, y c) el *crimen vis* dejaba de ser tipo de recogida para los delitos violentos que no supusieran una restricción de la libre voluntad de la persona (68).

Pese a que implicaba una radical transformación del contenido usualmente asignado al *crimen vis*, la interpretación de Wachter se impuso en términos casi absolutos en la doctrina alemana de mediados del siglo XIX (69). Si bien esto significó la consagración indiscutida de un tipo genérico y residual de coerción dentro del sistema

(67) *Lehrbuch des deutschen gemeinen Criminal-Rechts*, 1825, § 189, notas 14 y 15, p. 473, citando expresamente a Tittmann. La tesis de Martin encontró inmediata acogida en Wächter, *Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts*, 1826, II, § 130-5-a), p. 4; Henke, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, III, 1830, § 161, pp. 127, 131, e incluso en Feuerbach, quien modificó su primitiva concepción del *crimen vis*. Mientras que las primeras ocho ediciones de su Tratado (1801-1823) omitían cualquier referencia a un propósito coercitivo y concebían a la violencia como ejercicio de fuerza física, a partir de la novena edición (1825) se admite también a la «violencia psicológica» y se interpreta el supuesto de la «violencia en la persona» en un sentido claramente coercitivo, como se puede apreciar en el siguiente pasaje: «En cuanto a su objeto, la violencia puede ser ejercida... también directamente sobre la persona, en tanto ella sea constreñida a hacer, omitir o tolerar algo» (*Lehrbuch...*, 9.^a ed., § 400, p. 335).

(68) Wachter, «Über das Crimen vis», en *Neues Archiv des Criminalrechts*, XI (1830), pp. 635 y ss.; el mismo, «Revision der Lehre von dem Verbrechen der Gewalthätigkeit (crimen vis)», en *Neues Archiv des Criminalrechts*, XII (1831), pp. 384 y ss. y XIII (1832), pp. 1 y ss., 195 y ss., 374 y ss.

(69) Bauer, *Lehrbuch des Strafrechts*, 2.^a ed. (1833), §§ 283-284, pp. 411-416; Abegg, *Lehrbuch des Strafrechts-Wissenschaft*, 1836, §§ 185-191, pp. 271-281; Mittermaier, Nota IV al § 399 de Feuerbach, *Lehrbuch...* cit., 12.^a ed. (1836), p. 360; Heffter, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts*, 2.^a ed. (1840), §§ 329-344, pp. 281-290; Lüdén, *Gewalt*, en Weiske, *Rechtlexicon*, IV, 1843, pp. 829-890; Rein, *Das Criminalrecht der Römer*, 1844, pp. 734-735. Únicamente Feuerbach (*Lehrbuch...* cit., 12.^a ed., § 400-nota a), p. 361), y Robihr (*Geschichte und System des deutschen Strafrechts*, II-1, 1839, pp. 109-110), se manifestaron en contra de la reducción del alcance típico del *crimen vis* a la sola «violencia personal».

de la Parte Especial, al mismo tiempo trajo consigo cierto retroceso conceptual. Pues en la interpretación de Wächter el *crimen vis* era un tipo de coacción que asumía la forma de un delito de resultado cortado, para cuya consumación bastaba con el puro ejercicio de la violencia, cuando ésta era aplicada con el propósito de constreñir a otro. Por otra parte, pese a su nueva configuración el *crimen vis* continuó siendo sistematizado conforme a la tradición del derecho común, es decir, como un atentado contra la paz y la seguridad pública (70).

La plena consagración de la concepción de la coacción como un delito contra la libertad no fue un producto de la doctrina sino de la legislación alemana, cuyo punto de partida también se encuentra en la obra de Tittmann. En este caso se trata su Proyecto de Código penal para el Reino de Sajonia (1811), cuyo § 725 era del siguiente tenor:

«§ 725. El que mediante violencia o amenazas fuerza a otro a la adopción de una acción, comete el delito de coacción» (71).

Como se puede apreciar, esta fórmula exhibe sumariamente todos los rasgos esenciales del modelo alemán, ya que se trata de un delito de resultado y de medios comisivos alternativos de amplio alcance. El delito de coacción también se encuentra presente, exhaustivamente regulado por 101 artículos, en el otro Proyecto para Sajonia de la misma época, elaborado por Erhard y publicado póstumamente en 1816. Más importante para la evolución histórica de la fórmula legislativa de Tittmann fue su recepción en el § 881 del primer Proyecto de von Weber para el reino de Wurtemberg (1813), ya que gracias a él se produjo en la década siguiente su afianzamiento en las diversas codificaciones particulares alemanas. Del art. 196 del segundo Proyecto de von Weber para Wurtemberg (1823), la disposición pasó al art. 250 del Proyecto para Hannover de 1825, y de éste al § 12, Párrafo 10, Título II del Proyecto para Prusia de 1828, siendo también recogida por Stübel en el § 518 de su Proyecto para Sajonia de 1824.

Debido a la influencia de Feuerbach, la codificación bávara se mantuvo apartada de esta evolución del delito de coacción por más

(70) Que esto implicaba un rechazo de la teoría de Tittmann, lo demuestran las siguientes palabras de MITTERMAIER: «El así denominado delito de coacción *Nötigung*, esto es, la aplicación de una violencia contra una persona para forzarla a algo contra su voluntad (Tittmann, Handbuch I, p. 382), no es un auténtico delito y los casos realmente punibles pueden ser subsumidos bajo otras leyes penales» (nota al § 251 de FEUERBACH, *Lehrbuch...*, cit. 12.ª ed., p. 232). En el mismo sentido, BAUER, *op. cit.*, p. 289, (nota c), y ROHMERT, *op. cit.*, p. 122.

(71) *Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen*, Meissen, 1813, p. 139.

de veinte años (Proyecto de Feuerbach de 1810, Código de 1813, proyecto de Gonner de 1822, Proyecto de 1827). Fue el Proyecto para Baviera de 1831 el que introdujo por primera vez la coacción en los siguientes términos:

«Art. 269. (Violencia o amenaza ilícitas). El que maliciosamente adopte cualquier medida para determinar a una persona a un hacer, omitir o tolerar contra su voluntad, ya sea que esto ocurra mediante aplicación de violencia real o mediante amenaza, será castigado con prisión de hasta un mes, en tanto el hecho no conlleve una lesión de derecho más grave» (72).

El cambio operado en la estructura típica salta a la vista. El constreñimiento del comportamiento ajeno deja de ser un elemento del tipo objetivo, pasando a adquirir un carácter meramente subjetivo, como tendencia interna trascendente, transformándose con ello la coacción en un delito de resultado cortado. La razón de esta modificación se encuentra probablemente en la influencia de la concepción del *crimen vis* de Wächter, citada en la fundamentación del proyecto como fuente de la disposición, junto con el Proyecto para Hannover de 1825 (73). Esta nueva fórmula se extendió a las demás codificaciones particulares, siendo precisamente de este modo como la coacción encontró consagración legal por primera vez en los Códigos penales de Sajonia (1838) y Wurtemberg (1839) (74). La influencia de la concepción del *crimen vis* se manifiesta también en la regulación del Código penal de Baden de 1845 (§ 278), que a pesar de tipificar la coacción como delito de resultado restringió el ámbito de la amenaza como medio coercitivo a aquella que apareciera unida al peligro de ejercicio inmediato e irresistible de violencia material ilícita. Sólo los Códigos penales de Hannover de 1840 (art. 247) y de

(72) Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Bayern, München 1831 (reimpresión de 1988), p. 96.

(73) *Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuches*, München 1831, § 79-h), p. 222.

(74) Código penal de Sajonia: «Art. 168. (Coerción). El que sin derecho o sobrepasando los límites de su derecho aplica violencia corporal o amenazas para constreñir a otro a una acción, tolerancia u omisión, será castigado a querrela del ofendido, en tanto el hecho no constituya un delito más grave conforme al art. 166 (extorsión), con prisión de hasta seis meses.» (*Das neue Criminal-Gesetzbuch Sachsen*, 2.ª ed., Leipzig, 1840, p. 182) Código penal de Wurtemberg: «Art. 281. (Coerción). El que antijurídicamente aplica violencia corporal, amenazas u otros medios para constreñir a otro a una acción, tolerancia u omisión, será castigado a querrela del ofendido, en tanto el hecho no haya constituido un delito más grave, con prisión.» (*Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg*, Stuttgart, 1839, p. 145). La primera disposición procede del Proyecto de Sajonia de 1836 (art. 159). La segunda, de los Proyectos para Wurtemberg de 1832 (art. 256) y 1835 (art. 264).

Hessen de 1841 (art. 168) se mantuvieron fieles a la fórmula de Tittmann, si bien este último denominó a la coerción como «Violencias» y la ubicó entre los delitos contra intereses colectivos, desligándola de los delitos contra la libertad.

Mención especial merece la codificación prusiana. Como ya se dijo, el punto de partida de la evolución legislativa del delito de coerción se encuentra en el Proyecto de Código penal de 1828, que lo consagraba en los términos originalmente previstos por Tittmann. En estos mismos términos permaneció en los Proyectos de 1830 (§ 320), 1833 (§ 411) y 1836 (§ 535). A partir del Proyecto de 1840 (§ 535), y siguiendo en esto la evolución general de la legislación alemana, la coerción pasó a revestir el carácter de un delito de resultado cortado, permaneciendo de tal modo en los Proyectos de 1843 (§ 363), 1845 (§ 250) y 1847 (§ 264). En este punto la codificación prusiana se apartó radicalmente del modelo alemán de regulación de la coerción. El Proyecto de 1848 consagró en su § 138 un tipo de coerción que, pasando por el Proyecto de 1850, fue recogido por el Código penal prusiano de 1851 en los siguientes términos:

«§ 212. El que fuerza o intenta forzar a otro a una acción u omisión, amenazándolo para tal objeto por escrito u oralmente con la comisión de un crimen o delito incurrirá en prisión de hasta seis meses» (75).

Tal como de inmediato se advierte, esta disposición corresponde al modelo francés de regulación de la coerción. La coincidencia se expresa básicamente en la exclusión de la violencia como medio coercitivo y en la reducción del ámbito de la amenaza a la comisión de un mal constitutivo de delito. Además, a pesar de que su redacción pone el acento en el constreñimiento del comportamiento ajeno y no en la acción de amenazar, lo cierto es que conforme al tenor literal de la disposición el tipo se realiza con la mera formulación de la amenaza: si es que ella es efectuada con propósitos coercitivos. Estas coincidencias no son casuales. Fue precisamente debido a la influencia del derecho francés, a la época derecho vigente en la Provincia del Rin, que se produjo en 1848 el cambio de orientación de la codificación prusiana en esta materia.

La explicación de los cambios sufridos por el delito de coerción exige efectuar una breve referencia en la evolución experimentada por el tipo menos grave del delito extorsión (*einfache Erpressung*), consagrado en el § 157 del Proyecto de 1848. Originalmente, los Proyectos de 1828, 1833 y 1836 sancionaban de modo expreso la extorsión cometida mediante amenaza con una acción en sí misma lícita; con posterioridad, el Proyecto de 1843 estableció un tipo ge-

nérico subsidiario (§ 444), previendo sin embargo al mismo tiempo como hipótesis privilegiada la extorsión cometida mediante amenaza con interponer una demanda civil o querrela criminal infundada (§ 445). Durante la discusión suscitada por esta confusa regulación, la representación de la Provincia del Rin sostuvo una postura extrema, exigiendo la eliminación de toda amenaza de mal no constitutivo de delito (76). La comisión revisora dirigida por Savigny, en ese entonces Ministro de Justicia, se mantuvo sin embargo fiel a la orientación de los proyectos anteriores, volviendo así los Proyectos de 1845 (§ 274) y 1847 (§ 286) a explicitar la sanción de la extorsión mediante amenaza con una acción lícita. Pero con ello no quedaron definitivamente resueltas las discrepancias entre esta postura y la perspectiva prusiano-francesa, como lo demuestra el hecho de que la punibilidad de la extorsión mediante amenaza con un mal en sí mismo lícito fuera incluida dentro del listado de las cuestiones principales de la codificación penal mediante el cual se procedió a la convocatoria de la comisión unificada permanente de 1848 (77). En el seno de esta comisión, el Procurador del Estado de la Provincia del Rin, von Mylius, logró imponer el punto de vista francés por cinco votos de diferencia, eliminándose en consecuencia la disposición correspondiente al § 286 del Proyecto de 1847. Esta decisión sirvió de base al § 157 del Proyecto de 1848, reproducido por el Proyecto de 1850 (§ 216) y el Código penal de 1851 (§ 234), cuya redacción se basa obviamente en las disposiciones sobre amenazas del Código francés (78).

Paradójicamente, en materia del delito de coerción la comisión permanente unificada rechazó la propuesta de eliminación efectuada por la representación del Rin, manteniendo la regulación del proyecto de 1847 (79). Por esta razón no es posible reconducir la redacción del § 138 del Proyecto de 1848 a estos antecedentes, como usualmente se hace (80). El surgimiento del § 138 del Proyecto de 1848 parece más bien haber obedecido a una traslación de la redacción del § 157, siendo en este sentido que cabe afirmar el origen francés del § 138, especialmente en lo que respecta a la limitación impuesta al ámbito de la amenaza. En lo que se refiere a la exclusión de la violencia, incluso es posible que ello haya sido el resultado de una

(76) *Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs von 1843*, III, 1845, p. 30.

(77) BLEICH, *Verhandlungen des im Jahre 1848 zusammengetretenen Vereinigten ständischen Ausschusses*, 1848 (reimpresión de 1989), I, 1848, p. 24.

(78) Como por lo demás expresamente lo reconocen los redactores del Proyecto de 1850 (*Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuchs für die preussischen Staaten*, 1851, p. 56).

(79) BLEICH, *Verhandlungen... cit.*, I, p. 124 y IV, p. 115.

(80) Así, GOLTDAMMER (*op. cit.*, p. 453). FABRICIUS (*op. cit.*, pp. 115-116), e incluso los redactores del Proyecto de 1850 (*Motive... cit.*, pp. 51-52).

(75) GOLTDAMMER, *Die Materialien... cit.*, II, S. 452.

meta inadvertencia, ya que en la regulación prusiana el uso de violencia contra la persona constituía un elemento del tipo calificado de extorsión (*räuberische Erpressung*: § 158 del Proyecto de 1848, § 218 del Proyecto de 1850, § 236 del Código penal de 1851) (81).

Oscilando entre el modelo primitivamente acuñado por Tittmann y la variante prusiana del modelo francés, se encuentra por último la regulación de la coerción de la fase tardía de la codificación bávara. El Proyecto de Código penal para el Reino de Baviera de 1854 alteró la fórmula adoptada en 1831, pasando esta nueva regulación de la coerción al proyecto de 1860 (art. 308) y de ahí al Código de 1861, en los siguientes términos:

«Art. 304. (Violentamiento). El que, sin intentar una extorsión, constriñe antijurídicamente a otro a una acción, tolerancia u omisión mediante la aplicación de violencia o amenazándole con maltrato corporal o con la perpetración de un crimen o delito, será castigado con prisión de hasta un año o con multa de hasta trescientos florines» (82).

Así pues, al momento de producirse su unificación, el derecho penal alemán contaba con cuatro modelos de regulación de la coerción: a) la fórmula de Tittmann: delito de resultado y medios comisivos alternativos de amplio alcance; b) la fórmula bávara temprana: delito de resultado cortado y medios comisivos alternativos de amplio alcance; c) la fórmula prusiana: delito de resultado cortado y un solo medio comisivo (la amenaza) de alcance restringido, y d) la fórmula bávara tardía, en cierto modo también compartida por el Código penal de Baden: delito de resultado y medios comisivos alternativos, uno de ellos (la amenaza) de alcance restringido.

En lo que respecta a la doctrina alemana de la segunda mitad del siglo XIX, la influencia de Wächter fue de tal magnitud, que a pesar de haber sido la coerción una creación original del movimiento codificador, de modo casi unánime se vio en ella tan sólo el remanente codificado del *crimen vis* del derecho común. Conforme a esta perspectiva, la codificación temprana —el Código austriaco de 1787, el ALR prusiano, el Código penal francés, el Código penal bávaro de 1813— habría tratado de disolver el contenido del *crimen vis*, tipificando del modo más exhaustivo posible todos los supuestos de violencias susceptibles de especificación atendiendo a la finalidad perseguida. La codificación posterior habría reconocido el vacío que de todos modos se producía en el sistema debido a la ausencia del

(81) Respecto de la negligencia del legislador prusiano en esta materia, cfr. TEMME, *Lehrbuch des Preussischen Strafrechts*, 1853, p. 879, nota 2.

(82) STENGLEIN, *Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern*, München 1862, p. 439.

tipo residual de violencias, y tratado de llenarlo mediante el delito de coerción. Según esto, la justificación político-criminal del delito de coerción no habría radicado primariamente en la protección de un bien jurídico o derecho subjetivo comparable a la vida o a la propiedad, sino en el propósito legislativo de no dejar impune ningún caso de uso antijurídico de violencia. La función primordial del delito de coerción era por consiguiente servir como tipo de recogida en el sistema de la Parte Especial (83).

Así se entiende que la exclusión de la violencia en la coerción prusiana recibiera tan enérgica crítica por parte de la doctrina. Pues un tipo coerción que sólo admita ser cometido mediante amenaza no podía cumplir el rol subsidiario del *crimen vis* en el sistema de la Parte Especial. Para sólo mencionar dos problemas tratados por la praxis judicial prusiana, las amenazas coercitivas no permitían recoger los casos de detenciones de corta duración, para los que la pena de la privación de libertad habría sido demasiado severa, ni

(83) Esta perspectiva se encuentra presente en las más diversas fuentes del derecho alemán de mediados del siglo pasado. (1) **Fundamentaciones oficiales de proyectos legislativos:** *Motive zum revidierten Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preussischen Staaten*, 1.^a parte, 1833, p. 281; *Anmerkungen der Gesetzgebungs-kommission zum Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Baden*, 1839, p. 70; *Revision des Entwurfs des Strafgesetzbuchs für die Preussischen Staaten* von 1843, II, p. 154; *Motive zum Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Sachsen* (1853), p. 188; *Motive zu dem Entwurf eines Gesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Bayern*, 1854 (reimpresión 1989), p. 432. (2) **Comentarios y críticas doctrinales a proyectos legislativos:** TEMME, *Kritik des Entwurfs des Strafgesetzbuchs für die Preussischen Staaten*, II, 1843, pp. 412-413; ABECC, *Kritische Betrachtungen über den Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preussischen Staaten*, 1844, p. 294; el mismo, «Bemerkungen über den Entwurf eines Strafgesetzbuchs für die Preussischen Staaten vom Jahre 1847», en *Archiv des Criminalrechts-Neue Folge*, 1848, pp. 73-74; el mismo, *Beiträge zur Begutachtung des Entwurfs des Gesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Bayern vom Jahre 1854*, p. 132; el mismo, *Beiträge zur Begutachtung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Sachsen im Jahre 1853*, p. 81. (3) **Comentarios a Códigos penales particulares:** HUFNAGEL, *Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg*, II, 1842, p. 162; WEIB, *Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen*, II, 2.^a ed. (1848), p. 298; KERMES, *Einige Bemerkungen zu den Artikeln 166 und 167 des königl. sächs. Criminalgesetzbuchs*, en «Neue Jahrbücher für das sächsische Strafrecht», III (1845), p. 403; THILO, *Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden*, 1845, p. 266; TEMME, *Lehrbuch...*, cit., p. 879; HALSCHNER, *op. cit.*, p. 173; DALCKE, *Revision des preussischen Strafrechts*, «Goldammer Archiv 17» (1869), p. 4; GOLTDMAYER, *op. cit.*, p. 452. (4) **Tratados sobre el derecho penal común:** MAREZOLL, *op. cit.*, pp. 285, 288-289; HABERLIN, *Grundsätze des Criminalrechts*, III, 1847, p. 177; MITTERMAIER, nota VI al § 399 de la 14.^a ed. (1847) del *Tratado de Feuerbach (Lehrbuch... cit.*, pp. 637-638); BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1857, pp. 310-311; KÖSTLIN, *op. cit.*, 1858, pp. 426-427.

tampoco los casos de realización arbitraria del propio derecho cometido mediante violencia, cuyo tipo específico había sido eliminado en el proceso codificador, precisamente en atención a la posibilidad de sancionar la conducta como coerción violenta (84).

El inicio de la unificación penal alemana se efectuó bajo la influencia del derecho penal prusiano, ya que el Proyecto de Código Penal para la Federación Alemana del Norte de junio de 1869 reprodujo literalmente el § 212 del Código de 1851. Esta situación cambió al poco tiempo. En la breve pero intensa revisión efectuada por una Comisión presidida por el Ministro de Justicia Leonhardt, conocido por sus comentarios del Código penal de Hannover, fue modificada la redacción del precepto introduciéndose la violencia como medio comisivo y adoptando el tipo la fórmula usual de delito de resultado cortado (85). La razón de estas reformas se encuentra naturalmente en la crítica efectuada por la doctrina al Código prusiano, que también fuera hecha valer en contra del Proyecto de junio de 1869 (86). Junto con estas reformas, la Comisión restringió sin embargo aún más el ámbito de la amenaza como medio comisivo, limitándola ahora a la sola conminación de un mal constitutivo de crimen (*Verbrechen*).

Durante su discusión en el Parlamento, el precepto sufrió nuevas modificaciones. A iniciativa de una comisión revisora presidida por von Schwarze, el más célebre criminalista sajón del siglo pasado, se introdujo al comienzo de la disposición la expresión adverbial «an-

(84) TEMME, *Lehrbuch...*, cit., pp. 879 nota 2), 880; Goldammer's Archiv, 8 (1860), p. 837; HALSCHNER, *op. cit.*, III, p. 179 nota 2); DALCKE, *op. cit.*, pp. 4-5. La única nota discordante en la doctrina prusiana se encuentra en la teoría de la amenaza elaborada por JOHN (*Über Landzwang und widerrechtliche Drohungen*, 1852, pp. 33 y ss., y *Über den Begriff und die heutige Anwendbarkeit des römisch-rechtlichen crimen vis*, en Archiv des Criminalrechts-Neue Folge, 1854, pp. 60 y ss.). Según John, la coerción mediante amenaza (entendida como *vis compulsiva*) constituía un atentado contra la libertad de naturaleza completamente diversa a la coerción mediante violencia (entendida ésta como *vis absoluta*), de modo tal que resultaba improcedente su tratamiento conjunto. Esta tesis, elaborada como crítica a la teoría del *crimen vis* de Wächter, condujo a John a eliminar la coerción en su Proyecto para la Federación Alemana del Norte, postulando que con la sanción de la amenaza (simple) bastaba también para cubrir la comisión de una coerción mediante amenaza (*Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund*, 1868, pp. 485, 498-500).

