

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

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL

Traducción al castellano y Estudio Preliminar:

ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS
CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ
MANUEL CANCIO MELIÁ

UAM

EDICIONES



EDITORIAL CIVITAS, S. A.

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

I.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II.

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

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

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

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

(7) loc. cit. p. 14

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

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

der Erpressung durch Drohung, Weimar 1917, pp. 86 y ss.; *Frank*, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.ª ed., Tübingen 1931, § 253, n.º 11 2.

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

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

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

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

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

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

(*) El § 138, apartado 2.º BGB declara la nulidad de los negocios jurídicos usurarios (N. del T.).

(16) loc. cit. pp. 99 y s.

(17) loc. cit. p. 133.

(18) Véase *infra* apartado VIII.

(19) Que para *Klee*, de lege ferenda, debe abarcar las coacciones; Der Erpressungsbegriff

auf vertragsrechtlicher Grundlage, Mannheim y Leipzig, 1911, conclusiones en p. 155.

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

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

(22) loc. cit. p. 115.

(23) loc. cit. p. 140.

(24) loc. cit. p. 144.

(25) loc. cit. n. 9, p. 79.

(11) loc. cit. p. 52.

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

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

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

(15) loc. cit. p. 75.

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

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

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

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

fra, apartados IV y VI.

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

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

III.

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

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

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

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

IV.

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

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

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

Berlin 1966, pp. 446 y ss.; en lo que concierne al nuevo concepto de violencia reduce el delito de coacciones a la siguiente fórmula: «quien de manera intencional frustra la acción de otro, y actúa por tanto de manera reprochable, es punible por delito de coacciones» (p. 461). El concepto de violencia criticado por *Geilen* constituye el resultado de una interpretación teleológica de la restricción de la libertad producida de facto, pero no toma («de manera exclusiva») en consideración la libertad jurídicamente garantizada y el requisito del traslado de la libertad (vid. *infra*, este mismo apartado). El detener la interpretación *antes* de la repercusión coercitiva general (así por ejemplo, en lo que de corporal

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

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

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

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

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

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

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

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

V.

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

(35) Los partidarios del nuevo concepto de violencia se aproximan a este punto de vista cuando exigen intención en relación con el comportamiento que se ha obtenido por la coacción; Schönke-Schröder, loc. cit. n. 3, 240, n.m. 27; Knodel, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, München y Berlín, 1962, pp. 84 y s.; no sin embargo Maurach, Deutsches Straf-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI.

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

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

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

produce, también bajo la consideración del derecho a *decidir* libremente, puede ser mínima como perjuicio para el bien jurídico, también cuando se ha amenazado con graves injustos; en otra dirección, «el traslado de la desaprobación» en *Busse*, loc. cit. n. 1, pp. 178 y ss.; por el contrario, de manera acertada *Hansen*, loc. cit. n. 1, p. 199, quien ofrece un «análisis de factores relevantes para el injusto» (pp. 154 y ss., 157 a 160) y, de forma predominante, un análisis de los factores de la entidad del injusto para la exclusión del injusto de bagatela.

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

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

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

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

VII.

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

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

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

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

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

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

(43) Así la definición general, cfr. *Schönke-Schröder*, n. 3, n.m. 21 previo al § 234 con ulteriores referencias.

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

VIII.

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

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

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

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

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

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

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

(46) Exposición de motivos, p. 62.

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

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

(47) Relativas al apartado VI.

(48) También en los casos antes citados, n.º 41, de amenazas para obtener un comportami-

ento al cual la víctima se halla vinculada (amenaza de difamación si la víctima no paga sus deudas) —paralelamente a la confianza en la paz jurídica protegida por el § 241— debe tomarse en consideración la no deseada privatización de la justicia penal.

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

IX.

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

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

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

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

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

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

(54) Fundamentos, p. 65.

(55) En la medida en que al amenazado le quede la posibilidad de realizar su pretensión por medio de una demanda, ciertamente la amenaza no despliega efectos. Una situación de estas características no sólo es posible tra-

tándose de amenazas con perjuicios contractuales, sino también ante cualquier amenaza con un comportamiento lesivo de derechos y, por tanto, restrictivo de libertad. A pesar de ello, nadie consideraría el delito de coacciones como un precepto superfluo, porque la presión coactiva sólo habitualmente surte efectos, porque no se da la propia posibilidad de un arreglo judicial del que pueda disponerse.

(56) loc. cit. n.º 35, p. 17.

(49) Bundestagsdrucksache IV/650.

689 y s.

(50) Cfr. la acertada crítica, en especial a la contravención, de *Stratenwerth*, ZStW 76, pp.

(51) loc. cit. n.º 45

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