

JUAN PABLO MAÑALICH R.

AUTOTUTELA DEL ACREEDOR Y PROTECCIÓN PENAL DEL DEUDOR

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



EDICIONES JURÍDICAS DE SANTIAGO

C) VIOLENCIA COMO VIOLENCIA COERCITIVA

La interpretación del término “violencia” resulta crucial para la adecuada comprensión del tipo delictivo, sobre todo si se lo concibe, como aquí se hace, como un delito de coacción. Desde ya cabe señalar que, en función de la tesis sostenida en este trabajo respecto de la relación que existe entre este delito y el de coacción violenta del N° 16 del artículo 494, el término “violencia” tiene que ser interpretado, en principio, de la misma manera en ambas disposiciones.

Esto hace necesaria, sin embargo, una consideración adicional. En la medida en que la estructura de injusto de la coacción violenta del artículo 494 N° 16 es explícitamente coercitiva, dado que la conducta típica es descrita como “impedir hacer” o “compeler a ejecutar”, el término “violencia” puede ser interpretado, en el contexto de esta disposición, como simple medio comisivo funcional al sentido coercitivo que ya se encuentra incorporado en el núcleo de la descripción del comportamiento típico. En cambio, tratándose de la falta del artículo 494 N° 20, la dimensión de injusto correspondiente a la coacción no se desprende ya de la configuración típica del núcleo de la acción (“apoderarse”), pues resulta manifiesto que tal forma de comportamiento es susceptible de realización no coercitiva –por ejemplo, en el delito de hurto o en el delito de robo con fuerza en las cosas–, por lo cual es sólo a partir del término “violencia” que puede fundarse la concepción de la realización arbitraria del propio derecho como un delito cuya estructura de injusto se corresponde con la de la coacción. Esto conduce a la necesidad de interpretar el término “violencia”, en el contexto del N° 20 del artículo 494, como violencia coercitiva.

La complejidad del punto se ve intensificada en tanto se constata la disparidad entre las distintas tesis interpretativas del concepto de violencia que se encuentra a propósito del delito de coacción mediante violencia. En general, puede decirse que parte de esa disparidad de criterios se explica por la tensión existente entre los intentos por formular una definición funcional del concepto de violencia, esto es, una definición orientada al resultado coercitivo, por una parte, y la necesidad de constatar un desvalor adicional a esa sola producción de un resultado coercitivo, asociado a la utilización de determinados medios especificados, por otra¹³. En otros términos, se

¹³ Bascuñán, “La regulación española de la coerción en el marco de la codificación europea”, pp. 294-295, nota 231: “Prescindir de la exigencia de un disvalor adicional de acción implicaría desconocer el claro tenor del texto

trata de la tensión inevitable que subyace a la pretensión de conjugar un concepto estrictamente funcional y un concepto fenomenológicamente plausible de violencia¹⁴.

En este contexto, la historia de la interpretación de la violencia coercitiva es la historia de su espiritualización o des-materialización. Respecto del modo en que este proceso ha tenido lugar en el marco de la doctrina y la jurisprudencia española, Sánchez Tomás da cuenta de que frente a la consideración de que el ejercicio de energía mecánica sobre el cuerpo del coaccionado (“fuerza física con incidencia personal”) constituía un caso indiscutido de violencia en el sentido del delito de coacciones del Código Penal español, la extensión del concepto fue ampliándose progresivamente¹⁵. En primer lugar, se incluyó la intimidación dentro de la definición extensional de violencia, sobre la base de la supuesta incompatibilidad entre los conceptos de intimidación y de amenaza, determinada por una exigencia de futuridad, por oposición a inminencia, del mal conminado supuestamente implicada en el concepto de amenaza. Frente a la alternativa de la atipicidad, se habría optado entonces por incluir la intimidación en la extensión del concepto de violencia¹⁶. El siguiente paso estuvo dado por la ampliación del concepto de violencia a la denominada “fuerza en las cosas intimidatoria”, en el entendido de que “también la intimidación se podía producir a través del ejercicio de fuerza física sobre los objetos materiales”¹⁷. Según Sánchez Tomás, el paso siguiente resultó ser la consideración de la efectividad de la fuerza física sobre las cosas como ejercicio mismo de violencia, “pues lo decisivo no era tampoco la influencia directa o indirecta sobre las personas, lo determinante era la afectación directa al bien jurídico protegido”, ampliándose entonces el concepto de violencia para abarcar así la llamada “fuerza propia sobre las cosas”¹⁸. El último

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 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”.