(85) «§ 235. El que aplica violencia contra otro o lo amenaza con la comisión de un crimen para constrañirlo a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con prisión de hasta un año o con multa de hasta doscientos táleros» (*Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund*, Berlin, 31 Dezember, 1869, p. 117).

(86) FUCHS, *Bemerkungen zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund*, «GA» 17 (1869), p. 635; GEYER, *Bemerkungen zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund*, en «Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft» 12 (1879), pp. 215-219.

tijuridicamente» (*widerrechtlich*). Posteriormente, por moción del parlamentario Lasker se transformó la estructura típica del delito, dándosele la forma de un delito de resultado y declarándose expresamente la punibilidad de la tentativa. Asimismo, el ámbito de la amenaza coercitiva fue ampliado, incluyendo la conminación de un mal constitutivo de simple delito (*Vergehen*). Esta última modificación fue defendida haciéndose ver que la distinción entre crimen y simple delito era las más de las veces arbitraria, y que la impunidad de la amenaza con cometer un simple delito resultaba injustificable frente a la punibilidad de la amenaza con cometer un crimen (87).

El hecho de que conforme a la mayoría de los estados particulares alemanes también la amenaza de mal no constitutivo de delito fuera medio comisivo típico no fue sin embargo tomado en consideración.

Con la aceptación de las modificaciones antedichas quedó decidida la suerte del delito de coerción en la unificación del derecho penal alemán. El § 240 del Código penal para la Federación Alemana del Norte, de 31 de mayo de 1871, posteriormente promulgado como Código penal para el Imperio Alemán el 1 de octubre de 1871, contempló la siguiente disposición:

«§ 240. Coerción. El que antijurídicamente constrañe a otro mediante violencia o amenaza con un crimen o simple delito a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con prisión de hasta un año o con multa de hasta 200 táleros» (88).

Paralelo a este estrecho tipo de coerción, el Código de 1871 consagró un tipo amplísimo de extorsión simple. Siguiendo aquí al pie de la letra al Proyecto para la Federación Alemana del Norte de 31 de diciembre de 1869, en el § 253 se sancionó la comisión de extorsión mediante violencia o amenaza, sin exigir respecto de esta última que el mal fuera constitutivo de delito o que consistiera en una acción antijurídica (89). Esta asimetría entre extorsión y coerción

(87) *Sitzungen des Reichstags*, 1870, II, *Beratung des Entwurfes eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund*, 35. Sitzung (5 April 1870), pp. 671-672, 3.ª ed. (1873), p. 387.

(88) Citado según OPPENHÖFF, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 3.ª ed. (1873), p. 387.

(89) La inclusión de la «violencia» en el tipo de la extorsión simple (§ 253) como un medio comisivo distinto de la «violencia contra una persona» propia de la extorsión calificada (§ 255) se debió a una inadverencia de los redactores del Proyecto para la Federación Alemana del Norte de 31 de diciembre de 1869, que introdujeron la violencia en el § 253 siguiendo las modificaciones experimentadas por el § 240, sin reparar en que ella ya estaba contemplada en el § 255. En otras palabras, en 1869 se cometió en el ámbito de la extorsión exactamente el error inverso al que cometera en 1851 el legislador prusiano en el ámbito de la coerción [sobre este punto, cfr. por todos WÄCHTER, *Über die Gewalt bei der Erpressung*, en GS, 27 (1871), pp. 161 y ss.].

genérica fue inicialmente avalada por la doctrina, aduciendo que la relevancia político-criminal del elemento subjetivo de la extorsión («obtener para sí o para un tercero un provecho patrimonial antijurídico») permitía una considerable ampliación en el ámbito de los medios comisivos sin que la conducta así descrita perdiera su específico desvalor de injusto. En el ámbito del delito de coerción, en cambio, donde una concreción de los objetivos del autor se encuentra por definición descartada, el desvalor de la conducta tenía que descansar primordialmente en la antijuricidad de los medios empleados. De todas formas, la limitación de la amenaza coercitiva a la amenaza con la comisión de un crimen o simple delito era considerada como una restricción excesiva, estimándose *de lege ferenda* preferible ampliar el tipo a la amenaza con ejecutar una acción antijurídica (90).

Esta situación cambió a fines del siglo XIX. En una conocida monografía relativa la antijuricidad del delito de coerción (91), Goldschmidt adoptó también como punto de partida la asimetría existente entre amenaza extorsiva y amenaza coercitiva, pero para criticarla como una injustificada preponderancia de la protección del patrimonio por sobre la protección de los bienes personalísimos. El caso propuesto como ejemplo principal era el chantaje de carácter sexual, que debía quedar impune conforme al Código de 1871 mientras que el chantaje de carácter patrimonial recibía una considerable sanción (92). También la tesis político-criminal subyacente a la regulación del Código de 1871 fue criticada por Goldschmidt apoyándose en el material proporcionado por la codificación sajona, que expresamente distinguía entre la antijuricidad basada en el carácter ilícito del medio coercitivo empleado y la antijuricidad basada en la ilicitud del propósito coercitivo perseguido (93). El aporte original de Goldschmidt consistió sin embargo en postular un nuevo supuesto fundante de la antijuricidad de la coerción, consistente en la falta de conexión entre medio y fin, aunque estos fueran en sí mismos lícitos (94). Con ello quedaba restablecida la validez político-criminal del modelo alemán de regulación de la coerción originario (no-prusiano), tal como fuera ideado por Tittmann. La propuesta de *lege ferenda* del propio Goldschmidt consistía en adoptar el art. 154 del Código penal italiano de 1889, que a su vez se remontaba a la codificación particular alemana no-prusiana, como más adelante se verá.

(90) Cfr. por todos, GEYER, *Verbrechen gegen die persönliche Freiheit*, cit., p. 571.

(91) *Die Strafbarkeit der widerrechtlichen Nötigung nach dem Reichsstrafgesetzbuch*, 1897.

(92) *Op. cit.*, pp. 4-6.

(93) *Ibidem*, pp. 14-16.

(94) *Ibidem*, pp. 23-26.

La crítica de Goldschmidt encontró inmediata aceptación en la doctrina alemana, en el sentido que los tipos de la coerción y la extorsión debían ser estructurados de modo estrictamente paralelo (95). Pero con ello no quedaba automáticamente resuelta la determinación del ámbito típico de la amenaza, como pretendía Goldschmidt. Pues al mismo tiempo que era criticada la restricción de la amenaza coercitiva (§ 240), era también objeto de dura crítica la excesiva extensión del ámbito típico de la amenaza extorsiva (§ 253). El factor detonante de esta crítica fue la aplicación jurisprudencial del delito de extorsión a los trabajadores involucrados en conflictos laborales: la amenaza con ir a huelga y/o emprender un boicot pasaron a ser sancionadas como extorsión (en grado de tentativa), no obstante que la legislación especial establecía expresamente la impunidad del ejercicio de la huelga o de otros medios semejantes de presión (96).

Inicialmente, la doctrina concentró sus esfuerzos en rebatir lo que se consideraba como el punto más débil de la jurisprudencia, a saber, considerar «antijurídico» cualquier provecho patrimonial perseguido sin tener un título legítimo para exigirlo. En contra, se hizo ver que la antijuricidad del provecho patrimonial debía ser deducida de las normas del derecho privado, atendiendo a la ilegitimidad de su adquisición (97). Esta solución implicaba una remisión a las normas de

(95) Así, ROSENFELD, «Verbrechen wider die persönliche Freiheit», en *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*, BT-V, 1905, pp. 410 y 494; FRANK, «Raub und Erpressung», en *Vergleichende Darstellung... cit.*, BT-VI, 1907, p. 166; BINDING, *Lehrbuch... cit.*, pp. 85-86; el mismo, *Die Normen und ihre Überleitung*, 2.ª ed. (1916, reimpresión de 1991), II-2, pp. 1018-1019.

(96) La primera sentencia de relevancia en esta materia es el fallo del Tribunal del Reich de fecha 6 de octubre de 1890 (RGSt 21,114). De la vasta literatura alemana de fines del siglo pasado y principios de este siglo sobre coerción, extorsión y conflictos laborales resultan de especial interés para la teoría de la amenaza coercitiva: MEVES, *Das strafrechtliche Privileg in §§ 152, 153 der Gewerbeordnung*, en GA 40 (1892), pp. 264 y ss.; FRANK, *Anmerkung zum Urteil des Dritten Senats des RG v. 6. Oktober 1890 (RGSt 21,114)*, en ZSW 14 (1894), pp. 392 y ss.; LOWENFELD, *Koalitionsrecht und Strafrecht*, en Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik von Heinrich Braun, XIV (1899), pp. 471 y ss.; HEINEMANN, *Zur Behandlung der Streikvergehen in der deutschen Gesetzgebung und Rechtsprechung*, en Festschrift für Richard Wille zum 12. September 1900 (1900), pp. 135 y ss.; HEINE, *Koalitionsrecht und Erpressung*, en Archiv für Soziale Gesetzgebung und Statistik, XVII (1901), pp. ss.; FREY, *Streik und Strafrecht*, 1906, esp. pp. 73 y ss.; KÜHNE, *Der Tatbestand der Erpressung im § 253 des Reichsstrafgesetzbuches*, 1906, esp. pp. 82 y ss.; VON TSCHEENDORF, *Koalitionszwang und Erpressung im gewerblichen Lohnkampf*, en GA 54 (1907), pp. 441 y ss.; KÖPKE, *Das Verhältnis des Streiks zur Erpressung und öffentlichen Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetz*, 1910, esp. pp. 5-24.

(97) MERKEL, *Raub und Erpressung*, en VON HOLTZENDORF (ed.), *Handbuch*

la *actio quod metus causa*, cuyos requisitos eran ciertamente más estrictos que los del Código penal (98). Pero después de la entrada en vigor del Código civil alemán (1901), esta remisión debía ser efectuada al § 123 BGB, el que no sólo dejaba la cuestión sin determinar (el precepto, aún vigente, declara anulable a los actos jurídicos que han sido «antijurídicamente determinados mediante amenazas»), sino que además se encontraba deliberadamente construido tomando como modelo el tipo penal de la extorsión (99).

El giro radical de la crítica al delito de extorsión fue dado por Frank. Primero en su monografía de derecho comparado sobre los delitos de robo y extorsión (1907), y luego en la 5.^a-7.^a edición de su comentario (1908). Frank calificó explícitamente a la determinación de la antijuridicidad de la amenaza como el problema central del delito de extorsión. Su propuesta de solución también marcó el futuro rumbo de la doctrina alemana. Partiendo del carácter de atentado contra la libertad del delito de extorsión, y basándose en la relatividad de la libertad como bien jurídico protegido, Frank sostuvo que sólo una restricción anormal, que excediera los parámetros usuales de pre-

des *Strafrechts*, III, 1874, pp. 731 y ss.; WAAG, *Was ist unter «Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen» zu verstehen?*, en GS 31 (1879), pp. 241 y ss.; FRANK, *Anmerkung... cit.*; JEHLE, *Der rechtswidrige Vermögensvorteil bei Erpressung und Betrug*, 1905.

(98) Tanto en lo que se refiere a la naturaleza del mal amenazado (*maioris malitatis*: muerte, tormento, encadenamiento, reducción a esclavitud, violación), como a la naturaleza del efecto psíquico causado en el coaccionado (Dig. 4,2,6: *Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat*). Al respecto, cfr. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1840, III, pp. 99 y ss.; REGELSBERG, *Pandekten*, 1893, I, pp. 529 y ss.; DERNBURG, *Pandekten*, 5.^a ed. (1896), I, pp. 243 y ss.; desde la perspectiva de la romanística moderna, HARTKAMP, *Der Zwang im Römischen Privatrecht*, 1971, esp. pp. 20 y ss.

(99) *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I. Allgemeine Theil. Amtliche Ausgabe* (2.^a ed., Berlin, 1896), pp. 204-208. Siguiendo la terminología de los tratadistas del siglo XIX, los proyectos iniciales de Código Civil hablaban de «inducir antijurídicamente a alguien a manifestar una declaración de voluntad, infundiéndole un justo temor» [Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, § 101, *Allgemeiner Theil. Vorlage des Redaktors Dr. Gehlhard* (1881), en SCHUBERT (ed.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeiner Teil-Teil I* (1981), p. 19]. En el seno de la Comisión del Ministerio de Justicia se propuso primero sustituir la expresión «inducir un justo temor» por la fórmula «determinar mediante la fuerza (Zwang)», para finalmente decidirse en favor de la sola expresión «amenazar», ya que a juicio de los miembros de la Comisión resultaba injustificado exigir otros requisitos que la finalidad coercitiva de la amenaza [Primera Comisión, 28.^a sesión, de 2-12-1881, Protocolo I, pp. 199-200, en H. H. JAKOBS-SCHUBERT (eds.), *Die Beratung des Bürgerlichen Strafgesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen* (1985) *Allgemeiner Teil, I. Teilband*, p. 601].

sión de la voluntad ajena imperantes en el tráfico jurídico, podía ser jurídicamente relevante como medio de coerción. Conforme a sus propias palabras, la amenaza es antijurídica cuando la irrogación del mal con que se amenaza lo es también en sí misma considerada, o cuando, a pesar de ser en sí misma lícita, «se encuentra fuera de una conexión natural, acorde al tráfico, con la decisión a la que el amenazado ha de ser coaccionado» (100).

La tesis de Frank fue recibida como la expresión imprecisa de un postulado en lo esencial correcto. De aquí que la doctrina posterior (1907-1917) puede ser calificada como un intento de precisar tal postulado mediante la elaboración de una o más fórmulas generales. El común denominador de todos estos intentos es la idea — tomada de Frank — que la antijuridicidad de la amenaza coercitiva requiere de una concreción adicional y que ella no puede determinarse atendiendo únicamente a la antijuridicidad del mal con que se amenaza, sino a la relación entre mal amenazado y condición impuesta bajo amenaza. A partir de este común denominador, las distintas propuestas difieren considerablemente entre sí. En un extremo se encuentra la postura moralizante, que ve en la infracción a las buenas costumbres el elemento definitorio de la amenaza extorsiva, ya sea en general (101) o bajo la forma específica de un acto inmoral de explotación de la situación de necesidad en que se encuentra la víctima (102). La teoría contractual llega en los hechos a los mismos resultados que la postura anterior, aunque mediante una fórmula negativa referida a derecho privado, conforme a la cual la tipicidad de la amenaza extorsiva se encuentra excluida cuando ella ha dado lugar a la celebración de un acto jurídico no susceptible de invalidación (103). En el otro extremo se sitúa el pensamiento de la relación,

(100) *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 5.^a-7.^a ed. (1908), § 253 II.2, p. 411. La idea de una «conexión natural» entre mal amenazado y condición impuesta como fundamento de exclusión de la antijuridicidad de la amenaza coercitiva fue tomada por Frank de la codificación noruega (cfr. *Raub und Erpressung*, cit., p. 106).

(101) KOHLER, *Über den Begriff der Erpressung*, en GA 56 (1909), pp. 190 y ss.

(102) KOLLMANN, *Die Lehre von der Erpressung nach deutschem Recht*, 1910, esp. pp. 83-100; el mismo, *Der Begriff der Rechtswidrigkeit im Sinne der Erpressung*, en ZSW 31 (1991), pp. 53 y ss.; BOERCKEL, *Das Delikt der Erpressung mit Rücksicht auf die Reform des Strafgesetzbuchs*, 1911, esp. pp. 66-74.

(103) KLEFF, *Der Erpressungsbegriff auf vertragsrechtlicher Grundlage*, 1911, esp. pp. 33 y ss.; el mismo, *Zur vertragstheoretischen Konstruktion der Erpressung*, en ZSW 34 (1913), pp. 672 y ss. La remisión al derecho privado efectuada por Klee se diferencia de la efectuada originalmente por la doctrina alemana a la *actio quod metus causa* por el hecho que según Klee la invalidación del acto jurídico en razón de la coerción ejercida no es la única ni tampoco la principal norma del derecho privado que debe ser tomada en consideración. En los hechos, la teoría de Klee no es más que una adopción de la elaboración privatista de la nulidad por

que rechaza la remisión a pautas morales en el ámbito del derecho penal, y retomando una antigua fórmula de Binding afirma la antijuricidad de la amenaza en aquellos casos en que no corresponda a la esencia del mal amenazado el evitarlo mediante la destinación del provecho patrimonial perseguido (104). Finalmente, la teoría del efecto restrictivo de la libertad, volviendo a la formulación originaria de Frank, pretende atenerse exclusivamente a la naturaleza de la amenaza para sostener la existencia de una restricción a la libertad cuando el provecho patrimonial no puede ser adquirido mediante la irrogación del mal amenazado (105).

Teniendo presente esta multiplicidad de fórmulas, no es de extrañar que los primeros trabajos de reforma global (106) del Código de 1871 hayan demostrado poca claridad en este aspecto (107). El

contrariedad a las buenas costumbres (§ 138-I BGB), especialmente bajo la forma de explotación, análoga a la usura (§ 138-II BGB).

(104) ENGELHARD, *Das Chantage-Problem im geltenden und künftigen deutschen Strafrecht*, 1912, esp. pp. 52 y ss.; el mismo, *Die Erpressung nach Vertrags- und Relationstheorie*, en ZSNW 35 (1914), pp. 414 y ss.; y, *Zur Problematik des Erpressungstatbestandes*, en Frank-FS, II, 1930 (reimpresión 1969), pp. 391 y ss. Es importante remarcar que en la versión de Engelhard el pensamiento de la relación no busca afirmar un juicio de improbabilidad, sino que se basa solamente en la vinculación de un objeto no patrimonial (evitación de un mal determinado) a la disposición patrimonial como medio de intercambio. De aquí que la fórmula de Engelhard estuviera estrictamente limitada al ámbito de la extorsión, siendo impracticable su extensión a casos de coacción no patrimonial (cfr. *Das Chantageproblem... cit.*, pp. 123 y ss. y *Zur Problematik... cit.*, p. 413).

(105) NIPPERDEY, *Grenzlínen der Erpressung durch Drohung unter besonderer Berücksichtigung der modernen Arbeitskämpfe*, 1917, esp. pp. 69 y ss.

(106) El delito de extorsión fue también objeto de un proyecto de reforma parcial, presentado al Parlamento alemán con fecha 12 de marzo de 1909. Respondiendo al marco doctrinario anterior a 1907, este proyecto se limitaba a remarcar el carácter patrimonial de la extorsión, creyendo con ello poder poner término a su utilización en el marco de los conflictos laborales (cfr. al respecto las críticas de FRANK, VON LLENTHIAL, HEINE, y BRAUWEILER, en ZSNW 29 (1909), pp. 639-646, 647-656, 656-665, y 33 (1912), pp. 93-103, respectivamente).

(107) A la discusión en torno a la concreción de la antijuricidad de la amenaza extorsiva debe agregarse el debate en torno a la relevancia de la antijuricidad del fin perseguido para la punibilidad de la coacción. Para una postura minoritaria, relevante en los inicios de la vigencia del Código de 1871, la expresión «antijurídicamente» (*widerrechtlich*) del § 240 exigía la constatación de un fin ilícito, resultando en consecuencia impunes, a título de coacción conductas como impedir la comisión de un delito o de un suicidio o exigir el pago de una deuda, cualquiera que hubiera sido el medio comisivo empleado [cfr. BRÜCK, *Zur Lehre von den Verbrechen gegen die Willensfreiheit*, 1875, esp. pp. 57-59; JOHN, *Bemerkungen zu Urteilen der Strafsenate des Reichsgerichts, I. Nötigung*, en ZSNW 1 (1881), pp. 222 y ss.; ZIMMERMANN, *Zur Auslegung der §§ 240 u. 241 des deutschen St.G.B.'s*, en GS 32 (1881), pp. 600 y ss.]. Por el contrario, la doctrina mayoritaria [GEYER, *Verbrechen... cit.*, IV, p. 393; VON BURI, *Zu §§ 240, 242, 193 des St.G.B.'s*,

Anteproyecto de 1909 (108) se situó más bien en el marco doctrinario previo a la evolución desencadenada por la crítica de Frank, al poner el acento únicamente en la antijuricidad del propósito perseguido por el autor, creyendo con ello compensar suficientemente la ampliación del ámbito de la amenaza en el delito de coacción (109). Por su parte, el Contraproyecto de 1911 utilizó las expresiones «para producir un resultado contrario al Derecho» (coacción) (110) y «con el propósito de obtener (...) un provecho patrimonial contrario al derecho» (extorsión) (111), en el entendido que con ellas no se hacía referencia a una conducta contraria al derecho como objeto de la coacción, sino que se excluía la punibilidad de los casos en que el medio empleado fuera adecuado en relación al fin perseguido (112). Finalmente, el

en GS 33 (1881); OLSHAUSEN, *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, II, 1.^a ed. (1883), pp. 834-835; HALSHNER, *Das gemeine... cit.*, pp. 123-127; BINDING, *Lehrbuch des Allgemeinen Deutschen Strafrechts*-BT-1, 1.^a ed. (1896), p. 38; VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 8.^a ed. (1897), p. 372; VON KATTE, *Der § 240 des Strafgesetzbuches*, 1898, esp. pp. 15-34; BOLLAG, *Die Grenzen der strafbaren Nötigung*, 1900, esp. pp. 107-112; FRANK, *Das Strafgesetzbuch... cit.*, 2.^a ed. (1901), pp. 295-296], así como la jurisprudencia constante del Tribunal del Reich (RGSt. 1, 5; 2, 286; 3, 179; 7, 63; 12, 194; 19, 75; 15, 138), sostuvieron que la punibilidad de la coacción sólo exigía antijuricidad del medio comisivo empleado (violencia, amenaza con un mal constitutivo de delito). Cabe señalar, eso sí, que el principal objetivo de la tesis dominante era evitar la impunidad del ejercicio arbitrario del propio derecho, restando discutida la punibilidad del impedimento de la comisión de un delito o de suicidio.

(108) «§ 240. Coacción. El que con un propósito antijurídico consintiera a otro mediante violencia o amenaza a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con prisión de hasta dos años o con multa de hasta tres mil marcos.» «§ 275. Extorsión. El que, fuera de los casos del § 274 (Robo), con el propósito de obtener para sí o para un tercero una ventaja antijurídica, obtiene de otro mediante violencia o amenaza un provecho patrimonial por la fuerza, será castigado con prisión.» [*Vorenwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, Berlin 1909 (reimpresión 1990), pp. 48, 55].

(109) *Vorenwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch-Begründung*, Berlin 1909 (reimpresión 1990), pp. 673-674, 757. En el marco del delito de coacción, el acento puesto en el propósito antijurídico cumplía además la función de acoger la postura doctrinaria que exigía la antijuricidad del fin para fundamentar la punibilidad de la conducta (cfr. nota 107).

(110) «§ 277. Coacción. El que, con el propósito de producir un resultado contrario al derecho, consintiera a otro mediante violencia o amenaza a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con prisión.» (*Gegenentwurf zum Vorenwurf eines deutschen Strafgesetzbuches*, Berlin 1911, p. 77).

(111) «§ 320. Extorsión. El que, con el propósito de obtener para sí o para un tercero un provecho patrimonial contrario al derecho, daña el patrimonio ajeno al constreñir a otro mediante violencia o amenaza a la celebración de un negocio jurídico, será castigado con prisión.» (*Gegenentwurf zum Vorenwurf eines deutschen Strafgesetzbuches*, Berlin 1911, p. 89).

(112) *Gegenentwurf... cit.*, *Begründung*, pp. 292-293, remitiéndose a la fórmula

Proyecto de la Comisión para la Reforma del Código Penal de 1913 optó por regular distintamente los delitos de coerción y extorsión. Mientras que para el primero decidió limitar el tipo a la comisión de un mal antijurídico (113), extendió el ámbito típico de la extorsión también a «la amenaza que contraviene las costumbres del recto tráfico» (114). Esta última fórmula corresponde obviamente a la versión moralizante de la tesis de Frank (115). La restringida redacción del tipo de coerción, en cambio, se explica como un intento por establecer un punto medio entre la antijuridicidad del medio comisivo (Código de 1871) y la del fin perseguido (Anteproyecto de 1909) como fundamento de la punibilidad de la coerción (116). Con ello sin embargo, la Comisión no hizo otra cosa que retroceder treinta años, volviendo a la propuesta originaria de los comentaristas del Código (cfr. nota 90).

acuñada por VON LISZT [*Lehrbuch...* cit., 14.^a, 15.^a ed. (1905), p. 473] y entendiéndose con ello dar acogida a la nueva tendencia doctrinaria en materia de la extorsión (en especial la tesis de Frank). En el marco del delito de coerción, la fundamentación del Contraproyecto se inclina también por acoger a la postura minoritaria, tal como lo hiciera el Anteproyecto (*op. cit.*, pp. 262-263).

(113) § 310. Coerción. El que mediante violencia o mediante amenaza con violencia o con otro comportamiento antijurídico constribe a otro a una acción, tolerancia u omisión, a la que éste no se encuentra jurídicamente obligado, será castigado con prisión de hasta dos años o con multa.» [*Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission*, Berlin 1913, p. 83 (reimpresión en SCHUBERT (ed.), *Entwürfe der Strafrechtskommission zu einem Deutschen Strafgesetzbuch und zu einem Einführungsgesetz (1911/1914)*, 1990, p. 331].

(114) «§ 365. Extorsión. El que, con el propósito de obtener para sí o para un tercero un provecho patrimonial que no tenga derecho a exigir, dañe el patrimonio ajeno al constreñir a otro a una acción, tolerancia u omisión mediante violencia, amenaza con violencia o con otro comportamiento jurídico, o mediante una amenaza que contradice las costumbres del recto tráfico, será castigado con prisión.» (*Entwurf...* cit., p. 97/345).

(115) Esta fórmula procede de una propuesta del comisionado Jöel (Sesión 174, de 21-10-1912; en SCHUBERT (ed.), *Protokolle der Kommission für die Reform des Strafgesetzbuches*, vol. III, 1990, p. 310), que logró imponerse frente a la idea de exigir antijuridicidad respecto de la coacción (Engelhardt) frente a la remisión a las reglas sobre validez de los actos jurídicos (v. Hippel), e incluso frente a la versión no moralizante de la tesis de Frank (Niedermayer).

(116) Su redacción proviene de una propuesta del comisionado Jöel, efectuada precisamente tomando al Anteproyecto de 1909 como modelo [SCHUBERT (ed.), *Protokolle...* cit., sesión 183 (11-11-1912), vol. III, 1990, p. 404]. En el seno de la Comisión fue también presentada, aunque sin éxito, una propuesta que siguiendo la tesis de Goldschmidt y v. Liszt optaba por entregar a la jurisprudencia y doctrina la elaboración de los criterios determinadores de la antijuridicidad, consagrando de un modo amplio la amenaza como medio comisivo (SCHUBERT (ed.), *op. cit.*, pp. 406-407).

Apartándose de sus antecesores, el Proyecto de 1919 (117) introdujo una nueva formulación para el delito de coerción, que dominó los sucesivos trabajos de reforma durante más de una década. Con una redacción ligeramente modificada, esta nueva regulación aparece en el Proyecto de Radbruch de 1922 (118) y luego en los Proyectos de 1925 (§§ 253, 254) y 1927 (§§ 279, 280) y en el Proyecto de Kahl de 1930 (§§ 279, 280). El nuevo pensamiento básico consistía en distinguir entre dos tipos de coerción: uno cuya antijuridicidad se basaba en el desvalor de injusto de los medios comisivos en términos idénticos a los del Código de 1871, y otro fundado en la ilegitimidad del fin perseguido. El resultado coercitivo correspondiente al primero podía no ser en sí mismo antijurídico, sancionándose con ello la realización arbitraria del propio derecho. Por su parte, el medio comisivo correspondiente al segundo delito —denominado «coerción del honor» (*Ehrennütigung*)— no era en sí mismo necesariamente ilícito pero sí de un ámbito claramente determinado correspondiendo a la amenaza de divulgar hechos infamantes para el coaccionado. En lo que se refiere al delito de extorsión, si bien también se limitó el ámbito de la amenaza a la comisión de ciertos males específicos (119), ello no dio lugar a la separación del tipo en dos hipótesis diversas, ni tampoco se exigió que la disposición patrimonial con-

(117) «§ 312. Coerción. El que mediante violencia o mediante amenaza con violencia o con un crimen o simple delito constribe a otro a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con prisión de hasta dos años o con multa. / Del mismo modo será castigado el que, mediante amenaza con una denuncia o con otra forma de perjuicio para el honor o el buen nombre, constribe a otro a someterse a una exigencia contraria a las buenas costumbres.» (*Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, II Teil-Entwurf von 1919*, p. 70).

(118) «§ 246. Coerción. El que mediante violencia o amenaza con un crimen o simple delito constribe a otro a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con prisión, ya sea que el mal conminado esté dirigido contra el propio amenazado o contra alguno de sus parientes.» / «§ 247. Coerción del honor. El que mediante amenaza con una denuncia, o con la divulgación de un hecho idóneo para hacer peligrar el buen nombre, constribe a otro a someterse a una exigencia contraria a las buenas costumbres, será sancionado con prisión, ya sea que el mal conminado esté dirigido contra el propio amenazado o contra alguno de sus parientes.» [*Guidab Radbruchs Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922)*, ed. por DEHLER y E. SCHMIDT, 1952, p. 31].

(119) A saber, la «amenaza con violencia o con un crimen o simple delito» y la «amenaza con una denuncia o con otros perjuicios para el honor o el buen nombre» (Proyecto 1919, art. 370), que posteriormente pasaron a constituir el concepto general de «amenaza peligrosa» con una redacción modificada: «amenaza con violencia o con un crimen o simple delito, con una denuncia o con la revelación de un hecho idóneo para poner en peligro el buen nombre, ya sea que el mal se dirija contra el mismo amenazado o contra alguno de sus parientes» (Proyecto 1922, § 11 Nr. 7; Proyecto 1925 § 9 Nr. 7; el Proyecto 1927 sustituye la expresión «alguno de sus parientes» por la expresión «otro»: § 9 Nr. 7).

traviniere a las buenas costumbres cuando fuera extorsionada bajo amenaza de atentar contra el honor.

Esta restricción de la amenaza con hechos en sí mismos no prohibidos a la comisión de atentados contra la intimidad o el honor corresponde obviamente a la idea francesa del «chantage» como forma especial de extorsión (120) y su recepción en el marco del derecho penal alemán constituye una completa anomalía. Pues, a pesar de que Frank sugiriera en su momento la posibilidad de limitar el delito de extorsión a esta clase de amenazas (121) y de que semejante solución no pareciera posteriormente de propugnadores (122), lo cierto es que la doctrina y la política criminal alemanas se mostraron contrarias tanto a la división de los delitos de extorsión y coacción en dos tipos diversos como a la restricción del ámbito de la amenazas con un mal en sí mismo lícito a ciertos comportamientos específicos. Las razones para ello eran básicamente dos. En primer lugar, que con esta técnica se dejaba en la impunidad casos no menos relevantes de amenazas coercitivas, y, en segundo término, que la restricción de la amenaza a la comisión con divulgar o denunciar hechos íntimos o infamantes no bastaba para precisar lo injusto del delito de coacción, ya que eran pensables casos en que el uso de semejante amenaza no fuera sin embargo constitutivo de una coacción o extorsión antijurídica (por ejemplo, amenazar con denunciar la comisión

(120) Art. 400-II C.p., introducido por la Ley de 13 de mayo de 1863 (acerca de su surgimiento histórico, cfr. MALVEZY, *Essai sur le crime d'extorsion de titres ou de signatures et sur le délit de chantage*, 1896, pp. 43 y ss.; BONHOMÉ, *Du chantage*, 1905, pp. 1-29; MELLOR, *Le chantage dans les moeurs modernes et devant la loi*, 1937, pp. 171 y ss.). La idea francesa del chantaje no fue tomada sin embargo directamente del Código penal francés, sino del art. 133 del Proyecto de Código penal suizo de 1918 (cfr. *Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizministeriums. Berlin 1920. Dritter Teil: Denkschrift zu dem Entwurf von 1919*, p. 319). Por otra parte, el origen directo de la regulación del Proyecto de 1919 se encuentra en un artículo programático de EBERMAYER, Presidente de uno de los Senados del Tribunal del Reich y miembro de la comisión que elaboró el Proyecto, en el cual la diferencia de medios comisivos era vinculada a una diferencia de fines perseguidos: la persecución de fines contrarios al Derecho resultaba así punible cualquiera fuera el medio comisivo utilizado (es decir, cualquiera fuera el mal con que se amenazaba), y la persecución de fines jurídicamente irrelevantes o permitidos sólo era sancionada cuando fueran utilizados medios comisivos antijurídicos (violencia, amenaza con violencia, amenaza con medios comisivos antijurídicos [violencia, divulgación de secretos íntimos]). [*Nötigung und Erpressung im geltenden und künftigen Strafrecht*, en: *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht* XIII (1919), S. 296-306].

(121) *Raub und Erpressung...* cit., p. 107.

(122) Su más vehemente defensor fue REINHOLD, *Die Chantage*, 1902, especialmente pp. 102 y ss.

de un delito para constreñir al delincuente a reparar los daños causados) (123).

Como sea, este intento por establecer el chantaje en Alemania no logró imponerse en definitiva, volviendo a ejercer su influencia la tesis de la falta de conexión entre medio y fin como elemento fundante de lo injusto de la coacción mediante amenaza. Este punto de vista es claramente perceptible en la fase final del proceso de reforma. En virtud de una propuesta formulada por el Gobierno el 24 de junio de 1930, la comisión parlamentaria encargada de la revisión del Proyecto de 1927 decidió refundir los párrafos destinados a la coacción genérica y al chantaje en una sola disposición (124), ampliando el concepto legal de «amenaza peligrosa» procedente del Proyecto Radbruch de 1922 a...

«... una amenaza con violencia, con un crimen o simple delito o con otro mal sensible, cuya comisión o irrogación para obtener el fin perseguido por el amenazador infringe las buenas costumbres, ya sea que el mal conminado deba alcanzarse al amenazado mismo o a otra persona» (125).

(123) STÄMPFEL, *Erpressung und Chantage nach deutschem, französischem und schweizerischem Strafrecht*, 1903, esp. pp. 70-71 y 149 y ss.; MITTERMAIER, *Raub und Erpressung*, en ASCHROTT-VON LISZT (eds.), *die Reform des Strafgesetzbuchs*, III, BT, 1910, pp. 380-381; KOLLMANN, *Die Lehre...* cit., pp. 191 y ss.; BOERCKEL, *Das Delikt...* cit., pp. 70-74; KLEE, *Der Erpressungsbegriff...* cit., p. 116; ENGELHARD, *Das Chantage-Problem...* cit., pp. 110 y ss.; FECHNER, *Der Begriff der Erpressung in einem neuen Gesetz*, 1912, p. 19; SCHINK, *Der Erpressungsbegriff in eine neuen Strafgesetzbuche*, 1915, pp. 21 y ss. Para la crítica específica del Proyecto de 1927, cfr. BECHTEL, *Die Erpressung durch Androhung rechtmäßiger Handlungen*, 1927, pp. 67 y ss.; ZAPP, *Zur Gestaltung des Erpressungsabstandes*, 1927, pp. 41-43, y, ante todo, ENGELHARD, *Zur Problematik...* cit., pp. 414 y ss.

(124) § 279. Coacción. El que mediante violencia o amenaza peligrosa consintiere a otro a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con prisión. / La tentativa es punible.» (*Protokolle des Reichsausschusses über den Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs*, Reichstag, IV. Wahlperiode, 21. Ausschuß, 142. Sitzung, pp. 7-8).

(125) *Protokolle...* cit., loc. cit. La idea central de esta propuesta consistió en utilizar la definición de «amenaza peligrosa» como común denominador para la mayoría de los tipos de coacción contra personas individuales. Eso sí, no resulta nada claro hasta dónde sus redactores tuvieron plena conciencia de la enorme ampliación del ámbito de la amenaza coercitiva que ello implicaba. En su fundamentación se hace ver que el fenómeno característico de la coacción del honor —aplicación de un medio en sí mismo permitido para la persecución de un fin contrario a las buenas costumbres— ya se encuentra incorporado en una cláusula general como la propuesta, razón por la cual es posible prescindir de su tipificación como delito autónomo (*Protokolle...* loc. cit.). Y luego se agrega que si bien es cierto que esta modificación amplia «en pequeña medida» el ámbito típico de los demás tipos de coacción, ello corresponde a supuestos que en todo caso se han revelado

Esta nueva formulación —ahora común a las amenazas extorsiva y coercitiva— fue mantenida también en los trabajos de reforma realizados con posterioridad al advenimiento del Nacionalsocialismo, en el seno de la Comisión para el Derecho Penal presidida por el Ministro de Justicia Gürtner. Tanto el Anteproyecto de 1933 (§§ 9 num. 7, 277) como los Proyectos de 1933/34 (§§ 298, 357 num. 2), de diciembre de 1936 (§§ 88 num. 1, 430) y de diciembre de 1939 (§§ 88 num. 1, 435) se remitieron a la falta de conexión entre el mal con que se amenaza y el fin perseguido para delimitar lo injusto de la amenaza coercitiva (126). Con esta consagración legislativa de la teoría de la falta de conexión entre medio y fin, la actividad mayoritaria nacionalsocialista dio definitivamente por superadas todas las insuficiencias que habían aquejado a los Proyectos en materia de coacción y extorsión desde 1909 hasta 1930 (127).

El delito de coacción no fue sin embargo modificado en el marco de una reforma global del Código de 1871, pues ésta nunca llegó a concretarse bajo el régimen nacionalsocialista. Su modificación se produjo con ocasión de la promulgación del Reglamento para la Adquisición del Derecho penal del Imperio y de los Territorios Imperiales de los Alpes y del Danubio, de 29 de mayo de 1943, que le dio la siguiente redacción al precepto (128):

como dignos de ser sancionados (*ibid.*). Las impresiones de que esta modificación se basó en una inadvertencia se ve reafirmada por la labor previa de la comisión. Pues el origen inmediato de esta fórmula obedeció al propósito precisamente inverso, de restringir el sentido de la enumeración taxativa de males susceptibles de coacción. En vez de servir como sustituto de la amenaza con una denuncia o con un atentado contra el honor, la fórmula en cuestión había sido antes propuesta para los delitos de resistencia de la fuerza pública con la finalidad de precisar que incluso las «amenazas peligrosas» —esto es, las taxativamente señaladas por el Proyecto de 1927— debían cumplir con el requisito de consistir en un «anuncio de un mal que infringe las buenas costumbres» (*Protokolle... cit.*, Reichstag, IV. Wahlperiode, 21. Ausseß, 37. Sitzung, 31-1-1929, pp. 2-3).

(126) Abandonándose eso sí a partir del Proyecto 1933/34 la denominación de «amenaza peligrosa», y reformulándose la definición legal de amenaza del siguiente modo: «amenaza con violencia o con un mal sensible, cuando contraviene a las buenas costumbres conminar la violencia o el mal para el fin perseguido» [*Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches (Entwurf der amtlichen Strafgesetzbuchkommission, I. Lesung 1933/34)*, p. 80, en: SCHUBERT-REGGE, *Quellen zur Reform des Strafrechts, I. Abteilung, NS-Zeit*, I. Band, 1. Halbband, 1989, p. 143]. Esta variación se debió a una proposición efectuada por MEZGER en la Sesión num. 42 (14-9-1934) de la Comisión para el Derecho penal (cfr. SCHUBERT-REGGE, *op. cit.*, II-2, pp. 448-449, 762 y 789).

(127) Cfr. RIEFERSCH, *Angriffe auf die Freiheit*, en GÜRTNER, *Das kommende deutsche Strafrecht*, 2.^a ed. (1936), pp. 421-422; como también la fundamentación del Proyecto de diciembre de 1936 en: SCHUBERT-REGGE, *op. cit.*, I-1, pp. 80 y 262.

(128) *Reichsgesetzblatt*, 1943, Teil I, p. 341 (Nr. 57, Berlin den 1. Juni 1943). Mediante el artículo 3 del Reglamento para la ejecución de estas disposiciones,

«§ 240

(1) El que mediante violencia o amenaza con un mal sensible antijurídicamente constribe a otro a una acción, tolerancia u omisión, será castigado por coacción con prisión o con multa, en los casos especialmente graves, con prisión correccional o con prisión no inferior a seis meses.

(2) El hecho es antijurídico si la aplicación de la violencia o la irrogación del mal en relación con el fin perseguido contradice el sano sentimiento popular.

(3) La tentativa es punible.»

En la breve exposición de motivos se aduce como fundamento de esta reforma la necesidad de adecuar el derecho penal alemán y austriaco. Esto puede en cierta medida explicar el hecho de haberse remediado la asimetría entre extorsión y coacción, ya que ambos delitos constituirían uno sólo en el derecho penal austriaco de la época. También la ampliación del ámbito de la amenaza coercitiva pudo haberse inspirado en el derecho austriaco, que no exigía que el mal amenazado fuera constitutivo de delito (129). Pero tanto la conservación de la coacción y la extorsión como dos tipos paralelos, como asimismo la extraordinaria amplitud del ámbito asignado a la amenaza, demuestran que el propósito legislativo consistió más bien en darle a la coacción del § 240 la misma estructura que la extorsión del § 253 C.p. alemán, que en homogeneizar las legislaciones alemana y austriaca en esta materia. En esto, el reglamento de 29 de mayo de 1943 no hizo más que seguir las directrices del Proyecto de 1939 (130).

también de fecha 29 de mayo de 1943, se extendió la nueva redacción del delito de coacción al tipo de la extorsión simple (§ 253 C.p.).

(129) Asi, SCHÖNKE, *Die Änderungen des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts durch die novellen vom 29. Mai 1943*, en: Deutsches Recht, 13 (1943), pp. 726-727.

(130) El origen inmediato de esta reforma se encuentra en un artículo programático de FREISLER, Secretario de Estado del Ministerio de Justicia, quien después de comparar la regulación de la coacción en los Códigos penales alemán y austriaco propone la regulación del Proyecto de diciembre de 1939 como la fórmula óptima para la fusión de ambos (*ein Reich - ein Recht! Gedanken zur Verschmelzung des österröschischen und österreichischen Strafrechts*, en DJ 1941, pp. 478 y ss.). En un punto sin embargo el Reglamento de 1943 difiere diametralmente del Proyecto de 1939, mientras que éste visualiza la relación medio-fin considerando a la amenaza y al propósito perseguido, el Reglamento de 1943 toma en consideración la irrogación del mal amenazado y el propósito coercitivo. Según KLEI, esta divergencia se explicaría en parte por la inclusión del uso de violencia en la cláusula de antijuricidad y en parte también por una mera inadvertencia del legislador [*Notierung und Erpressung*, en: Deutsches Strafrecht N.F. 10 (1943), p. 130].

Desde otra perspectiva, Callies ha pretendido explicar la reforma del § 240 como un producto típico de la tendencia nacionalsocialista a sustituir la técnica de la tipificación por la remisión a cláusulas generales de punibilidad (131). Esta tesis confunde sin embargo tres aspectos completamente diversos de la regulación introducida por el Reglamento de 1943.

Un primer aspecto es el relativo a la ampliación del ámbito de la amenaza coercitiva a la conminación de cualquier mal sensible (§ 240-I). En este punto, el Reglamento de 1943 no respondió a una orientación específicamente nacionalsocialista, sino que simplemente volvió al modelo alemán originario de regulación de la coerción, elaborado por Tittmann, consagrado por la mayoría de los Códigos penales particulares, defendido por Goldschmidt a fines del siglo XIX y adoptado por los primeros proyectos de reforma del siglo XX. Por lo demás, respecto del delito de extorsión, la exigencia de un «mal sensible» constituye un elemento delimitador del tipo, representando por lo tanto un avance en la precisión de la conducta prohibida en comparación con la regulación del Código de 1871 (132).

La remisión de la concreción de lo injusto de la coerción mediante amenaza a la aplicación de algún principio general de la antijuridicidad implica ciertamente un foco de tensión con el principio liberal del *nullum crimen sine lege (certa)*. Pero tampoco esta tensión es adjudicable únicamente a un pensamiento jurídico totalitario: ella se encuentra presente desde los inicios mismos de la idea de la antijuridicidad material, y concretamente en el ámbito de la coerción, desde que Frank aludiera a la falta de conexión entre medio y fin como parámetro de concreción de la antijuridicidad de la amenaza extorsiva. Tampoco debe perderse de vista que en el ámbito del delito de extorsión, la inclusión de una cláusula general de reprobabilidad constituye otro elemento de concreción de lo injusto en comparación con el Código de 1871, que por lo demás fuera propugnado por la doctrina y el Proyecto de 1913, imponiéndose en los trabajos de reforma al final de la República de Weimar.