¹⁴ SÁNCHEZ TOMÁS, *La Violencia en el Derecho Penal*, p. 57.

¹⁵ *Ibid*, pp. 61 ss.

¹⁶ *Ibid*, p. 62.

¹⁷ *Ibid*, p. 64.

¹⁸ *Ibid*, p. 65.

paso hacia la absoluta indeterminación del concepto de violencia en el ámbito de las coacciones del Código español consistió en la inclusión de la denominada “fuerza impropia en las cosas”, de modo que, según Sánchez Tomás, “acabó admitiéndose como coacción cualquier conducta, fuera ejercida con fuerza física o no, sobre las personas o sobre las cosas, que impidieran el ejercicio de los derechos subjetivos”¹⁹.

Es interesante que Sánchez Tomás afirme que “[s]ólo quedó a salvo de ingresar en el maltrecho concepto de violencia, el fraude o engaño, bien podría haber sido ese el siguiente paso”²⁰. Esta observación es de interés, porque en el contexto de la doctrina alemana sí llegó a darse ese paso ulterior. Ésta es una de las consecuencias a que llega Jakobs en su pretensión de normativizar el concepto de violencia del delito de coacción del § 240 del Código Penal alemán.

Jakobs parte de la base de que “[e]l concepto [de violencia] nada rinde en la medida en que sólo se entienda –como lo hace una interpretación ampliamente difundida– de modo psicologizante o conforme a las reglas de la física”²¹. Según Jakobs, los modos de comportamiento que constituyen violencia son aquellos por los cuales la persona de la víctima resulta disminuida, en tanto ésta no pueda entonces organizar total o parcialmente sus asuntos: “concorre violencia porque el déficit en la organización se basa en que se destruyen, se sustraen o se bloquean medios de organización de la víctima”²².

Jakobs parece ser consciente del riesgo de hipertrofia que la espiritualización radical del concepto de violencia puede llevar consigo. Sin embargo, para Jakobs la vía de restricción adecuada no puede venir dada por una restricción “naturalista” de la extensión del concepto, sino sólo por una concreción de su “normativización”. Jakobs pretende encontrar la clave para ello en la consideración de que,

dado que en Derecho no existe la persona como algo desvinculado de las configuraciones y de las técnicas jurídicas, el delito de coacciones, y con ello también la violencia, deben configurarse de manera accesoria, lo que significa que los supuestos límites de los ámbitos del Derecho que configuran la libertad también se convierten en supuestos límites de la protección penal de dicha libertad²³.

¹⁹ *Ibid*, p. 66.

²⁰ *Ibid*.

²¹ JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, p. 444.

²² *Ibid*, p. 449.

²³ *Ibid*, pp. 452-453.

De esto se sigue que la protección (penal) de la libertad no se traduce en la protección de cualquier pretensión, sino sólo en la protección de “derechos garantizados”, definidos por el hecho de que todos los demás sujetos han de preocuparse de no perjudicar, a través de su propia organización, los bienes inmunizados por tales derechos. Sólo estos derechos pueden ser equiparados a los medios de organización de la persona, en términos tales que una intervención en la disponibilidad sobre esos medios constituiría violencia. O más radicalmente aún:

[t]odo quebrantamiento de un derecho constitutivo de la persona, incluida una quiebra de la orientación, o sea, incluido el engaño que quebranta el Derecho, es violencia, y es que las coacciones son, precisamente, el delito general de todos los delitos contra la persona²⁴.