Es pues tan sólo la redacción concreta dada a la cláusula de antijuridicidad (§ 240-II), lo que evidencia la impronta del pensamiento nacionalsocialista. Al reiterar la fórmula acuñada por la Ley de 28 de junio de 1935, la sustitución de la contravención a las «buenas costumbres» por la contrariedad al «sano sentimiento popular» incorpora expresamente al ámbito de la coerción la retórica del totali-

(131) CALLIES, *er strafrechtliche Nötigungstatbestand*, NJW 1985, pp. 1506 y ss. (1507); con posterioridad, *Ständemonstrationen und strafbare Nötigung in verfassungsgesetzlicher Sicht*, NSZ 1987, pp. 209 y ss (210).

(132) Así, MEZGER, *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss*, 3.ª ed. (1943), p. 297; SCHÖNKE, *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 2.ª ed. (1944), pp. 496 y 535.

tarismo nazi. Aun así, no resulta claro hasta dónde este cambio tuvo efectivamente por objeto una transformación material del contenido de la cláusula en cuestión (133). Incluso aquí resulta, pues, discutible la tesis de Callies (134).

Así se entiende por lo demás que una vez terminada la guerra la 3.ª Ley de Modificación del Derecho penal, de 4 de agosto de 1953, mantuviera intactos los párrafos I y III del § 240, sustituyendo tan sólo la fórmula del párrafo II por la siguiente cláusula de reprobabilidad:

«§ 240. (...) (2) El hecho es antijurídico, cuando la aplicación de la violencia o la amenaza del mal resulta reprobable en relación con el fin perseguido» (135).

Con posterioridad a esta reforma, el § 240 sólo ha experimentado una modificación referida a la penalidad asignada al delito de coerción (136). En su redacción de 1953, tanto el tipo objetivo (§ 240-I) como la cláusula de reprobabilidad (§ 240-II) se mantienen vigentes hasta el día de hoy (137).

(133) En su escrito programático, FREISLER da a entender que la expresión «sano sentimiento popular» no es otra cosa que la expresión «buenas costumbres» en una nueva terminología (*Ein Reich... cit.*, p. 493). Conforme también KLEE, *Nötigung... cit.*, pp. 130-131.

(134) Conforme, FABRICIUS, *op. cit.*, pp. 134-135.

(135) *Bundesgesetzblatt*, I, p. 735.

(136) Primera Ley de Reforma del Derecho Penal, de 25 de junio de 1969 (BGBl. I, 645), que estableció la pena privativa de libertad de hasta tres años o multa equivalente, y, para los casos especialmente graves, privación de libertad de seis meses a cinco años.

(137) Lo que de ningún modo significa que haya que considerarlos como la palabra definitiva de la cultura jurídica alemana en materia del delito de coerción. Desde la objeción que en 1954 formulara HELMUTH MAYER contra la redacción del § 240, poniendo en duda su constitucionalidad [*Die Gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände*, en *Materialien zur Strafrechtsreform*, I, 1954, pp. 259 y ss. (268-271)], el tratamiento del delito de coerción ha constituido un auténtico quebradero de cabeza para la doctrina, jurisprudencia y política legislativa alemanas. Así por ejemplo, al interior de la Gran Comisión para el Derecho Penal se formularon no menos de cinco propuestas diversas de regulación (incluyendo una de Welzel, que volvía a la regulación de Radbruch), terminando por prevalecer una fórmula semejante al actual § 240, pero que limitaba el medio comisivo de la amenaza, nuevamente denominada «amenaza peligrosa», mediante el establecimiento de un catálogo taxativo de males (cfr. *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, vol. 5, apéndice B, vol. 6, pp. 271 y ss., vol. 7, pp. 4 y ss.; *Entwurf eines Strafrechtsbuchs 1959-I*, §§ 176, 177, pp. 51-52; *Entwurf eines Strafrechtsbuchs (SGB) E 1960*, §§ 11 n.ºm. 7, 170, 171, pp. 25, 30; *Entwurf eines Strafrechtsbuchs (SGB) E 1962*, n.ºm. 7, 170, 171, pp. 113, 287-289; *Entwurf eines Strafrechtsbuchs (SGB) E 1962*, §§ 11 n.ºm. 7, 170, 171, pp. 120, 309, 340). El Proyecto Alternativo, por el contrario, optó por darle al precepto una nueva redacción, estableciendo un tipo amplio

se encontraba en el constreñimiento del comportamiento ajeno y no en el uso de violencia para constreñir (191).

En todo caso, el propio Rocco sí tenía una visión clara de esta materia. La fundamentación de la alteración de la estructura típica de la coerción se encuentra expuesta en su Relación al Proyecto Definitivo de 1929, en los siguientes términos:

«El concepto de violencia privada permanece idéntico al del Código vigente (art. 154); he alterado sin embargo el momento consumativo del delito, exigiendo que el constreñimiento se encuentre efectivamente acaecido. El uso de actos idóneos, directos, en modo no equivoco al constreñimiento, constituirá tentativo» (192).

Con la entrada en vigor del nuevo Código penal en 1931 (193) quedó consumada la implantación del modelo alemán de regulación de la coerción en el derecho penal italiano, doce años antes que en la propia Alemania.

B. La regulación de la coerción en el Derecho penal español

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1. El Código penal de 1822

La conocida observación de Joaquín Francisco Pacheco acerca del Código penal de 1822 —«Hay en él algo del Fuero Juzgo y de las Partidas, envuelto con el carácter del Código-Napoléon» (194)—, es especialmente aplicable a la regulación que en él recibe la coerción.

La influencia del derecho francés se manifiesta ante todo en la sistematización de los «delitos contra la libertad individual de los españoles» como «delitos contra la sociedad», específicamente como

(191) *Lavori...*, vol. IV, parte IV, 1929, p. 109.

(192) *Lavori...*, vol. V, parte II, 1929, pp. 417-418.

(193) «Art. 610. (*Violencia privada*). El que, con violencia o amenaza, constriñe a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, será sancionado con la pena de reclusión de hasta cuatro años.» (*Codice penale, Ministero della Giustizia e degli Affari de Culto*, Roma 1930-Anno IX, p. 123). El apartado segundo contempla circunstancias agravantes, remitiéndose para tal efecto a lo dispuesto en el art. 339, el que a su vez establece como agravantes del delito de violencia o amenaza ejercida contra una institución política, administrativa o judicial las circunstancias de haberse utilizado armas, disfraz, escrito anónimo, o de haberse cometido el delito por más de una persona, actuando reunidas, o mediante amenazas simbólicas o valiéndose de la fuerza intimidatoria derivada de asociaciones secretas, existentes o supuestas.

(194) *El Código Penal Concordado y Comentado*, 3.ª ed. (1867), I, p. LIII.

«delitos contra la Constitución y el orden político de la Monarquía» (Parte Primera, Título Primero, Capítulo IV, arts. 242-246). A semejanza de los demás códigos napoleónicos, la mayoría de estas disposiciones se refieren a supuestos de detenciones ilegales (arts. 243 casos 5.º y 6.º, 244, 245) o de infracciones a las garantías del detenido (art. 246). El Código de 1822 va sin embargo más lejos que su modelo francés en la protección de los derechos constitucionales, al contemplar aquí disposiciones relativas a la imposición de condenas irregulares (art. 243 casos 1.º, 2.º y 3.º), al allanamiento de morada (art. 243 caso 4.º) y a la perturbación de la posesión (art. 243 caso 7.º). Pero la principal diferencia entre el Código de 1822 y su antecesor está en la consagración de un tipo genérico de coerción, en los siguientes términos:

«Art. 242. El que impidiere o coartare a algún español el ejercicio de la facultad legítima que tiene para hablar, escribir y hacer libremente todo aquello que no esté prohibido o se prohibiere por las leyes o por legítima autoridad con arreglo a ellas, y que no ceda en perjuicio de otra persona, o que aunque ceda esté autorizado por la ley, es violador de la libertad individual y sufrirá un arresto de dos días a dos meses. Si el violador empleare para ello alguna fuerza o violencia (...) será castigado con arreglo al capítulo cuarto, título primero de la segunda parte» (195).

Tal como el tipo del art. 166 del Código napolitano, este delito de coerción se estructura sobre la base de libertades nominativamente reconocidas por el ordenamiento jurídico, asumiendo una forma típica restringida, consistente en el impedimento del ejercicio de dichas libertades. A diferencia del Código napolitano, el Código de 1822 extiende sin embargo el ámbito típico más allá de la protección del ejercicio de tales libertades, al contener una cláusula residual sumamente amplia. Esta mayor amplitud del tipo español se refleja también en que él no es un delito de medios comisivos especificados. Conforme al Código de 1822, el uso de fuerza o violencia no sólo no es un requisito típico de esta coerción constitutiva de «violación de libertad», sino que su efectivo ejercicio cambia el título de imputación de la conducta, recibiendo —como se verá inmediatamente— una pena más severa.

En el sistema del Código de 1822, el art. 242 desempeña en consecuencia un doble papel. Por una parte es el tipo genérico de protección de la «libertad individual de los españoles», como lo de-

(195) *Código Penal Español, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822*, Madrid, 1822, p. 48 (reimpresión en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, RODRÍGUEZ RAMOS, RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, *Códigos Penales Españoles*, 1988, p. 62).

muestra su previsión al inicio del respectivo capítulo. Por otra parte, es un tipo de recogida para toda forma de coerción constitutiva de un impedir hacer lo que la ley no prohíbe, cuando la acción no sea calificable como «fuerza» en atención a los medios comisivos empleados. Esta invención del Código de 1822 no tuvo sin embargo mayores consecuencias para el posterior desarrollo del derecho penal español (196). Es en la correspondiente hipótesis de «fuerza» a que hace referencia la oración final del art. 242 donde se encuentra el origen de la regulación española de la coerción.

El Capítulo IV del Título Primero («De los delitos contra las personas») de la Parte Segunda («De los delitos contra los particulares») del Código de 1822 se encuentra dedicado a los «raptos, fuerzas y violencias contra las personas». Conforme a su epígrafe (197), el capítulo comprende primero disposiciones relativas al delito de raptó (arts. 664 a 667), aunque entendiendo por tal no sólo la privación de libertad realizada con un propósito sexual, sino también cualquier traslado de una persona de un lugar a otro cometido «para hacerle algún daño». Luego contempla diversos supuestos de delitos sexuales (arts. 668-673), de inducción de mujer casada al abandono del hogar (674, 676) y de delitos de sustracción de menores y de inducción al abandono de hogar (arts. 675). Inmediatamente después, el Código de 1822 recoge la conexión sistemática entre los «atentados contra la libertad» y las «fuerzas» establecida por el art. 242. El art. 677 contiene una disposición declarativa, mediante la cual se confiere la calidad de «reos de fuerza» a los autores de los delitos de detención arbitraria y de atentado contra la libertad individual, previstos y sancionados en el Capítulo IV, Título I de la Primera Parte. A su vez, el art. 678 establece un tipo de extorsión documental, previendo una agravación por la causación de un perjuicio patrimonial, y el art. 679, un tipo de detención ilegal residual respecto del art. 245. Finalmente, el art. 680 cierra el catálogo de fuerzas o violencias» consagrando el siguiente delito:

(196) Si bien el art. 242 del Código penal de 1822 podría ser considerado como el antecesor remoto del actual art. 194 C.p., no existe una conexión histórica directa entre uno y otro precepto. La disposición del Código de 1822 desapareció en los Códigos de 1848 y 1850, surgiendo el actual art. 194 recién en el Código de 1944, como una forma de reunir en un precepto genérico la serie de disposiciones especiales destinadas a tutelar penalmente el legítimo ejercicio de diversos derechos constitucionales establecidas por el Código de 1870 y posteriormente desarrolladas por el Código de 1932.

(197) Este reza además «y de la violación de los enterramientos», materia regulada por los dos últimos artículos del capítulo en cuestión (arts. 681 y 682). Dada su evidente falta de relación con la regulación de la coerción, se prescinde de su examen.

«Art. 680 [primera parte]. El que sin facultades legítimas, o sin orden de autoridad competente, haga cualquier otra fuerza a una persona, por cualquiera de los medios expresados en el artículo 664, para obligarla a ejecutar lo que no quiera, sea justo o injusto, o para impedirle que ejecute lo que no le esté prohibido por la ley, sufrirá un arresto de ocho días a seis meses, con una multa de dos a veinte duros» (198).

Esta disposición representa una novedad absoluta entre los códigos pertenecientes al ámbito de influencia del Código penal francés. Ello hace que sean sumamente oscuros sus orígenes, pues tampoco es posible reconducirlo a alguna fuente de la codificación alemana (199). Todo pareciera indicar que se trata de una creación original del legislador español, basada en lo esencial en el material aportado por las Partidas. En efecto, el Código de 1822 efectúa una reestructuración de las «fuerzas» de la vieja legislación española (200), remitiendo varios de estos supuestos a las diversas secciones de los «delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y orden público» (Parte Primera, Título III) y otros tantos a las «fuerzas y violencias contra las propiedades» (Parte Segunda, Título III, Capítulo IX). Con ello se vacía considerablemente de contenido la categoría de las «fuerzas y violencias contra las personas», que queda compuesta por diversos supuestos de atentados sexuales y demás agresiones violentas, casi todos constitutivos de hipótesis de coerción. En este contexto, el art. 680 tiene manifestamente el carácter de una cláusula genérica de carácter residual, como se de-

(198) *Código Penal... cit.*, p. 138 (152).

(199) Por lo temprano de su redacción, es muy improbable que esta disposición se hubiera basado en un antecedente alemán. A esa época, la coerción alemana sólo figuraba en las obras de Tittmann (1806 y 1807) y en los Proyectos de Código penal para Sajonia del propio Tittmann (1813) y de Erhard, publicado postumamente en 1816 (el primer Proyecto de von Weber para Württemberg, de 1813, nunca fue publicado y hasta el día de hoy permanece como manuscrito en el Archivo Central de Stuttgart). Tokio (*op. cit.*, p. 22) ha sugerido que el pensamiento alemán se reflejaría en el delito de coacciones español —se refiere al Código de 1848— probablemente por intermedio del Código del Brasil de 1830. Pero esta tesis pasa por alto que la disposición respectiva del Código del Imperio del Brasil (art. 180) probablemente procede del Código de 1822, y que, en todo caso, la regulación del Código de 1848 se encuentra mucho más cerca de su antecesor español que del texto brasileño.

(200) Ante todo la Partida Séptima, Títulos X («De las Fuerzas») y XX («De los que fuerzan, o lleuan robadas las vírgines, o las mugeres de orden, o las buidas que bieuen honestamente»); también el Fuero Juzgo, Libro VIII, Título I, leyes 4 y 11-14, y el Fuero Real, Libro IV, Título IV, Leyes 1-12. En cambio, las hipótesis de atentados a la libertad consideradas por las Partidas como «deshonras de fecho» (16, tit. 9, Partida VII) no parecen haber ejercido mayor influencia en la confección del Código de 1822.

duce de su posición dentro del articulado y de la formulación de su núcleo típico —«el que... haga *cualquier otra* fuerza a una persona».

Lo que primero salta a la vista de este delito es la asimetría existente entre las dos alternativas típicas —«para obligarla a ejecutar *lo que no quiere, sea justo o injusto*» / «para impedirle que ejecute *lo que no le interesa, sea justo o injusto*»—, que permanece vigente hasta hoy en día, constituyendo uno de los rasgos más peculiares y problemáticos de las coacciones españolas. Quizás su explicación se encuentre también en esta combinación del antiguo material jurídico español y el derecho francés, tan propia del Código de 1822. Mientras que la hipótesis de «impedir ejecutar lo que no le esté prohibido por la ley» bien puede ser entendida como una reiteración del tipo de «violación de libertad» (art. 242) procedente del derecho francés, la hipótesis de «completar a ejecutar lo que no quiera, sea justo o injusto» pareciera ser una generalización de la antigua fórmula de las Partidas relativa a la sanción de la coerción del deudor efectuada de propia mano por el acreedor (201), que es un caso paradigmático de compeler a ejecutar algo justo. De este modo, el art. 680 conjugaría en una sola disposición la protección de la libertad civil, en la definición de la Ilustración francesa, con la sanción de la autotutela proveniente del derecho romano. La diversidad de sus fuentes explicaría así la asimetría de ambas hipótesis, y de paso, la inevitable artificialidad de los intentos de racionalización emprendidos en el último tiempo por la doctrina (202).

Otro rasgo notable del art. 680 se encuentra en la especificación de los medios comisivos de la coerción. Ello tiene lugar mediante una remisión al art. 664, el primero del capítulo, que sanciona al rapto de una persona cometido...

«... bien con violencia material, bien amenazándola o intimidándola de una manera suficiente para impedirle la resistencia...» (203).

(201) «E ha lugar esta pena (la correspondiente a la realización arbitraria del propio derecho), quando aquel que prendo a su deudor, lo fizo por fuerza o de otra manera sin derecho, e sin plazer del» (ley 14, tit. 10, Part. VII). Es interesante observar que la disposición del Código de 1822 relativa a la realización arbitraria del propio derecho (art. 810) únicamente contempla la hipótesis en que el acreedor se apodera de cosa mueble del deudor. Si bien es cierto que el Código de 1822 no solo sanciona aquí el propósito del acreedor de hacerse pago con la cosa quitada al deudor, sino también el curioso caso en que el acreedor le quita la cosa al deudor «para obligarle a pagar lo que le debe», ello no obsta a que en el Código de 1822 el consuetudinario al pago de la deuda efectuado por otra clase de violencia o amenazas no realiza este tipo, sino el de la coerción del art. 680.

(202) En especial Mira, *op. cit.*, pp. 296-298, seguido por HIGUERA GUIMERÁ, *El delito de coacciones*, 1.ª ed. (1977), pp. 151-155 y GARCÍA-PAULOS, *op. cit.*, pp. 124-125.

(203) «... bien tomando el nombre ó el carácter de autoridad legítima, ó suponiendo una orden de esta.» [*Código Penal... cit.*, pp. 135 (149)].

Se trata por consiguiente de un delito de coerción de medios comisivos alternativos de amplio alcance, casi enteramente coincidente con el modelo alemán. También la previsión de un verbo rector común a ambas hipótesis —«hacer fuerza a otro»— coincide en cierto modo con el modelo alemán, aunque la relación existente entre este verbo rector y las hipótesis típicas alternativas no es muy nítida, ya que éstas describen resultados de dos acciones diversas —«impedir», «obligar»— y no dos objetos diversos de una misma acción. Por la misma razón, tampoco es del todo claro si la estructura típica tiene la forma de un delito de resultado o de mera actividad. Pues a pesar de que la distinción entre la acción de «hacer fuerza» y el hacer uso de los medios comisivos pareciera indicar que se trata de un delito de resultado, es innegable que conforme a la misma redacción del precepto —«hacer fuerza a otra persona... para obligarla a ejecutar... o impedirle ejercer...»—, la figura se encuentra más bien estructurada como delito de resultado cortado.

La respuesta a esta interrogante está en la regulación que el Código de 1822 hace de las amenazas. En el apartado destinado a los «delitos contra la honra, fama y tranquilidad de las personas» (Título II de la Parte Segunda), y bajo el epígrafe «De las amenazas de homicidio u otros daños» (Capítulo II), el texto legal establece las siguientes hipótesis de amenazas:

«Art. 719. El que de palabra o por escrito o por interpuesta persona, amenace a otro con darle la muerte o herirle, o hacerle en su persona, honra o propiedad cualquier otro daño capaz de intimidarle o impedirle la resistencia, para usurparle por este medio alguna cosa, o para que el amenazado haga o deje de hacer alguna cosa con perjuicio de sus legítimos derechos, o para que sufra, tolere, consienta, encubra o cometa otro delito, será castigado con arreglo a los artículos 664, 666, hasta el 672 inclusive, 678, 679 y 680, si por medio de la amenaza llegare a conseguir su objeto en todo o parte.

Art. 720. Si sin embargo de la amenaza, no llegase a tener efecto alguno lo que se hubiere propuesto el amenazador, será éste castigado en los términos siguientes: con dos a ocho años de reclusión si para alguno de los objetos expresados en el artículo 719 amenazase con muerte u otro daño, por el cual, si lo cometiere, incuriría en pena capital, o de trabajos perpetuos o de deportación; con cuatro meses a cuatro años de reclusión o prisión, si para alguno de los efectos sobredichos amenazase con daño, por el cual, si lo cometiere, incuriría en pena de mas de cuatro años de obras públicas o en la de infamia; con un arresto de quince días a cuatro meses, si la amenaza fuere mas leve, pero que, realizada, merecería reclusión, o más de un año de arresto.

Art. 721. [Primera parte]. Por las amenazas que se hagan, sin ser para alguno de los malos fines expresados en el artículo 719,

incurrirá el amenazador en un arresto de cuatro días a cuatro meses...» (204).

Como de inmediato se advierte, el origen de las disposiciones transcritas se encuentra en el Código penal francés de 1810. Sin embargo, la técnica de redacción del texto español es incomparablemente mejor. Aquí es evidente la superación de la consideración francesa de las amenazas como sanción de una resolución criminal referida al delito cuya comisión se amenaza, como lo demuestran la ubicación sistemática de los preceptos y la mayor amplitud con que se encuentran regulados los requisitos que debe revestir el mal con que se amenaza (205). Además, el texto español sistematiza las diversas hipótesis de amenazas atendiendo a su carácter condicional (arts. 719 y 720) o simple (art. 721) (206), quitándole toda importancia a la distinción francesa basada en el carácter escrito u oral de su formulación.

Pero el rasgo más notable del Código de 1822 en este punto es la total claridad con que consagra el carácter de auténtica coerción de las amenazas condicionales. La introducción de la distinción entre el cumplimiento y el incumplimiento de la condición como criterio esencial de punición, inexistente en el modelo francés, y la remisión de los casos de condición cumplida —«en todo o parte»— a los supuestos de coerción del Capítulo IV del Título I, en especial al art. 680, demuestran una decisión inequívoca de considerarlos como casos de «fuerzas», cuya única particularidad reside en la naturaleza del medio comisivo empleado. En este esquema, la pena impuesta por el art. 720 a las amenazas condicionales de condición no cum-

(204) *Código Penal...* cit., pp. 146-147 (160-161).

(205) Si bien el art. 719 no exige expresamente que se trate de un mal constitutivo de delito, el art. 720 indica claramente lo contrario, al determinar la pena-lidad de la amenaza atendiendo a la pena asignada al mal amenazado. El art. 721, por su parte, tampoco parecería exigir el carácter delictivo del mal amenazado. En todo caso, importa señalar que en el contexto del Código de 1822, la expresión «en su persona, honra o propiedad» equivale a decir cualquiera de los delitos de la Parte Segunda («delitos contra los particulares»), distribuidos precisamente entre delitos contra la persona (Título I), honra (Título II) y propiedad (Título III). Dado que esta expresión pasó en los mismos términos al Código de 1848, permaneciendo desde entonces inalterada, lo dicho viene a confirmar la corrección de la interpretación amplia de la expresión «en su persona» del actual art. 493 C.p., sostenida por la doctrina mayoritaria aunque en virtud de otras consideraciones [cfr. por todos LORENZO SALGADO, «Alcance y características del "mal" en los artículos 493 y 494 del Código penal», en *Libro Homenaje a Antonio Beristain*, 1989, pp. 763 y ss. (768-769)].

(206) QUINTANO (*Tratado...* cit., I, p. 891) y ELENA LARRAURI (*op. cit.* pp. 22-24) sostienen que el Código de 1822 sólo habría sancionado las amenazas condicionales. Sin embargo, no se ve que sentido pueda tener la expresión «sin ser para alguno de los malos fines expresados en el artículo 719» del art. 721, que no sea el de referirse a la amenaza simple.

plida representa obviamente un adelantamiento en la punición de la coerción, cuando el medio comisivo ha consistido en la amenaza de cometer un mal constitutivo de delito. Por otra parte, es precisamente esta conexión sistemática entre amenaza condicional y coerción («fuerza») lo que permite concluir que el tipo del art. 680 se encuentra concebido como un delito de resultado, pues de otro modo carecería de sentido la remisión que a él efectúa el art. 719.

No se puede negar que esta regulación de la coerción presenta graves deficiencias. El Código de 1822 carece de un criterio sistemático unitario en esta materia, abunda en previsiones redundantes y la redacción de sus preceptos adolece por lo general de un extremo casuismo. También es cierto que el Código de 1822 yerra completamente al momento de determinar la penalidad de las amenazas condicionales, ya que el art. 720 le asigna a las hipótesis de condición no cumplida una penalidad por lo general más severa que la pena de la coerción del art. 680, aplicable sin embargo a las hipótesis de condición cumplida.

Con todo, los aciertos del Código de 1822 son en definitiva más relevantes que sus defectos. El desarrollo de la idea de la coerción a partir de la antigua noción de las fuerzas constituye un rasgo que distingue claramente al Código de 1822 de toda la familia de los códigos penales napoleónicos. Dejando de lado el ALR prusiano, el Código de 1822 viene así a ser el primer código penal europeo en consagrar el delito de coerción, y ciertamente el único en haberlo hecho con independencia de la doctrina alemana.

No menos notable es el modo como el Código de 1822 recoge la herencia francesa —atentados a la libertad como delitos contra intereses colectivos, amenazas—, y le otorga una ordenación sistemática congruente con la idea de la coerción. En este sistema, el eje central es el delito de fuerza del art. 680, respecto del cual las amenazas condicionales de mal constitutivo de delito (arts. 719, 720) constituyen tipos calificados y la violación de libertad (art. 242) un tipo privilegiado, todo ello atendiendo a un mismo criterio: la mayor o menor gravedad del medio coercitivo utilizado.

Estas características hacen del Código de 1822 un documento único en su época y contexto cultural en lo que se refiere a la protección penal de la libertad personal.

1.2. El Proyecto de Código criminal de 1831

Aunque el papel desempeñado por el Proyecto de Sanz Andino en el paso del Código de 1822 al de 1848 no se encuentre del todo esclarecido (207), su examen es especialmente ilustrativo de la re-

(207) Cfr. CASABÓ RUIZ, *El proyecto de Código Criminal de 1831 de Sanz Andino*, Murcia, 1978, pp. 2 y ss.

cepción de la regulación del Código de 1822 en la cultura jurídica de la época (208).

Tal como el Código de 1822, el Proyecto de 1831 destina un apartado específico a «las fuerzas y violencias contra las personas» (Título 10.º, Sección 6.ª). Su contenido es sin embargo mucho más reducido, abarcando solamente los delitos de detenciones ilegales (arts. 950-954), extorsión (art. 955) y trato abusivo del detenido por parte de un funcionario público (arts. 957, 958). Estas últimas disposiciones constituyen el aporte más original del Proyecto, pudiendo ser citadas como el primer intento de regulación específicamente destinada a sancionar la tortura en el Derecho penal español. La regulación de la detención ilegal, en cambio, es una simplificación de las normas del Código de 1822, efectuada siguiendo en lo esencial el esquema de los arts. 341 a 344 del Código francés de 1810. Por su parte, el tipo de extorsión no es más que una adaptación de la respectiva disposición del Código de 1822.

Para la evolución del delito de coerción, lo más interesante de la construcción de Sainz Andino es sin duda el hecho de que no exista una norma como la del art. 680 C.p. 1822. Curiosamente, esto no se relaciona con una superación de la antigua idea de «fuerza». Tanto el epígrafe de la sección como la redacción de los diversos preceptos acuden claramente a la noción de «hacer fuerza o violencia a otro» como concepto común a los tres delitos que integran esta categoría. Mas bien parecería desprenderse del Proyecto la tesis de que fuera del ámbito de las lesiones, el ejercicio de violencia sólo resulta merecedor de pena en tanto se vincule a un propósito o resultado ulterior, o a especiales circunstancias de su comisión, que sean por sí mismos político-criminalmente relevantes.

La Sección 8.ª del Proyecto se encuentra consagrada a «las amenazas de hacer algún daño», contemplando el siguiente esquema de regulación (209):

(208) Los Proyectos de 1830 y 1834 no son de interés en este aspecto, salvo por el hecho de haber omitido totalmente esta materia en su articulado. A juicio de Mira (op. cit., p. 105, nota 20), ello habría sido una consecuencia de su carácter absolutista.

(209) «Art. 963. El que para obligar a alguna persona a que ponga a su disposición cantidad de dinero, o bien para que haga o deje de hacer alguna cosa en perjuicio de sus legítimos derechos o en contravención de sus deberes públicos o privados, le amenazarle de causarle la muerte u otro daño grave en su persona, bienes o reputación, bien se haga la amenaza por escrito firmado o anónimo, sufrirá la pena de cuatro a seis años de trabajos públicos en presidios o arsenales, conforme sea más o menos grave el daño en que ella consistiere.» / «Art. 964. Si las amenazas que expresa el artículo precedente se hicieron de palabra o por medio de interpuesta persona, será castigado el amenazador con la pena de dos a tres años de obras públicas municipales.» / «Art. 965. En el caso de que por efecto de las amenazas se lograre alguna usurpación de los bienes o derechos de la persona amenazada, se

Amenazas de muerte o de daño (grave, determinado) en la persona, bienes o reputación	condicional	de condición incumplida	por escrito anónimo o firmado
		de condición cumplida	de palabra o por medio de interpuesta persona
	simple		

La sistematización y redacción de los preceptos evidencian su procedencia del Código de 1822. También aquí el eje central de la punición de las amenazas es su carácter condicional o simple, y, en el caso de las amenazas condicionales, si la condición se encuentra cumplida o no. Digno de nota es la asignación de una penalidad específica a la hipótesis de condición cumplida, consecuencia obligada de la eliminación del tipo genérico de fuerza. También es interesante que el Proyecto no le atribuya gran importancia al hecho de ser o no constitutivo de delito el mal con que se amenaza, ya que sólo exige que se trate de un daño grave en la persona, bienes o reputación del amenazado, y, para efectos de determinar la pena, prescinde completamente de la penalidad del mal.

Con todo, la influencia del Código francés no deja de manifestarse. Prueba de ello es la diferenciación de penalidades atendiendo a si la amenaza ha sido formulada por escrito o verbalmente, como también el establecimiento de una regla especial de penalidad para el caso de que «el amenazador llegue a poner en ejecución las amenazas». Esta última disposición deja en claro hasta qué punto Sainz Andino sigue pensando en la amenaza como una fase preparatoria de la acción con cuya comisión se comina. O lo que es lo mismo, cuán lejos se encuentra el Proyecto de 1831 de la idea del delito de coerción, tal como fuera consagrada por el Código de 1822.

impondrá la pena de seis a diez años de trabajos públicos o arsenales con la multa de un importe doble de lo usurpado.» / «Art. 966. Siempre que el amenazador llegue a poner en ejecución las amenazas, se le impondrá la pena mayor que por las circunstancias más agravantes esté señalada a las del delito que hubiere cometido, y nunca podrá ser menor del máximo de la pena señalada en el artículo 963.» / «Art. 967. El que por escrito, por recado o de palabra hiciere a otro alguna amenaza de daño determinado en su persona o en sus bienes sin ninguno de los objetos que expresa el artículo 963, sufrirá de dos meses a un año de arresto. / Si la amenaza fuera de daño grave, podrá exigir el ofendido que el amenazador preste fianza de buena conducta, o en el caso de no hacerlo se le destierre del pueblo a distancia de diez leguas por uno a cinco años.» (CASABO RUIZ, op. cit., pp. 220-221).

1.3. El Código Penal de 1848

El sistema ideado por el Código de 1848 para los delitos contra la libertad se aparta totalmente de la tradición francesa. La sección entre los delitos contra el orden institucional usualmente destinada a los atentados a la libertad desaparece por completo, pasando las detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos a ser tratadas como una clase más de los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, específicamente, como abusos contra particulares (Libro II, Título VIII, Capítulo VIII, arts. 286-289). Por otra parte, la omnicompreensiva categoría francesa de los «delitos contra las personas» es reducida en su alcance, abarcando ahora sólo los homicidios, el aborto, las lesiones corporales y el duelo, surgiendo así como categoría autónoma la de los «delitos contra la libertad y seguridad» (Título XIII).

Esta nueva ordenación sistemática, cuya fuente se encuentra en el Código brasileño de 1831 (210), condujo a la regulación conjunta de las «amenazas y coacciones» (Capítulo VI del Título XIII), en los siguientes términos:

«Art. 407. El que amenazare a otro con causar al mismo o a su familia en sus personas, honra o propiedad un mal que constituya delito, será castigado:

1.º Con la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley al delito con que amenazare, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquiera otra condición ilícita y el culpable hubiera conseguido su propósito, y con la pena inferior en dos grados si no la hubiere conseguido.

La pena se impondrá en su grado máximo si las amenazas se hicieren por escrito o por medio de emisario.

(210) El Código Criminal del Imperio del Brasil dedicaba el Título I de su Parte III («Delitos particulares») a los «Crímenes contra la libertad individual», comprendiendo los delitos de reducción a esclavitud (art. 179), coerción (art. 180), detenciones ilegales cometidas por particular y por funcionario público (arts. 181-187), denegación de auxilio a funcionario público encargado de ejecutar una orden de *Habeas-Corpus* (art. 188), cárcel privada (arts. 189-190) y persecución religiosa (art. 191). Por su parte, las amenazas se encontraban ubicadas en una sección especial destinada a ellas (Sección V, arts. 207-208) dentro del Capítulo I («Crímenes contra la seguridad de la persona y la vida») del Título II («Crímenes contra la seguridad individual») de la Parte III, después de las secciones dedicadas al homicidio, al infanticidio, al aborto y a las heridas y otras ofensas físicas, y antes de las secciones dedicadas a la entrada en casa ajena y a la apertura de cartas. El origen de este sistema tan peculiar es desconocido, pues ninguno de los dos proyectos que le sirvieron de inspiración —el de Pascoal José de Mello Freire para el Reino de Portugal (1786) y el de Edward Livingston para el Estado de Louisiana (1825)— compartía estas características.

2.º Con las penas de arresto mayor y multa de 10 a 100 duros, si la amenaza no fuere condicional.

Art. 408. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con la pena de arresto mayor.

Art. 410. El que 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, sea justo o injusto, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 5 a 50 duros» (211).

Estas disposiciones proceden manifestamente del Código de 1822, pero se diferencian de los preceptos de éste en cuatro aspectos fundamentales:

(1) en el tipo de las coacciones sólo se contempla la violencia como medio comisivo, desapareciendo la mención a las amenazas y a la intimidación;

(2) las diversas hipótesis de amenazas de mal constitutivo de delito se encuentran reguladas conjuntamente y subordinadas a un encabezamiento común; con ello disminuye la relevancia sistemática de la distinción entre el carácter condicional o simple de la amenaza;

(3) la pena de las amenazas condicionales de mal constitutivo de delito no es autónoma, sino que se determina mediante una referencia a la pena del delito con cuya comisión se amenaza; y,

(4) se establece una hipótesis especial para las amenazas condicionales de mal no constitutivo de delito.

Los rasgos (2) y (3) evidencian una renovada influencia del modelo francés sobre la regulación del Código de 1822. Desde este punto de vista, bien puede decirse que la regulación de las amenazas del Código de 1848 constituye un retroceso conceptual. Sin embargo, desde otra perspectiva también es posible sostener que el Código de 1848 representa incluso un progreso en la precisión de la naturaleza coercitiva de las amenazas condicionales. Pues el establecimiento de una hipótesis de amenaza condicional sin ninguna restricción relativa a la naturaleza del mal con que se amenaza —punto (4)— implica una ruptura total con el principio político-criminal básico del modelo francés. Esta ampliación explícita del ámbito de punibilidad de las amenazas condicionales, extendiéndolo más allá del ámbito de punibilidad del mal con que se amenaza, constituye un caso único entre los códigos napoleónicos, cuyo surgimiento se explica en virtud de las modificaciones experimentadas por el delito de coacciones.

(211) *Código Penal de España*, Madrid, 1848, pp. 97-98 (reimpresión en *Código Penales Españoles... cit.*, pp. 287-288). Como se recordará, además de los delitos de amenazas y coacciones el Código de 1848 incluía en este Capítulo al delito de realización arbitraria del propio derecho (art. 411).

Como es notorio, el art. 410 del Código de 1848 recoge el art. 680 del Código de 1822, mejorando su redacción al simplificar considerablemente su formulación y prescindir definitivamente de la arcaica terminología proveniente de la antigua legislación. Aquí la modificación crucial se encuentra en el rasgo (1) antes señalado, es decir, en el remplazo de la remisión que el artículo 680 del Código de 1822 hacía a los medios comisivos del rapto por la utilización del término «violencia» como única expresión legal referida al medio comisivo de las coacciones. En sus concordancias a esta disposición, Joaquín Francisco Pacheco sugiere tácitamente que el alcance del término «violencia» equivale a todo el ámbito de aplicación de la fórmula del Código de 1822 (212). Esta tesis, que ha sido posteriormente defendida por algunos autores (213), es sin embargo inaceptable.

Basta con contrastar el Código de 1848 con el Código de 1822 para advertir que en la nueva regulación dada a la coerción el legislador excluyó deliberadamente a la coerción mediante amenaza del ámbito típico del delito de coacciones, estableciendo con ello un sistema paralelo de incriminación. Así se explica, en primer lugar, la modificación de la penalidad asignada al caso del cumplimiento de la condición impuesta bajo amenaza de mal constitutivo de delito. En vez de remitirse aquí a la pena de las coacciones, como lo hacía el Código de 1822, el Código de 1848 establece otro criterio para su determinación. Pero la prueba más importante de esta reestructuración de las relaciones entre amenazas condicionales y coacciones se encuentra evidentemente en el surgimiento de la hipótesis de amenazas condicionales de mal no constitutivo de delito. Dado que en el Código de 1822 la coerción mediante amenaza de mal no constitutivo de delito pertenecía al ámbito típico de las coacciones, su aparición en 1848 como hipótesis paralela sólo se puede explicar a raíz de la decisión legislativa de distinguir tajantemente entre la coerción mediante violencia y la coerción mediante amenaza, excluyendo a esta última del ámbito del delito de coacciones.

Por cierto, lo expuesto deja en pie la cuestión de si en la práctica es posible mantener esta distinción tan nítida entre violencia y amenaza. También queda pendiente la respuesta a la pregunta por la

(212) Ello se desprende del modo como Pacheco incluye al art. 680 C.p. 1822 como fuente del art. 410 C.p. 1848 (art. 420 C.p. 1850), ya que transcribe el precepto de 1822 intercalando entre paréntesis la palabra «violencia» a continuación de la remisión que el art. 680 hacía al art. 664 (*Código Penal*, cit., III, p. 269).

(213) JASO ROLDÁN, *op. cit.*, p. 302. También HIGUERA GUIMERÁ (*El delito...*, cit., p. 19) dice seguir esta interpretación histórica, citando sin embargo erróneamente los comentarios de Pacheco, en donde nada se dice a este respecto. Por no reparar en este error de cita, MISA, ha criticado a Higuera, sosteniendo que la adjudicación a Pacheco de esta interpretación amplía del término «violencia» es infundada (*op. cit.*, p. 106).

correcta calificación de la intimidación como medio coercitivo, el tercer término empleado por el Código de 1822 y omitido por el Código de 1848. Pero nada de esto obsta a que toda la evidencia histórica indica que el sistema de regulación de la coerción ideado por el Código de 1848 se basa en la postulación de un paralelismo entre las amenazas condicionales y las coacciones violentas.

Lo dicho es enteramente aplicable a la actual regulación de la coerción ya que salvo por algunas modificaciones de detalle introducidas a lo largo de su evolución posterior (214), la regulación consagrada por el Código de 1848 se encuentra vigente hasta el día de hoy.

2. CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS

Los antecedentes históricos expuestos en la sección anterior permiten concluir que el Código penal español consagra un sistema complejo de punición de la coerción, formado por dos tipos alternativos que se diferencian entre sí en base al medio comisivo empleado. En este marco normativo, las hipótesis típicas denominadas «amenazas condicionales» (arts. 493 núm. 1 y 494 C.p.) constituyen auténticos supuestos de coerción; específicamente, de coerción mediante amenaza. La afirmación usual en la doctrina, conforme a la cual el Derecho penal español incluiría en el delito de amenazas lo que otros Códigos penales estiman como coerción, es por lo tanto imprecisa e inductora a confusión. Lo que caracteriza al Código Penal español es distinguir dos hipótesis básicas de coerción y regular una de ellas, la coerción mediante amenaza, junto con otro tipo delictivo diverso, la amenaza simple o delito de amenazas sin más.

Es cierto que esta interpretación de las amenazas condicionales puede resultar discutible en el ámbito del Derecho penal francés y de los demás textos legales estrechamente ligados a él en esta materia, como el Código napolitano de 1819, el Código parmesano

(214) De las cuales las más importantes son las siguientes: (1) la introducción en el Libro III de una falta relativa a las coacciones leves (*Código Penal* de 1870); (2) la sustitución, en las amenazas condicionales de mal constitutivo de delito, de la expresión «cualquiera otra condición ilícita» por la expresión «cualquiera otra condición, aunque no sea ilícita», y de la expresión «ejecutar» por la expresión «efectuar», en las coacciones (*Código Penal* de 1870); (3) la sustitución, en las amenazas condicionales de mal constitutivo de delito, de la remisión a la pena del delito con cuya comisión se amenaza por penas autónomas (*Código Penal* de 1933); (4) la introducción de la agravante de haberse hecho la amenaza a nombre de entidades reales o supuestas (*Código* de 1944); (5) la introducción de hipótesis de coacciones laborales (*Ley* de 19 de julio de 1976), y (6) la introducción de una hipótesis de coacciones o amenazas cometidas con el fin de atemorizar a los habitantes de una población (*Ley* de 28 de diciembre de 1978).

de 1820, los Códigos sardos de 1839 y 1859, el Código para los estados estenses de 1855 y el Código belga de 1867. Pues en el modelo francés es la noción misma de la coerción como forma de injusto penal lo que siempre ha estado ausente.

También es cierto que la influencia del Código francés en el Código español de 1848 es especialmente fuerte en esta materia. De aquí que Quintano Ripoles pretendiera que por su origen francés las amenazas (simples y condicionales) tenían una «naturaleza jurídica» tan diversa de las coacciones.

Pero, como se ha visto, sólo la interpretación de las amenazas condicionales como hipótesis de coerción es capaz de ofrecer una reconstrucción racional del paso de la regulación del Código penal de 1822 a la regulación del Código de 1848. Pues lo fundamental en este punto es que a diferencia de todas las legislaciones pertenecientes al ámbito de influencia del Derecho francés, el Derecho penal español sí conoce la noción de la coerción como tipo de injusto penal, y es precisamente dentro de este marco conceptual donde reciben su consagración las amenazas condicionales.

El examen de la evolución del derecho penal europeo en esta materia también contribuye a corroborar esta interpretación. Enfrentada a los modelos francés y alemán, la regulación española puede parecer hoy en día excepcional. Comparada en cambio con la legislación vigente en Europa a la época de su promulgación, ya no resulta tan discordante. Pues allí donde existía la idea de la coerción como tipo de injusto pero se puede apreciar también la influencia del Código francés, se nota una marcada tendencia a destacar el perfil propio de la coerción mediante amenaza, ya sea eliminando el tipo de comisión mediante violencia, como en la fase final de la codificación prusiana (184-1851), o bien regulando ambos tipos de modo paralelo, como en el Código austriaco de 1852 y en el Proyecto de la Primera Comisión italiana de 1868. Demás está decirlo, en todos estos contextos la amenaza condicional francesa es siempre entendida como coerción mediante amenaza.

Además de permitir la reconstrucción de la evolución histórica de la codificación española, la interpretación de las amenazas condicionales como supuestos de coerción mediante amenaza constituye el punto de partida correcto para la solución de los diversos problemas que plantea la aplicación de los arts. 493 núm. 1, 494 y 496 del actual Código penal.

No es éste lugar para desarrollar en forma exhaustiva semejante «programa de investigación dogmática» (parafraseando la expresión de Imre Lakatos). El objetivo de las páginas que siguen se reduce a exponer someramente cuáles son las principales consecuencias de esta tesis implica para el análisis de tres aspectos básicos de la regulación española de la coerción: a) la distinción entre amenazas simples y amenazas condicionales, b) el paralelismo entre amenazas

condicionales y coacciones violentas, y c) la demarcación entre la violencia y la amenaza como medios de coerción.

Previo a ello conviene sin embargo detenerse un momento en la elucidación del concepto de libertad personal como bien jurídico protegido en estos delitos, a fin de despejar algunas complicaciones producidas por la introducción de la teoría de Binding en la doctrina española.

2.1. El bien jurídico protegido

Tal como lo sostienen Bustos y Elena Larrauri, y como también lo entiende Torio López, el bien jurídico protegido por las amenazas condicionales tiene que ser necesariamente el mismo bien jurídico protegido por las coacciones violentas. Si la diferencia entre uno y otro tipo de delito radica esencialmente en el medio comisivo empleado, entonces no resulta razonable sostener que ellos protegen diversos bienes jurídicos, pues la especificación del medio de ataque no altera el objeto de protección. Este bien jurídico no es otro que la *libertad personal* entendida como libertad de acción, es decir, como ausencia de obstáculos ilegítimos al desenvolvimiento de la propia capacidad de actuación en el marco de la vida social.

La postura dominante en la doctrina española postula sin embargo una pluralidad de bienes jurídicos. Siguiendo a Binding, estima que la libertad personal es la libertad de la voluntad, objeto susceptible de descomposición en tres elementos: la libertad de la formación de la voluntad, la libertad de la decisión de la voluntad conforme a motivos propios y la libertad de la actuación de la voluntad en el caso concreto. Estos tres elementos son entendidos como subbienes jurídicos que se encuentran estructurados en una secuencia cronológica, en la cual la protección del primero antecede a la del segundo y la de éste antecede a su vez a la protección del tercero (215). Hasta dónde esta interpretación de Binding concuerda efectivamente con su pensamiento, ello constituye un problema digno de examen, pero que no es necesario efectuar en esta oportunidad. Pues aun prescindiendo de esta cuestión parece evidente que semejante interpretación es dogmáticamente insostenible.

La importancia del esquema de Binding consiste en que ofrece un buen punto de partida para establecer una demarcación funcional

(215) Esta interpretación de Binding es explícita en las obras más recientes, como QUERALT, *op. cit.*, pp. 117-118; COBO-CARBONELL, *op. cit.*, pp. 730-731, y LORENZO, *El bien jurídico...*, *cit.*, pp. 445 y ss. Las obras anteriores distinguen entre bien jurídico (libertad de acción) y objeto de la acción (esquema de Binding), pero en los resultados no se diferencian de la interpretación reciente: MIR, *op. cit.*, p. 270; GARCÍA-PABLOS, *op. cit.*, p. 115; MIRÁ, *op. cit.*, pp. 125 y ss. Oscilando entre la versión antigua y la reciente, BAJO, *op. cit.*, p. 113.

entre la violencia y la amenaza como medios coercitivos. Así entendido, las tres etapas del proceso de formación de la voluntad vienen a ser los presupuestos fácticos de la capacidad personal de acción. Es esta última la que constituye el objeto de ataque (objeto de la acción) correlativo al concepto de libertad personal como bien jurídico (objeto de protección). Las tres primeras, en cambio, representan los objetos específicos sobre los que recaen las posibles formas alternativas de vulneración de la capacidad de acción. En tanto objetos específicos, las etapas del proceso de formación de la voluntad son ciertamente susceptibles de ser atacadas de modo exclusivo, según el medio comisivo que se emplee. Pero el ataque a ellas sólo tiene relevancia penal en la medida en que se encuentre referido al consuetudinario de un determinado comportamiento, que es el objeto del cual se predica la libertad o la coerción. Por otra parte, es un error pretender que este esquema permite identificar una secuencia de estricto orden cronológico. Pues cualquier comportamiento intencional de mínima duración y complejidad supone la concurrencia simultánea o recursiva, pero no linealmente sucesiva, de la capacidad de formación, decisión y actuación de la voluntad.

Una vez que se tiene presente lo anterior, puede advertirse cuán incorrecta es la tesis usual en la doctrina española, que identifica el efectivo constreñimiento del comportamiento del coaccionado (lesión del bien jurídico) con la vulneración de la capacidad de actuación, al entender que ésta representa la última fase cronológica del proceso de formación de la voluntad (216). Esta errónea tesis, que en los términos de Binding equivale a hacer equivalentes el uso de un medio comisivo y la producción del resultado típico, ha desvirtuado o confundido los términos en que deben ser resueltos algunos de los más importantes problemas que plantea el tratamiento de la coerción.

Un buen ejemplo es la disputa en torno a la admisibilidad de los atentados a la capacidad de formación de la voluntad dentro del tipo de las coacciones (217). Lo que aquí se encuentra en discusión es la calificación de violencia para el uso de medios tales como el suministro de alcohol o narcóticos, la hipnosis y otras formas de pseudo-persuasión. La doctrina española ha intentado dar respuesta a esta cuestión preguntándose si la primera fase cronológica del proceso de formación de la voluntad estará o no comprendida dentro del ámbito de protección de las coacciones. Pero este modo de plantear el pro-

(216) MIR, *op. cit.*, p. 284; GARCÍA-PABLOS, *op. cit.*, p. 115; MIRA, *op. cit.*, pp. 128-130; COBO-CARBONELL, *op. cit.*, p. 730; BAJO, *op. cit.*, p. 114; LORENZO, *op. cit.*, pp. 450, 452.

(217) Por la afirmativa, RODRÍGUEZ DE VESA, *op. cit.*, pp. 286, 288; MIR, *op. cit.*, pp. 277-278; MUNOZ CONDE, *op. cit.*, p. 39; BAJO, *op. cit.*, pp. 113-114. Por la negativa, GARCÍA-PABLOS, *op. cit.*, p. 118; MIRA, *op. cit.*, pp. 127-128; COBO-CARBONELL, *op. cit.*, p. 731.

blema no conduce a resultados razonables. Desde luego, es posible utilizar tales medios para impedirle a la víctima que haga aquello que previamente había decidido hacer, caso en el cual carece de toda relevancia la referencia al proceso cronológico de formación de la voluntad. Distintos son los supuestos en que el coaccionador se anticipa a la deliberación de la víctima, reduciéndola a un estado de incapacidad de voluntad para así obviar de antemano cualquier resistencia o impedirle de plano hacer aquello cuya omisión interesa al coaccionador. De aceptarse la calidad de violencia de los medios arriba señalados, el problema que plantean estos supuestos consiste en la dificultad de distinguirlos de la mera reducción a un estado de inconsciencia, ejecutada sin un propósito coercitivo expreso o concreto. Pero éste no es un problema que concierna exclusivamente a la protección de la primera fase del proceso de formación de la voluntad. Este es un problema clásico de los delitos contra la libertad en general, a saber, cómo distinguirlos de los demás delitos contra bienes jurídicos individuales —en este caso, la salud o integridad física o psíquica—, cuyos objetos de la acción correlativos constituyen presupuestos necesarios del libre desenvolvimiento de la personalidad.

Otro ejemplo de las confusiones originadas por esta interpretación de Binding lo brinda el análisis de las relaciones existentes entre las coacciones y las amenazas condicionales. El punto de partida se encuentra aquí en la inobjetable premisa sentada por Binding, conforme a la cual la diferencia entre la violencia y la amenaza se basa en la incompatibilidad de sus respectivos objetos de ataque. La doctrina española transcribe esta tesis en una diferenciación de bienes jurídicos mediante la siguiente argumentación: dado que el delito de coacciones supone un efectivo resultado de constreñimiento —impedir hacer, compeler a ejecutar—, se tiene que el mencionado tipo sólo tutela la libertad de obrar o capacidad de ejecutar lo decidido, es decir, la última fase del proceso volitivo; luego, como la amenaza atenta contra el bien jurídico correspondiente a la etapa previa del proceso de volición, la libertad de decisión conforme a motivos propios, debe concluirse que ella se encuentra excluida del ámbito típico de las coacciones (218). Esta última conclusión es correcta, no así su fundamentación. Conforme a la teoría de Binding no es el consueño a hacer o a omitir (resultado típico) sino el empleo de violencia (medio comisivo) el elemento del delito de coerción que implica un atentado a la capacidad de actuación de la voluntad. Esto es algo obvio en el contexto del § 240 C.p. alemán, que desde 1871 exige la producción del resultado, ya sea que el medio empleado consista

(218) MIR, *op. cit.*, p. 284; GARCÍA-PABLOS, *op. cit.*, pp. 115-116; MIRA, *op. cit.*, pp. 128-130; LORENZO, *op. cit.*, pp. 450-453; COBO-CARBONELL, *op. cit.*, pp. 730-731; BAJO, *op. cit.*, p. 114.

en la violencia o en la amenaza. Pero también fuera de este contexto sigue siendo evidente la improcedencia del argumento. Si a un juez español se le hiciera ver que no puede subsumir en el tipo de las coacciones un caso de coerción mediante intimidación porque dicho tipo exige que la víctima efectivamente haya ejecutado u omitido algo, de seguro quedaría perplejo. Y con razón, pues cualquiera entiende que también mediante el uso de una amenaza se puede conseguir efectivamente el comportamiento ajeno, se puede impedir a alguien hacer algo o compelerle a ejecutarlo. Claramente se advierte aquí dónde radica el inconveniente más grave de este tipo de coacciones, en que debilitan la distinción *bindingiana* entre la violencia y la amenaza en vez de contribuir a su defensa.

Si a lo anterior se le agrega el carácter cada vez más intrincado de las distinciones que la doctrina española ha ido desarrollando en torno a esta materia, se entiende perfectamente que Quintano Ripollés en su época y actualmente Bustos Ramírez hayan cuestionado de modo tan tajante la validez de la teoría de Binding. Pero tal como se ha señalado, la solución consiste en reestructurar el esquema de análisis, reconociendo un único bien jurídico y dándole a la distinción de Binding el rol que en rigor le corresponde, es decir, en el nivel de la demarcación de los medios comisivos de la coerción.

2.2. La diferenciación entre amenazas condicionales y amenazas simples

La consideración de las amenazas condicionales como supuestos de coerción mediante amenaza exige su total diferenciación respecto de las amenazas simples. La conexión que el texto legal establece entre ambos tipos debe ser entendida como una mera medida de economía en la redacción de los preceptos, que no reviste mayor relevancia para su análisis. Desde un punto de vista dogmático, la relación que existe entre las amenazas condicionales y las amenazas simples españolas es idéntica a la que existe entre el delito de coerción (mediante amenaza) y el delito de amenaza (simple) en el derecho penal alemán o italiano.

La determinación del bien jurídico protegido en el delito de amenazas (simples) constituye una cuestión sumamente debatida, cuyos resultados aún siguen siendo inciertos (219). Por el contrario, el bien jurídico protegido en el delito de amenazas condicionales es inequívocamente la libertad de acción (220). La principal consecuencia de

(219) Para un panorama de la diversidad de posturas existentes en esta materia, cfr. LARRAURI, *op. cit.*, pp. 219 y ss.; LORENZO, *op. cit.*, pp. 456 y ss.

(220) Ciertamente es una postura doctrinaria, que se remonta a CARRARA, considera también a la amenaza (simple) como un delito contra la libertad (cfr. *Programma... cit.*, § 1575; QUINTANO, *Tratado... cit.*, pp. 893 y ss.), con lo que pare-

esta diferencia se relaciona con las condiciones que debe cumplir la amenaza para realizar uno y otro tipo, especialmente con los requisitos de la seriedad, o intención positiva de irrogar el mal amenazado, y la verosimilitud, o posibilidad fáctica de irrogar el mal amenazado. En el ámbito de la amenaza simple, el alcance que se dé a estos requisitos depende de la postura que se adopte respecto del bien jurídico protegido. En la medida en que se relacione al delito de amenazas (simples) con la protección de los bienes jurídicos con cuya lesión se amenaza, cabe también exigir que el amenazador haya tenido el efectivo propósito de cometer el delito anunciado y que el cumplimiento de la amenaza haya sido facticamente posible. En el ámbito de las amenazas condicionales, en cambio, carece de sentido la constatación de un peligro concreto para el bien con cuya lesión se amenaza. Puesto que los requisitos de la amenaza se determinan aquí atendiendo a su funcionalidad coercitiva, lo único relevante es su credibilidad desde la perspectiva del coaccionado.

Algo semejante sucede con la postura que considera al sentimiento de tranquilidad personal o seguridad subjetiva como bien jurídico protegido (en grado de lesión o peligro) por las amenazas simples. Cualquiera sea la plausibilidad de esta tesis y de las consecuencias que ella conlleva para el análisis del concepto de amenaza (simple), lo cierto es que en el ámbito de las amenazas condicionales es impropio exigir la causación actual o potencial de un estado psicológico penoso para el coaccionado. El destinatario de una amenaza coercitiva puede analizar su situación con toda frialdad, decidir racionalmente que acceder a las exigencias del amenazador representa para él un costo menor que sufrir la amenaza y cumplir en consecuencia con la condición impuesta, sin que ello altere para nada el carácter coercitivo de la amenaza. Por lo demás, conforme a la naturaleza de las cosas, la amenaza condicional no defectiva necesariamente lleva implícito un *minus* de inseguridad para su destinatario que la amenaza simple, ya que la condicionalidad implica por definición también una oferta de no llevar a cabo la amenaza para el caso en que se cumpla la condición (221).

—cería difuminarse la importancia de distinguir entre amenazas condicionales y amenazas simples. Pero la razón aducida por esta postura incurre en la falacia de no distinguir entre la libertad como fundamento político-criminal de la protección de todos los bienes jurídicos individuales y la libertad como uno de esos bienes jurídicos individuales, concreta y específicamente considerada. Del hecho que la tranquilidad producida por una amenaza haga que el amenazado restrinja su marco normal de actividades no se deduce que la amenaza sea un delito contra la libertad; ¡también las lesiones implican por definición una disminución de la capacidad de acción del lesionado!

(221) Desde un punto de vista analítico, una amenaza condicional constituye en cierto modo también una promesa, pues sólo bajo la expectativa de que el mal amenazado no será llevado a cabo en caso de cumplirse con la condición impuesta

Otra diferencia importante entre el tratamiento de la amenaza simple y el tratamiento de la amenaza condicional puede apreciarse, por último, en el requisito de la injusticia del mal con cuya irrogación se amenaza.

En el ámbito de la falta de amenazas (simples) prevista por el art. 585 núm. 3 C.p. (art. 480 núm. 10.º C.p. 1848), aunque la conducta con que se amenaza no sea constitutiva de delito, debe tratarse sin embargo de una acción antijurídica, de un mal cuya irrogación no se encuentre permitida por el derecho. Pues quien se encuentra jurídicamente autorizado a realizar una determinada conducta, con mayor razón puede anunciar su realización (222). Por el contrario, la aplicación de esta tesis en el ámbito de la amenaza condicional de mal no constitutivo de delito es sumamente discutible. En el siglo pasado, ella sólo fue defendida al interior del ámbito de influencia del pensamiento francés y hoy en día es compartida en España y Alemania por una postura minoritaria. La postura dominante considera que la apreciación de la antijuridicidad de la amenaza condicional no puede efectuarse atendiendo únicamente a la antijuridicidad del mal con que se amenaza o únicamente a la antijuridicidad de la condición que se impone, sino a la antijuridicidad material de la relación medio-fin que existe entre amenaza y condición.

En otras palabras, si bien es cierto que el tratamiento de la antijuridicidad de la coerción mediante amenaza de un mal en sí mismo lícito o justo sigue siendo una cuestión debatida, este mismo hecho constituye sin embargo una demostración más de la magnitud de las diferencias que separan a la amenaza condicional de la amenaza simple.

Por cierto que tanto la amenaza simple como la condicional comparten un mínimo común denominador, ya que ambas admiten ser definidas como el anuncio de un mal cuya irrogación se presenta

puede la amenaza ser idónea como medio coercitivo. Entre la amenaza y la promesa existe sin embargo una importante diferencia. La promesa exitosa implica el costo de tener que cumplirla o perder credibilidad, no así la amenaza; y a la inversa, la amenaza defectiva implica el costo de cumplirla o perder credibilidad, lo que no sucede en caso de una promesa fallida. Desde el punto de vista de la racionalidad costo-beneficio, promesas y amenazas son por lo tanto asimétricas. Para un ilustrativo análisis de la amenaza (condicional) desde la perspectiva de la teoría de los juegos, cfr. SCHELLING, *The Strategy of Conflict*, 1963, pp. 35 y ss., 123 y ss., y 175 y ss.

(222) Este argumento demuestra también cuán discutible resulta sancionar penalmente la amenaza (simple) de mal no constitutivo de delito, pues es difícil encontrar un fundamento para la punibilidad del mero anuncio de un comportamiento, cuando éste es en sí mismo penalmente irrelevante. Sostener que la intranquilidad causada por la perspectiva de un daño es político-criminalmente más relevante que la irrogación de ese mismo daño no parece muy convincente.

como dependiente de la voluntad de quien formula dicho anuncio. Pero esta definición es demasiado abstracta, y a lo más permite diferenciar a la amenaza (simple o condicional) de la mera advertencia. Todas las demás cuestiones dogmáticas deben ser resueltas mediante postulados adicionales, que en el caso de la amenaza condicional se deducen de su evidente función coercitiva, y que en el caso de la amenaza simple son por lo general inciertos, debido a la falta de claridad en torno al bien jurídico que ellas protegen.

2.3. El paralelismo entre amenazas condicionales y coacciones

Las reflexiones anteriores conducen a replantear la posición de la amenaza dentro de la estructura de injusto del delito de amenazas condicionales, y a sostener que el núcleo del tipo no se encuentra en la formulación de una amenaza sino en la imposición de una condición. La consideración de las amenazas condicionales como hipótesis paralelas a las coacciones violentas confirma esta tesis. Si el núcleo del tipo de las coacciones se encuentra en la conducta de impedir hacer o compeler a ejecutar, y si el ejercicio de violencia desempeña el rol de un medio comisivo, como indiscutiblemente se sostiene, entonces es en la imposición de la condición donde debe verse el elemento paralelo al impedir hacer o compeler a ejecutar, y en la amenaza el medio comisivo paralelo a la violencia.

Esta interpretación implica ciertamente una reformulación del precepto legal, en tanto transforma la oración «amenazar a otro imponiendo cualquier condición» en la fórmula «imponer cualquier condición amenazando a otro». Pero lejos de infringir los cánones de interpretación que legítimamente pesan sobre la dogmática penal, esta reformulación no hace más que explicitar la gramática profunda del texto legal, evidenciada por el examen de la historia de su establecimiento. Por lo demás, esta reformulación sólo invierte las relaciones de prioridad entre ambos elementos del tipo, sin alterar el alcance de ninguno de ellos. En rigor, la reformulación no hace sino explicitar la única interpretación razonable del elemento típico de la condicionalidad.

Siempre se ha estimado que por «condición» sólo cabe entender una exigencia relativa al comportamiento del destinatario de la amenaza y no el acaecimiento de un evento cualquiera, que la agravación en caso de que «el culpable hubiere conseguido su propósito» se encuentra referida al cumplimiento de la condición impuesta y no a la satisfacción de otros objetivos perseguidos por el amenazado y que entre la amenaza y el cumplimiento de la condición debe mediar una relación de causalidad. Todas estas aseveraciones presuponen sin embargo una relación directa entre la imposición y/o cumplimiento de la condición y el peligro y/o lesión de la libertad de acción de la víctima como fundamento de punibilidad. Luego es obvio que si

la libertad de acción es el bien jurídico protegido, entonces la imposición y/o cumplimiento de la condición expresa el núcleo de lo injusto de las amenazas condicionales.

Sin duda, el mayor obstáculo para la aceptación de esta tesis ha radicado en la idea de que el bien protegido por las amenazas condicionales es la libertad de decisión conforme a motivos propios. Puesto que el ataque a este objeto es precisamente lo que caracteriza a la amenaza, se entiende que la imposición de la condición haya sido siempre considerada como un elemento secundario del tipo. Esto es sin embargo incorrecto. Desde luego, esta idea no es más que otra consecuencia de la errónea interpretación de la teoría de Binding. Conforme al esquema de análisis que aquí se postula, es obvio que la relación que existe entre amenaza y libertad de decisión (medio comisivo y objeto específico de ataque) tiene que estar subordinada a la relación entre la libertad de acción y la imposición de una condición (bien jurídico y objeto de la acción típica). Pero aun al interior de la errónea interpretación de Binding es posible demostrar que la imposición de una condición juega el papel principal en la estructura de injusto de las amenazas condicionales. Pues lo que hace que la formulación de la amenaza constituya un ataque a la libertad de decisión es precisamente su condicionalidad. Una amenaza simple no introduce motivos ajenos en la fase de deliberación de otra persona, porque al no existir la oferta simultánea de no irrogar el mal amenazado, al no precisarse un comportamiento como vía de escape a la amenaza, ésta no puede influir en el proceso de deliberación del amenazado induciéndolo a adoptar una determinada decisión. Sin el elemento de la condicionalidad no puede hablarse de amenaza coercitiva, o sea, de atentado a la «libre formación de la voluntad» en el sentido de Binding.

Existe un punto sin embargo, en el cual el Código penal español claramente rompe el paralelismo entre amenazas condicionales y coacciones violentas. Mientras que la consumación de este último delito requiere que el autor haya constreñido a la víctima a hacer u omitir algo, las amenazas condicionales se encuentran consumadas con la sola imposición de la condición bajo amenaza. El posterior cumplimiento de la condición impuesta sólo viene a agravar la pena, tratándose de las amenazas condicionales de mal constitutivo de delito. En este punto, pues, no se puede compartir la opinión de Torio López, para quien tanto en el caso de las coacciones violentas como en el caso de las amenazas condicionales «se trata de delitos de resultado, en que el comportamiento del autor ha de determinar la aparición de una consecuencia posterior, es decir, de una acción u omisión» (223).

(223) TORIO, *op. cit.*, p. 22. Recientemente, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO ha insistido en este punto de vista, aseverando que «no cabe apreciar una diferencia

Esta peculiar configuración de las amenazas condicionales es uno de los puntos más oscuros y problemáticos del modelo español de regulación de la coerción. Para un sector doctrinal, la relevancia asignada por el texto legal a la distinción entre el cumplimiento y el incumplimiento de la condición carece de fundamento; el hecho de que la víctima haya o no satisfecho las exigencias del autor de la amenaza es visto como algo ajeno a la conducta delictiva de éste (224). No se requiere de mayores argumentos para demostrar que esta tesis es incompatible con la comprensión de las amenazas condicionales como hipótesis de coerción y que por lo mismo conduce a resultados inaceptables (225). Otra postura considera que en el caso de la amenaza condicional de condición cumplida se esta ante un delito de lesión de la libertad de obrar siendo la amenaza condicional de condición no cumplida un delito de peligro del mismo bien jurídico (226). No cabe duda que este modo de ver las cosas se aviene mucho mejor con la comprensión de las amenazas condicionales como hipótesis de coerción; su defecto radica sin embargo en que consiste más bien en un etiquetamiento de ambas hipótesis típicas que

significativa» entre amenazas condicionales y coacciones en lo que respecta al momento consumativo [El injusto de las amenazas condicionales con mal no delictivo (criterios de delimitación), CPC 44 (1991), pp. 345 y ss. (348-351)]. Para fundamentar su tesis, Serrano acude a la distinción entre resultado típico y agotamiento material del delito, perdiendo sin embargo de vista que aun bajo esta precisión son completamente diversos los requisitos típicos relativos al resultado exigidos en los arts. 493, 494 y 496.

(224) QUINTANO, *op. cit.*, pp. 911-913; QUERALT, *op. cit.*, p. 127. Cfr. también las opiniones de BACIGALUPO y MIRA, citados por LORENZO, *op. cit.*, pp. 446-47, nota 30.

(225) Según esta postura, la «obtención del propósito del culpable» vendría a ser un supuesto de agotamiento del delito, tipificado bajo la forma de una condición objetiva de agravación de la pena. Pero esta tesis, o bien deja sin respuesta las tres cuestiones prácticas más importantes —en qué consiste el propósito del culpable, cuándo se encuentra éste cumplido y qué relación debe existir entre su cumplimiento y la amenaza—, o bien incurre en el error de tratar como condición objetiva de punibilidad (agravada) un supuesto necesariamente abarcado por el dolo del autor, causalmente imputable a su acción y que corresponde al momento de la lesión del bien jurídico protegido.

(226) BUSTOS, *op. cit.*, p. 98; ELENA LARRAURI, *op. cit.*, pp. 184-185. LORENZO establece una distinción análoga, pero refiriéndola a la libertad de decisión como bien jurídico lesionado o puesto en peligro (*op. cit.*, pp. 447-448). Esto es un error, pues la lesión (o puesta en peligro) de la fase de decisión es en sí misma intrasistente en el esquema legal de punición de las amenazas condicionales, si es que ella es entendida como una fase previa a la ejecución, es decir, como el acto mental (volitivo e intelectual) que antecede a la acción corporal. La hipótesis de condición cumplida va más allá de la lesión a la fase de decisión, pues es también la ejecución de lo decidido lo que el amenazador ha logrado constreñir. Y para la realización de hipótesis de condición incumplida no se requiere que el coaccionado haya decidido algo bajo amenaza.

en una explicación de su naturaleza jurídica. Pues lo relevante es determinar cuál es la relación existente entre una y otra hipótesis y qué consecuencias se deducen de ello para su aplicación en la práctica, preguntes estas para las cuales no obtenien respuestas de su mera catalogación como delito de peligro y de lesión, salvo la obvia conclusión que la pena por la realización del segundo absorbe la pena correspondiente a la verificación del primero.

Esta regulación de las amenazas condicionales tiene naturalmente una explicación histórica. Aunque la formulación de los preceptos relativos a las amenazas haya obedecido principalmente a la influencia del derecho francés, es manifiesto que la técnica utilizada por el legislador español coincide con la técnica dominante en la legislación de su época. Como se pudo apreciar en las secciones anteriores, la mayoría de los Códigos penales particulares alemanes, el Código austriaco de 1852 y el Código toscano de 1853 le dieron a la coerción la estructura típica de un delito de resultado cortado. Y ésta es precisamente la fórmula que el legislador español adoptó para tipificar la coerción mediante amenaza. En el esquema dominante en el derecho penal europeo de mediados del siglo pasado, la efectiva causación del resultado coercitivo (el constreñimiento del comportamiento ajeno) quedaba fuera del ámbito del tipo objetivo, desempeñando sólo el papel de un elemento subjetivo, una tendencia interna trascedente. En el Código español, este propósito coercitivo se expresa en la exteriorización de una condición. El tenor literal de los preceptos es distinto, pero su sentido es en definitiva exactamente el mismo. La diferencia entre el Código penal de 1848 y las demás codificaciones europeas de mediados del siglo XIX consiste en que el texto español establece una agravación de la pena en caso de verificarse el resultado coercitivo (cumplimiento de la condición), tratándose de la coerción mediante amenaza de mal constitutivo de delito. Pero incluso en este punto la regulación española no constituye un caso del todo aislado en el contexto del derecho penal europeo. La consagración del delito de coerción durante la unificación del derecho penal italiano a fines del siglo pasado tuvo lugar precisamente mediante la adopción de esta fórmula típica.

Ciertamente, lo exclusivo del Código español es que en él la coerción adopta tres estructuras típicas diversas, según cual sea el medio comisivo empleado. La coerción mediante violencia es un delito de resultado, la coerción mediante amenaza de mal no constitutivo de delito es un delito de resultado cortado, y la coerción mediante amenaza de mal constitutivo de delito, un delito de resultado cortado con agravación de la pena para la verificación del resultado. La valoración de este modelo tan especial de regulación de la coerción corresponde a la última sección. Lo que aquí interesa es establecer las líneas generales que deben regir el tratamiento de estas hipótesis de *lege lata*.

Si se observa este problema con detenimiento, fácilmente se advierte que cuando el medio coercitivo utilizado es la amenaza, por regla general es posible distinguir de modo bastante nítido entre la actuación del coaccionador (intimación de la condición y formulación de la amenaza) y la posterior actuación u omisión del coaccionado bajo amenaza (cumplimiento de la condición). Si el texto legal entienda la coerción mediante amenaza como un delito de resultado, es evidente que la actuación del coaccionador —en los términos recién descritos— correspondería a una tentativa acabada de coerción, reconocible con toda claridad como un evento susceptible de separación espacio-temporal del resultado coercitivo. En otras palabras, bien puede decirse que las amenazas condicionales españolas implican un adelantamiento de la punición de la coerción mediante amenaza, en la medida en que lo que de otro modo sería sólo tentativa acabada de coerción (en principio punible como delito frustrado) en ellas ya implica la consumación del delito (227). La principal consecuencia práctica de esta interpretación consiste naturalmente en la irrelevancia de lo que sería el desistimiento de una tentativa acabada (arrepentimiento activo): aunque el autor libere expresamente a la víctima del cumplimiento de la condición y se desdiga de su amenaza, una vez formulada ésta se aplica siempre la pena prevista por la ley para la hipótesis de condición no cumplida (228).

La comprensión de la hipótesis de condición cumplida como el acaecimiento del resultado coercitivo —que correspondería a la consumación del delito, si éste estuviera tipificado como delito de resultado— permite también resolver otras importantes dificultades prácticas. A diferencia de las coacciones, en que el resultado coercitivo es definido por la ley desde una perspectiva neutral —impedir hacer lo que la ley no prohíbe— o incluso desde la perspectiva del coaccionado —compeler a ejecutar lo que no quiere—, la técnica de

(227) ELENA LARRAURI ha sido el único autor español en plantearse la posibilidad de esta explicación, aunque rechazándola (*op. cit.*, p. 183). Su rechazo se basa sin embargo en la confusión de los conceptos de tentativa de coerción mediante amenaza y tentativa (remota) del delito con cuya comisión se amenaza, como asimismo en el hecho de que la autora no alcanza a liberarse completamente de la tradicional noción de amenaza como núcleo común de injusto a las modalidades simple y condicional.

(228) Naturalmente, lo dicho depende de cuál sea la respuesta que se dé a la dudosa cuestión de si para la consumación del delito de amenaza de condición no cumplida se requiere o no que la víctima haya tomado conocimiento de la amenaza. Si bien en abstracto resulta admisible la tesis negativa (pues ello coincide con la idea de una tentativa acabada de coerción mediante amenaza), no deja de parecer político-criminalmente razonable exigir —al menos en el ámbito de la amenaza condicional— la toma de conocimiento por parte del destinatario de la amenaza, ya que sólo a partir de este momento queda el acaecimiento del resultado coercitivo entregado a su decisión.

redacción de las amenazas condicionales utiliza como parámetro de definición la perspectiva del coaccionador: el criterio de reconocimiento del resultado coercitivo radica aquí en el contenido del propósito del coaccionador. Esto debe ser sin embargo matizado, pues una interpretación literal del precepto contradiría el fin de la norma, que es la protección de la libertad personal del coaccionado. Para la agravación de la pena se debe por una parte tener presente que son irrelevantes los propósitos ulteriores del coaccionador (por ejemplo, la efectiva obtención de un provecho) y que es impropio exigir una concordancia total entre lo exigido por el coaccionador y lo efectuado por el coaccionado. Pero por otra parte, no cualquier conducta realizada por el coaccionado en virtud de la amenaza puede bastar para dar por realizada la hipótesis de condición cumplida. En primer lugar, es imprescindible poder imputar al coaccionador la conducta efectuada por el coaccionado, como resultado de lesión de la libertad de éste. Y, en segundo término, es necesario constatar una lesión material de la libertad que revista la relevancia necesaria como para justificar la agravación de la pena. Como se puede ver, ambos criterios se deducen de una misma premisa: el cumplimiento de la condición corresponde al momento de la vulneración de la libertad de acción en grado de lesión.

2.4. La demarcación entre violencia y amenaza

La principal tarea que el Código penal español impone a la dogmática en materia del delito de coerción consiste sin duda en la elaboración de criterios precisos para delimitar la violencia de la amenaza. En el derecho penal español, de la calificación del medio coercitivo empleado depende tanto la determinación de la penalidad aplicable, como también el tratamiento de las diversas etapas de desarrollo del delito.

Como ya se ha dicho, la premisa adecuada para establecer la demarcación entre los conceptos de violencia y amenaza se encuentra en la teoría de Binding. En sus propias palabras:

«La amenaza se diferencia radicalmente de (la violencia). En tanto ella coloca al amenazado frente a la elección de adoptar una determinada decisión y ejecutarla o soportar tarde o temprano un mal, la amenaza apela a la capacidad de la formación y actuación de la voluntad, las cuales son precisamente suprimidas por la violencia» (229).

Bustos ha impugnado la validez de esta distinción, tachándola de artificial ya que a su juicio «todo lo que tiene efecto sobre la moti-

(229) BINDING, *Lehrbuch...*, cit., p. 84.

vación influye también en la actuación» (230). Esto es cierto, en el sentido trivial de que el ataque a cualquiera de los presupuestos de la capacidad de actuar de una persona se traduce en definitiva en un mismo resultado, cual es la vulneración de su libertad de acción. Pero la crítica de Bustos pasa por alto el punto crucial, que consiste en el hecho de que el ataque a la capacidad de decisión conforme a motivos propios es fácilmente incompatible con el ataque a las capacidades de formación y actuación de la voluntad. Tal como Binding lo señala, quien amenaza a otro para constreñirle a hacer u omitir algo, necesariamente tiene que contar con que éste posee la capacidad de comprender la amenaza y la condición que se le impone, como asimismo la capacidad de cumplir con la condición impuesta bajo amenaza. De lo contrario, la amenaza no podría ser coercitivamente idónea. Es por lo tanto en la propia racionalidad coercitiva, o si se quiere, en la naturaleza misma de las cosas donde se encuentra el fundamento de la distinción formulada por Binding.

Con todo, la asignación que éste hace de todo el ámbito de ataque a la capacidad de decisión de la voluntad al concepto de amenaza, y de toda otra forma de ataque a la voluntad al concepto de violencia, es demasiado apresurada. La correcta demarcación entre violencia y amenaza exige la elaboración de criterios aún más precisos.

Como primera medida, es indispensable establecer una distinción entre dos niveles de lenguaje, estipulando un lenguaje técnico paralelo al lenguaje utilizado por el texto legal. La razón de la introducción de este segundo lenguaje, radica en la necesidad de evitar confusiones de índole terminológica. Así, en el nivel del lenguaje estipulativo se pueden formular todas las distinciones desde una perspectiva puramente analítica, y una vez hecho esto se puede entrar a establecer las correlaciones entre los términos técnicos y los términos legales, tomando ahora en consideración todos los elementos de juicio que corresponden al contexto legal, como sus antecedentes históricos y la concordancia entre diversas disposiciones que lo componen. Para este efecto, lo mejor es servirse de los términos jurídicos latinos tradicionalmente empleados en este contexto, denominando *vis absoluta* a la supresión de la capacidad de formación de la voluntad y a la puesta de obstáculos insuperables a la capacidad de ejecución de la voluntad, y *vis compulsiva* al ataque contra la capacidad de decisión de la voluntad.

Que el concepto técnico de *vis absoluta* corresponde al concepto legal de violencia, es algo indiscutido. Las dificultades surgen al momento de decidir si cualquier forma de ejercicio de *vis absoluta* es automáticamente susceptible de ser calificada como violencia para los efectos legales (231). Pero estas dificultades se

(230) BUSTOS, *op. cit.*, pp. 96 y 101.

(231) Aquí se produce una tensión entre la definición funcional del concepto

referen a la extensión del ámbito de la violencia y no a su demarcación respecto de la amenaza. Aquí las alternativas en disputa son, o bien la sanción como coerción violenta, o bien la atipicidad de la conducta.

El concepto de *vis compulsiva* requiere de un mayor análisis. Para facilitar y despejar dificultades conviene introducir otro término latino de uso menos frecuente que los anteriormente mencionados, el término *mine* (232). El criterio distintivo de las *mine*, en contraposición a la *vis compulsiva stricto sensu*, consiste en que el ataque a la capacidad de decisión de la voluntad se efectúa mediante la mera puesta en conocimiento del coaccionado del evento de tener que sufrir un mal en caso de no comportarse conforme a las exigencias del coaccionador. El término *vis compulsiva (stricto sensu)* queda en adelante reservado para toda forma de ataque a la capacidad de determinación de la voluntad mediante la efectiva irrogación de un mal. Así pues, lo que distingue a uno y otro concepto es la actualidad o mera potencialidad de la irrogación de un mal que opera compulsivamente sobre la voluntad del coaccionado.

En principio, es claro que todo el ámbito del concepto de *mine* corresponde al concepto legal de amenaza. En la doctrina española se discute sin embargo si el hecho de encontrarse las *mine* referidas a un mal de próxima o inminente irrogación cambia su calificación, trasladándolas al ámbito de la violencia. La tesis tradicional sostiene que esta forma especial de *mine* corresponde al término legal intimidación—, cuyo uso es frecuente en los tipos especiales de coerción pero que no aparece mencionado en los arts. 494 núm. 1, 493 y 496-1. Según esta tesis el rasgo de la proximidad o inminencia de la irrogación del mal es de tal relevancia, que la intimidación debe ser

de violencia, orientada al resultado de coerción, y la exigencia de que el concepto sea además portador de un disvalor de acción adicional a la mera causación del resultado. Se trata de una tensión insoluble, pues cualquier decisión radical por uno de los dos extremos sería igualmente inaceptable. Prescindir de la exigencia de un disvalor adicional de acción implicaría desconocer el claro tenor del texto legal, que no se satisface con el mero resultado de constreñimiento, sino que exige la concurrencia de un modo especial de comisión. Prescindir a su vez de la funcionalidad coercitiva de la violencia implicaría desconocer la posición de este elemento dentro de la estructura del tipo y transformar a las coacciones en un delito pluriofensivo. Lo primero contradiría su carácter de delito contra la libertad, y lo segundo no concordaría con su calidad de tipo de recogida situado en el umbral mínimo de punición del sistema de la Parte Especial.

(232) El uso del término *mine* era frecuente en la doctrina de la *concessio* del derecho común, preocupada de si este delito exigía el empleo de *mine iuris* (amenaza con el ejercicio abusivo de una potestad o facultad jurídica) o si se satisficiera también con cualquier clase de *mine facti*. Tal como aquí se lo introduce, el sentido del término *mine* equivale al concepto de amenaza (*Drohung*) elaborado por KNODEL (*op. cit.*, pp. 77 y ss.).

considerada como violencia, quedando así el concepto legal de amenaza reservado sólo para las *mine* referidas a un mal de futura irrogación. Por el contrario, la postura hoy en día dominante niega la relevancia de la inminencia o futuridad de la irrogación del mal conminado y consecuentemente califica como amenaza toda forma de *mine*.

No corresponde examinar aquí en detalle los argumentos esgrimidos por una y otra postura. Si interesa señalar que, contrariamente a lo sostenido por la postura hoy dominante, la distinción entre la proximidad o futuridad de la irrogación del mal conminado si es político-criminalmente relevante. Pues una amenaza de mal de próxima irrogación coloca al amenazado en la situación de tener que resolver de inmediato si accede a las exigencias o padece la amenaza, sin permitirle ninguna de las alternativas de defensa que posibilita una amenaza de mal de futura irrogación, entre las cuales se cuenta solicitar la protección del Estado. En este sentido, es perfectamente válido sostener que el término legal «intimidación», tal como es empleado en las disposiciones relativas a la violación, el robo o la extorsión, sólo comprende una clase especial de *mine*. Con ello se logra además un importante punto de apoyo material para fundamentar el mayor disvalor de injusto de estos tipos especiales de coerción respecto de los tipos genéricos.

Pero, y ahora en contra de la tesis tradicional, de esta interpretación de la intimidación no se deduce que ella deba ser calificada como violencia en el marco de los tipos genéricos de coerción. No hay razón alguna para sostener que el concepto de amenaza en las amenazas condicionales tenga que ser interpretado en un sentido restringido, opuesto al concepto de intimidación, y no más bien en un sentido amplio, equivalente al concepto de *mine*. Puesto que a nivel de la regulación genérica de la coerción el legislador decidió distinguir únicamente entre violencia y amenaza, lo lógico es subsumir la intimidación bajo este último término, pues en definitiva ella no es más que una clase especial de *mine* (233). Sólo si en el sistema legal se le asignara un trato penal más severo a la coerción violenta podrían existir motivos para calificar de este modo también a la intimidación. Pero dado que el sistema español sigue precisamente el criterio opuesto, calificar la intimidación como violencia implicaría incurrir

(233) Cabe observar, eso sí, que el término «intimidación» puede ser usado en un sentido parcialmente más amplio que el concepto *mine*. Puesto que el término en cuestión sólo se refiere al efecto de atemorizar, y no al modo como se causa ese efecto, también puede resultar comprensivo de formas no conminatorias de producción de temor, como por ejemplo la falsa advertencia o lo que más adelante se definirá como *vis compulsiva no-conminatoria*. Obviamente, este sentido especial del término «intimidación» no queda comprendido por el término legal «amenaza».

en el absurdo de otorgarle un trato privilegiado frente a las *mine* de menor gravedad (234).

La calificación de la *vis compulsiva* ha sido desde siempre un punto sumamente discutido. En la antigua doctrina alemana, las posturas opuestas están representadas por Binding, quien consideraba como amenaza toda forma de ataque a la capacidad de decisión de la voluntad conforme a motivos propios, y por Frank, que entendía la *vis compulsiva* como una forma de violencia, apoyándose ante todo en el uso cotidiano de este último término (235). Como se ha visto, la postura dominante en la doctrina española se inclina por la tesis de Binding, al estimar que debe ser excluida del ámbito de las coacciones toda forma de atentado a la libre determinación de la voluntad conforme a motivos propios. En la doctrina alemana, en cambio, la tesis dominante es la de Frank.

Ninguna de estas dos posturas es sin embargo enteramente satisfactoria, pues cada una a su modo incurre en el error de otorgar un mismo tratamiento a toda forma de *vis compulsiva*. En esta materia, el punto crucial es advertir que el concepto de *vis compulsiva* debe ser descompuesto en dos clases diversas: la *vis compulsiva comminatoria* y la *vis compulsiva no comminatoria* (236).

Al concepto de *vis compulsiva comminatoria* corresponden todos aquellos casos en que la irrogación actual de un mal se encuentra conectada con la amenaza de proseguir o reanudar la irrogación de ese mal, o de irrogar otro mal diverso. En estos supuestos, la irrogación actual del mal no hace sino reforzar el efecto coercitivo de la amenaza con que se encuentra relacionada. El caso paradigmático de esta forma de *vis compulsiva* es la tortura. La doctrina española considera que estos supuestos se caracterizan por ser una combinación de coerción mediante violencia y coerción mediante amenaza, cuyo tratamiento debe regirse por el art. 68 C.p. (237). Una consideración más atenta revela sin embargo que desde un punto de vista

(234) La doctrina ha observado que este argumento no sería aplicable al caso de la amenaza de irrogación inminente de un mal no constitutivo de delito, ya que esta hipótesis recibe una pena inferior a la asignada a las coacciones violentas (así, Mir, *op. cit.*, pp. 384-385; GARCÍA-PABLOS, *op. cit.*, pp. 148-149; MIRA, *op. cit.*, pp. 157-159). La objeción es correcta sólo tratándose de supuestos en que el ofendido haya efectivamente ejecutado algo que él no quiere u omitido algo que la ley no prohíbe, de lo contrario, es decir, encontrándose pendiente el cumplimiento de la condición, sería superior la pena a imponer conforme al art. 494, pues con ella concurriría la pena correspondiente a una tentativa de coacciones.

(235) BINDING, *Lehrbuch...*, *cit.*, *supra* nota 6; FRANK, *Raub und Erpressung*, *cit.*, pp. 20 y ss.; el mismo, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.^a ed. (1931), §§ 52 y 240.

(236) De modo semejante al texto, Mir, *op. cit.*, pp. 285 y ss.

(237) Cfr., por todos, RODRÍGUEZ DE VESA, *op. cit.* (1992), pp. 286-287.

estrictamente funcional aquí sólo existe una coerción mediante amenaza.

Quien confiesa bajo tortura no lo hace *porque* fue torturado, sino *para* no seguir siendo torturado: la idea de que las lesiones infligidas *causan* la confesión es insostenible. No se necesita un gran esfuerzo para advertir que detrás de la consideración de esos supuestos como coerción violenta se esconde el uso corriente del término «violencia» como agresión física o maltrato corporal. Pero para determinar si la pena aplicable a la coerción es la del art. 496 o la del art. 493 núm. 1 lo que cuenta es establecer cuál fue, desde una perspectiva funcional, el medio empleado para constreñir el comportamiento ajeno. En consecuencia, si alguna relevancia penal se le quiere dar a la irrogación actual del mal, la solución está en apreciar un concurso entre las amenazas condicionales y el delito que eventualmente se hubiere cometido con la irrogación del mal (lesiones o daños, por regla general) (238).

Por cierto, también pueden darse auténticos casos de combinación de violencia y amenaza coercitivas; estos supuestos deben ser tratados conforme al art. 68 C.p., ya que aquí carece de sentido buscar una respuesta unívoca a la cuestión de la demarcación (239). Pero esto no altera la importancia dogmática de distinguir la especificidad de la *vis compulsiva comminatoria* y en consecuencia tratarla como coerción mediante amenaza. Pues esto permite, en primer lugar, dar una solución pacífica a diversos supuestos cuya caracterización como violencia requeriría extender el ámbito de ésta mediante postulados *ad hoc*, como los discutibles conceptos de violencia contra terceros

(238) De lo anterior se desprende también la improcedencia de la tesis sostenida por CORO-CARONELL (*op. cit.*, p. 737) y seguida por LORENZO (*op. cit.*, p. 453), que ve aquí un concurso de delitos entre las coacciones y las amenazas condicionales. Problemático resta el tratamiento de la *vis compulsiva comminatoria* cuando el mal actualmente irrogado no es constitutivo de delito (*vid. supra*, nota 213); en estos casos, la aplicación del art. 494 implica desechar de plano la relevancia penal de la irrogación actual del mal.

(239) Así por ejemplo, si *A* constreñe a *B* a tolerar una determinada acción golpeándolo hasta que deje de oponer resistencia, el resultado puede ser atribuido tanto a la amenaza implícita de continuar con los golpes como al agotamiento producido por los golpes ya dados. Del mismo modo, si *A* ata de manos a *B* y además permanece junto a él armado con una pistola para disuadirlo de cualquier intento de liberarse de sus ataduras, la coerción a omitir o tolerar a que *B* es sometido tiene lugar tanto mediante violencia como mediante amenaza. El supuesto más interesante desde un punto de vista teórico se encuentra sin embargo en aquellos casos en que *A*, antes de proceder a constreñir a *B* mediante *vis absoluta*, le comunica sus intenciones, haciéndole ver la superfluidad de cualquier intento de resistencia por su parte, logrando con ello que *B* efectivamente omita oponer resistencia. Este supuesto revisa la peculiar forma de una coerción mediante amenaza con cometer una coerción mediante violencia, o sea, de una amenaza condicional en la cual el mal con que se amenaza es idéntico a la condición que se impone.

y violencia en las cosas (240). Y, en segundo término, hace posible identificar con claridad la constelación de casos de *vis compulsiva* de más dudosa tipicidad, que corresponden precisamente a su forma no conminatoria.

Casos de *vis compulsiva* no conminatoria bien conocidos por la doctrina española son, por ejemplo, el del arrendador que para desalojar a su inquilino corta el suministro de gas o energía eléctrica, o arranca las ventanas o el techo de la habitación arrendada, o arrienda las habitaciones vecinas a personas indeseables. También pertenecen a esta categoría los casos de *Sitzblockaden* que tanta discusión han originado en la doctrina alemana.

Desde un punto de vista funcional, la *vis compulsiva* no conminatoria sólo puede ser caracterizada de modo negativo; ella no es *vis absoluta* ni tampoco amenaza (*minae* y *vis compulsiva conminatoria*). Hasta el momento no ha sido suficientemente elaborada una definición positiva de esta forma de *vis compulsiva*, que ponga de relieve la justificación de su sanción como medio coercitivo y permita deslindar sus contornos frente a otras formas de introducción de motivos ajenos en el proceso de deliberación tradicionalmente consideradas irrelevantes para el derecho penal.

La razón de esta carencia se encuentra principalmente en el tratamiento conjunto de ambas formas de *vis compulsiva* que tiende a legitimar el carácter típico de la *vis compulsiva* no conminatoria en base a una extensión o analogación del indiscutido carácter típico de la *vis compulsiva conminatoria*. Pero el error de este tratamiento radica naturalmente en que el fundamento de la incriminación de la *vis compulsiva conminatoria* descansa en su calidad de amenaza coercitiva, rasgo que por definición no puede compartir la *vis compulsiva* no conminatoria. El tratamiento de ésta se ve pues enfrentado al siguiente dilema: o bien se la incluye en el tipo de las coacciones violentas, renunciando con ello a un concepto funcionalmente unitario de violencia, o bien se la declara directamente atípica.

Lo dicho en esta sección queda resumido en el siguiente esquema:

(240) Así, quien para constreñir a una madre a hacer u omitir algo, procede a golpear a su hijo, no comete una coerción mediante violencia ejercida sobre el hijo sino claramente mediante amenaza dirigida a la propia madre. Así también, comete coerción mediante amenaza el mafioso que constriñe a un productor de cine a aceptar a un sobrino y protegido suyo en el rodaje de un filme mediante el expediente de cortarle la cabeza a su caballo favorito y dejarla a los pies de su cama en el transcurso de la noche; aquí no es la muerte del caballo ni el desgraciado matutino lo que determina el comportamiento del productor del cine, sino la evidencia del poder de la mafia para causarle un mal en cualquier momento.

Términos técnicos-jurídicos			Términos legales
vis	absoluta		violencia
	compulsiva	no conminatoria	¿violencia?
		conminatoria	
minae	(con un mal de inminente irrogación)		amenaza
	(con un mal de irrogación futura)		

La principal virtud de un esquema funcional de demarcación entre la violencia y la amenaza como el que aquí se ha expuesto, que no es más que una elaboración más detallada del esquema de Binding, consiste en que permite en principio prescindir de todos los conceptos acuñados por la casuística. En su mayor parte, estos conceptos se definen atendiendo a la forma como se manifiesta la acción del coaccionador o al objeto concreto sobre el cual ella es desplegada, como por ejemplo los términos opuestos fuerza física/fuerza psíquica, *vis corporalis/vis moralis*, y *vis in personam/vis in rebus*. Puesto que ninguno de estos conceptos es definido conforme a criterios estrictamente funcionales, su utilización indiscriminada en el marco del análisis de la coerción sólo puede inducir a confusión.

Eso sí, la perspectiva puramente funcional tiene que ser complementada con criterios adicionales si es que se pretende contar con conceptos auténticamente normativos de violencia y de amenaza. En el ámbito del concepto de violencia la incorporación de estos criterios originan el conocido contrapunto entre el disvalor de acción y resultado arriba mencionado (*vid. supra*, nota 231). En el ámbito del concepto de amenaza, ellos llevan a distinguir la conminación de un mal como una forma específica de compulsión, portadora de un disvalor de acción no comunicable a las demás formas no conminatorias de compulsión. Dónde radica este específico disvalor de injusto, es una interrogante cuya respuesta aún se encuentra pendiente. Una sola cosa es segura, y es que la socorrida apelación a la «libertad de decisión conforme a motivos propios» es incapaz de brindar esa respuesta. Pues o bien toda decisión bajo amenaza obedece a un motivo eminentemente «propio» (evitar el mal conminado), o bien no todos los casos de actuación conforme a motivos «ajenos» son merecedores de pena. En otras palabras: el criterio del «motivo ajeno» — o es falso o es irrelevante.

C. Conclusiones y observaciones de *lege ferenda*

Lo expuesto en las secciones precedentes puede resumirse en siete tesis, que se formulan a continuación:

1. La regulación española de la coacción se caracteriza por consistir en un sistema complejo, compuesto por dos tipos alternativos: las amenazas condicionales (arts. 493 núm. 1 y 494 C.p.) y las coacciones violentas (art. 496 C.p.).
2. El criterio central que define la realización de uno y otro tipo se encuentra en el medio comisivo empleado: el uso de la amenaza como medio coercitivo realiza el tipo de amenazas condicionales, el uso de violencia, el tipo de las coacciones. La exacta demarcación entre uno y otro constituye la principal tarea que el texto legal español impone a la dogmática.
3. Para establecer la demarcación entre violencia y amenaza, lo más razonable y congruente con la decisión del legislador español es considerar como amenaza toda forma de conminación, ya sea que la irrogación del mal sea futura o inminente. Incluso en los casos en que ya se haya irrogado o se esté actualmente irrogando un mal, si el medio coercitivo consiste en la conminación de la continuación o reanudación de la irrogación de ese mal, la conducta debe calificarse como coacción mediante amenaza.
4. Tal como el núcleo de injusto de las coacciones consiste en un «impedir hacer o compeler a ejecutar», el núcleo de injusto de las amenazas condicionales se encuentra en la conducta de «imponer una condición». La formulación de la amenaza juega un papel esencial, pero subordinado; tal como la violencia en las coacciones, en las amenazas condicionales la amenaza representa el medio comisivo utilizado para imponer la condición. Dicho en otras palabras, las amenazas condicionales no son hipótesis de amenazas, sino de coacción: el único delito de amenazas que existe es el de las amenazas simples (art. 493 núm. 2 C.p.).
5. De lo anterior se deduce que en el ámbito de las amenazas condicionales es necesaria una interpretación funcional del concepto de amenaza, entendida como amenaza coercitiva. Independientemente de lo que se estime correcto para el delito de amenazas (simples), ni la existencia de un peligro objetivo para el bien amenazado, ni tampoco la producción actual o potencial de un efecto mental penoso para el son requisitos típicos de las amenazas condicionales. Como principio general, sólo cuenta la idoneidad de la amenaza respecto del resultado de *constreñimiento del comportamiento ajeno*.
6. Esta interpretación funcional del concepto de amenaza ha de complementarse sin embargo con criterios normativos, que permitan fundamentar la distinción que el Código efectúa entre el uso de la amenaza y el uso de cualquier otro medio compulsivo de coacción.

7. Entre las amenazas condicionales y las coacciones violentas existe finalmente una importante diferencia de estructura de injusto. Mientras que las coacciones son un delito de resultado, las amenazas condicionales se encuentran configuradas por regla general como delito de resultado cortado, aumentándose la pena en un caso específico (amenaza condicional de mal constitutivo de delito), si tiene lugar el momento equivalente al resultado de las coacciones. Es en este sentido —es decir, en atención a la estructura de injusto— que las amenazas condicionales implican un adelantamiento de la protección de la libertad de acción, bien jurídico común a ambos tipos de coacción.

Pero, parafraseando ahora a Bentham, del hecho que éstos sean los criterios que deben regir la tarea del *expositor* de la legislación española de la coacción no se deduce que también deba atenderse a ellos su *censor*. Si alguna lección puede extraerse del examen de la evolución histórica de la codificación europea en esta materia, es que lo razonable sería abandonar la regulación heredada del Código de 1848, sustituyéndola por un tipo de coacción estructurado conforme al modelo alemán. En esta dirección apuntan, elocuentes, los ejemplos del derecho penal austriaco e italiano. Esta es también la propuesta de la doctrina española, que desde 1947 viene reclamando la fusión de las amenazas condicionales y las coacciones violentas en un mismo tipo de delito.

Contra toda expectativa, la regulación proveniente del Código de 1848 ha demostrado una inusitada capacidad de supervivencia. Tanto el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 (arts. 189-192), como la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 (arts. 165-168), el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992 (arts. 177-180) y ahora el Anteproyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994 (arts. 165-168) insisten en regular conjuntamente las amenazas simples y condicionales, en consecuencia, en mantener entre estas últimas y las coacciones violentas las tradicionales diferencias en lo relativo a la penalidad y al tratamiento del momento consumativo. No está de más, pues, aprovechar esta oportunidad para insistir en la perspectiva mantenida por la doctrina, formulando un par de observaciones de *lege ferenda* acerca de los aspectos que definen los diversos modelos de regulación de la coacción en el derecho penal comparado (241).

(241) Las siguientes observaciones sólo se refieren a la regulación del tipo genérico de coacción, dejándose por lo tanto de lado el comentario de la vía seguida por los Proyectos de 1992 y 1994 para concretar antijuricidad de las amenazas condicionales de mal no constitutivo de delito, así como la tipificación de una hipótesis especial para la amenaza condicional de revelar o difundir hechos íntimos. La simple remisión a la literatura alemana de principios de siglo basta para demostrar cuán discutibles resultan estas innovaciones. Por lo demás, la nueva hipótesis de amenaza condicional de mal no constitutivo de delito se encuentra configurada como

Una primera observación se refiere a la determinación del contenido de la clase de los delitos contra la libertad.

El concepto de libertad personal manejado por la Parte Especial del Derecho penal no es otra cosa que el concepto de libertad negativa acuñado por el liberalismo, que también sirve de base a la teoría constitucional de los derechos-libertades. Pero entre la protección constitucional y la protección penal de la libertad existen importantes diferencias. La técnica de protección empleada por el derecho público consiste en especificar el ámbito de acción protegido y el tipo de restricciones o injerencias respecto de las cuales se brinda protección (242). El derecho penal utiliza precisamente la técnica inversa. No sólo no establece un catálogo de libertades atendiendo al ámbito de acción que se desea proteger, sino que la indefinición del ámbito de acción protegido es un rasgo esencial de los delitos contra la libertad, ya que su especificación, como por ejemplo, la concreción de su carácter sexual o patrimonial, determina la exclusión del tipo en cuestión de la categoría sistemática de los delitos contra la libertad personal.

Dentro del sistema de la Parte Especial, la consagración de la libertad personal como bien jurídico individual específico tiene lugar mediante la configuración de dos formas básicas de injusto, la *restricción de libertad* respecto de una (cualquiera) acción concreta, que es recogida por la figura de coerción y la *privación de libertad* que resulta del impedimento de la traslación del cuerpo en el espacio y que es recogida por la figura denominada secuestro de personas o arresto o detención ilegales (243). A estas dos formas clásicas de injusto se agrega el delito de toma de rehén o privación de libertad cometida con el propósito de imponer condiciones, modernamente incorporado en los Códigos penales europeos (244) y que no es más

un supuesto de chantaje patrimonial (art. 178-2 P. 1992, art. 167-2 P. 1994), debiendo en consecuencia ser sistematizada conforme a su auténtica naturaleza jurídica, cual es la de constituir un caso menos grave de extorsión.

(242) Al respecto, cfr. por todos ALEXY, *Theorie der Grundrecht*, 1986, pp. 194 y ss. También es especialmente ilustrativa sobre este punto la crítica efectuada por Hart al concepto de libertad utilizado en la Teoría de la Justicia de Rawls y la respuesta de éste (HART, *Rawls on liberty and its priority*, en: DANIELS (ed.), *Reading Rawls*, 2.ª ed. (1989), pp. 230 y ss.; RAWLS, *A Theory of Justice*, 1971, sección 32; el mismo, *The Basic Liberties and Their Priority*, recientemente reimpreso en *Political Liberalism*, 1993, pp. 289 y ss.).

(243) Ésta es la primitiva formulación de VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1.ª ed. (1881), § 63, pp. 250-253; 3.ª ed. (1888), § 98, p. 340.

(244) Art. 343 C.p. francés, introducido por la Ley núm. 71-553, de 9 de julio de 1971; art. 347 bis C.p. belga, introducido por la Ley de 2 de julio de 1975; §§ 239a, 239b C.p. alemán, introducidos por la 12. StAG y modificados posteriormente por la StAG de 9 de junio de 1989; art. 630 C.p. italiano, introducido por

que una combinación de los dos delitos clásicos: aquí es utilizada la privación de libertad, o mejor dicho la amenaza con su prolongación, como medio coercitivo. Fuera de estos tres tipos de injusto no existen más atentados contra la libertad que sean político-criminalmente relevantes.

La evolución de los proyectos españoles de reforma ha seguido la dirección correcta en este aspecto. El Proyecto de 1980 dio el primer paso en la depuración del contenido del actual Título XII (Libro II), al eliminar el apartado destinado al abandono de familia. La PANCp de 1983, y tras ella los Proyectos de 1992 y 1994, han terminado por reducir el contenido de esta clase de delitos a la privación de libertad y la coerción, excluyendo todos los demás delitos que el Código actual incluye en ella, a excepción de las amenazas simples. Éstas constituyen el último remanente del arbitrio Titulo XIII del Código de 1848, debiendo desaparecer de la categoría de los delitos contra la libertad, cualquiera que sea el sistema de regulación que se le dé a las amenazas condicionales y a las coacciones violentas. Su exclusión ciertamente coloca al legislador en el apuro de tener que tomar una opción político-criminal explícita y decidir cual es el bien jurídico que intenta proteger a través de su incriminación. Pero ésta es una disyuntiva saludable, pues a estas alturas es claro que la consideración de las amenazas (simples) como un delito contra la libertad no es más que el resultado de la desidia doctrinaria y legislativa (245).

Un segundo problema digno de consideración es el de la fusión de las amenazas condicionales y las coacciones violentas o la mantención de su regulación separada.

El más poderoso argumento en favor de la fusión de ambas modalidades radica en la conveniencia práctica de simplificar el tratamiento de los casos-límite entre violencia y amenaza. En apoyo de la regulación separada cabe invocar la plausibilidad político-criminal de la distinción entre amenaza de mal constitutivo de delito y amenaza de mal no constitutivo de delito para efectos de la penalidad.

Decreto-ley núm. 59, de 21 de marzo de 1978, y modificado posteriormente por la Ley núm. 894, de 30 de diciembre de 1980; § 102-1 C.p. austriaco de 1974.

(245) El propio Carrara, proveedor de la falaz justificación del carácter atentatorio a la libertad de las amenazas simples seguida por Quintano Ripollés, no pudo menos que reconocer que su inclusión en la clase de los delitos contra la libertad en última instancia obedecía a que «... si no se procede así no se sabría a qué otro derecho se debe referir la ofensa causada por la amenaza» (*Programma*, § 1575). La única posibilidad de sistematizar las amenazas (simples) como delito contra la libertad sería regulándolas como un delito de peligro concreto, requiriendo como elemento subjetivo del tipo un «propósito de restringir la libertad de decisión», tal como lo efectúa el Proyecto Alternativo alemán (AE § 118). Esta fórmula tiene sin embargo el grave inconveniente de ser indistinguible de la tentativa de coerción mediante amenaza.

Puesto que esta distinción no es trasladable al ámbito de la violencia como medio coercitivo, se entiende que la punición de esta forma de coerción se sujete a un esquema normativo diverso de la regulación de la coerción mediante amenaza.

Así presentados los términos en disputa, es evidente que no se trata de una dificultad completamente insalvable. La solución podría consistir en fusionar amenazas condicionales y coacciones violentas en un tipo de injusto estratificado en dos hipótesis. La hipótesis grave de coerción, que conllevaría el marco penal más severo, correspondería al uso de violencia o de amenaza de mal constitutivo de delito. La hipótesis menos grave, con un marco penal más benigno, correspondería a la coerción cometida mediante amenaza de mal no constitutivo de delito. Este esquema de regulación, que se encuentra en un punto medio entre la tradición española y el modelo alemán, coincide también parcialmente con la originaria regulación de la extorsión en el derecho alemán, tal como lo consagraron los Proyectos austríacos de 1909 y 1912. Yendo un poco más lejos, en el marco de una regulación como la propuesta incluso sería posible restringir el ámbito de la amenaza propia de la hipótesis grave a la amenaza con irrogar *inminutamente* un mal constitutivo de delito, definiendo así la hipótesis menos grave por el uso de cualquier amenaza no comprendida en la hipótesis anterior. Con ello se lograría satisfacer tanto el criterio legal como también el jurisprudencial de distinción entre diversas clases de amenazas coercitivas.

Por el contrario, no parece razonable introducir distinciones en materia del concepto de violencia. Desde luego, se encuentra completamente fuera de lugar una cláusula que amplíe su alcance, como la que preveía por el Proyecto de 1992 («violencia mediata o inmediata»). Frente a la tendencia doctrinaria a interpretar extensivamente el concepto de violencia, esta ampliación legislativa resulta tan innecesaria como peligrosa. Su eliminación en el Proyecto de 1994 se encuentra pues plenamente justificada. Por otra parte, tampoco parece conveniente una cláusula restrictiva como la propuesta por Zugaldía Espinar («violencia ejercida sobre las personas»). Semejante restricción se basa en una precisión del objeto sobre el cual recae inmediatamente el ejercicio de violencia, lo cual es por una parte incorrecto, pues excluye del tipo formas de coerción que son funcionalmente equivalentes al ejercicio de violencia sobre el cuerpo de una persona, y por otra parte irrelevante, pues también semejante cláusula puede ser interpretada extensivamente. Para inducir al intérprete a rechazar una concepción extensiva extrema debería bastar con incluir la violencia en la hipótesis grave de coerción, en una posición paralela a las amenazas graves.

Queda por último la cuestión relativa a la estructura de injusto del delito de coerción, es decir, resolver si se lo debe tipificar como un delito de resultado o como un delito de mera actividad. En esta

materia el legislador es perfectamente libre de escoger una u otra alternativa, ya que existen buenas razones en ambos sentidos.

En favor de la tipificación como delito de mera actividad habla la dificultad de determinar en algunos casos si el resultado ha acaecido o no, especialmente en los supuestos de constreñir a omitir o a tolerar. Por lo demás, es claro que frente a la coerción mediante amenaza de mal futuro el sistema penal debe ser capaz de reaccionar con energía frente a la sola conminación de la amenaza, si es que pretende ser preventivamente eficaz. Así ciertas instituciones vinculadas a la persecución de la coerción, como las prerrogativas que en algunas legislaciones le son concedidas a la víctima de un chantaje (secreto de las actuaciones procesales, suspensión del proceso con cuya incoación se hubo amenazado), necesariamente tienen que proceder en presencia de la mera tentativa de coerción mediante amenaza. En favor de la tipificación como delito de resultado, está el hecho obvio de que la forma normal de protección penal de los bienes jurídicos consiste en sancionar como delito consumado la conducta que acarrea su lesión, remitiendo los estadios previos a ese momento a las reglas generales de punición de la tentativa. Además, dado que los tipos coercitivos especiales del sistema (violación, robo, extorsión) son por lo general delitos de resultado desde la perspectiva de la coerción, tipificar la coerción genérica como un delito de resultado cortado acarrearía considerables dificultades para el tratamiento de la tentativa de estos otros delitos.

Es claro que la relevancia de esta cuestión depende esencialmente del sistema general de punición de la tentativa que consagre el texto legal. La adopción de un sistema de atenuación meramente facultativa de la pena de la tentativa, como el alemán, eliminaría las dificultades de tipificar la coerción como un delito de resultado. De adoptarse un sistema de atenuación obligatoria de la pena de la tentativa, hay mejores razones para tipificar la coerción genérica como un delito de resultado cortado. En este caso, las dificultades para el tratamiento de la tentativa de los demás delitos específicos de coerción tendrían que ser obviadas mediante una cuidadosa determinación de los respectivos marcos penales. La otra alternativa es simplemente establecer reglas especiales, que se satisfagan con la sola tentativa de coerción, respecto las consecuencias procesales y penales que se desprenden de la particularidad de la amenaza como medio coercitivo.

Cualquiera que sea la decisión que se adopte, una cosa es clara. Tanto la coerción mediante amenaza como la coerción mediante violencia deben sujetarse a un mismo tratamiento en lo que se refiere a su estructura de injusto. Mantener las diferencias estructurales que han caracterizado por más de un siglo a la regulación española de la coerción implica perpetuar una fuente inagotable de dificultades insolubles.