Una consecuencia inevitable de ello es que bajo esta tesis tampoco resulta posible distinguir violencia y amenaza. Como el propio Jakobs lo reconoce, “la amenaza constituye un sub-caso de violencia, y en concreto se trata de la violencia con efectos variables”²⁵. Y Jakobs llega a sostener que aun el engaño (“ardid”) puede constituir violencia, a saber, “en los supuestos en que el sentido de objetivo de una información sólo puede tener como base su veracidad”, debiendo estimarse que en tales casos “ya no es posible encontrar razón alguna por la cual ardid y violencia puedan separarse: Quien lesiona una garantía de veracidad coacciona violentamente”²⁶.

Una reconstrucción de la violencia coercitiva que sea compatible con la interpretación del tipo de la coacción como un delito de me-

²⁴ Jakobs, “Consumación material en los delitos de lesión contra la persona”, p. 7.

²⁵ JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, p. 458, nota 44. Jakobs califica de “poco productiva” la diferenciación entre violencia absoluta y violencia compulsiva, prefiriendo distinguir, desde una perspectiva fenotípica, si la pérdida de un ámbito de comportamiento libre puede o no ser modificada por la víctima (*ibid*, p. 449, nota 33).

²⁶ JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, p. 457. Resulta interesante contrastar esta última afirmación de Jakobs con lo mantenido por el propio Jakobs a propósito de la exigencia de precisión de la determinación legal, quien sostiene que “en la Parte Especial no está permitido, para completar la protección de la libertad, desarrollar como tipo de delito también las coacciones (§ 240 StGB) sin amenaza ni violencia, p. ej. mediante engaño, y ello sin olvidar que las coacciones constituyen un ejemplo gráfico de precepto que sólo llega a ser aplicable mediante complementación” (Jakobs, *Derecho Penal Parte General*, Ap. 4, núm. 16).

dios comisivos especificados debe satisfacer, sin embargo, la exigencia de una definición del concepto de coacción que resulte compatible con la definición del bien jurídico protegido. El punto de partida para tal construcción se encuentra en la obra de Binding, quien distinguió, la capacidad de formación de la voluntad, la capacidad de decisión de la voluntad y la capacidad de ejecución de la voluntad como objetos específicos del ataque coercitivamente relevante²⁷.

Binding correlacionó esta tripartición referida al objeto del ataque de la coacción con la distinción entre coacción física, entendida como ejercicio de *vis absoluta*, y coacción psicológica. La tesis de Binding consiste en que la afectación de la capacidad de formación y realización de la voluntad es incompatible con la afectación de la capacidad de decisión de la voluntad. Así, la coacción física incide o bien en la capacidad de formación o bien en la capacidad de realización de la voluntad, mientras que la coacción psicológica, exclusivamente en la capacidad de decisión de la voluntad. Y de esta contraposición resulta la diferenciación de los medios coercitivos de la violencia y la amenaza: violencia es el medio comisivo propia de la coacción física, mientras que amenaza el de la coacción psicológica.²⁸ Esta contraposición se justifica desde el punto de vista de la propia racionalidad coercitiva, que es diferente en cada caso. Quien pretende determinar un comportamiento ajeno incidiendo coercitivamente en la libre decisión de la voluntad, introduciendo motivos preponderantes en la deliberación del coaccionado, necesariamente debe presuponer en éste la subsistencia de sus capacidades de formación y de realización de la voluntad²⁹.

Lo distintivo de la violencia coercitiva es que ella suprime la capacidad de acción del coaccionado, haciendo así imposible la evitación del comportamiento de éste que es pretendido por el coaccionador, ya sea mediante la supresión de su capacidad de formación de una intención, ya sea mediante la supresión de su capacidad de realización de una intención. El caso paradigmático de supresión de la capacidad de formación de la voluntad es la producción de un estado de inconsciencia. La producción de un estado de inconsciencia sólo podría considerarse violenta si la pérdida de conciencia se produce

²⁷ BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil*, tomo I, pp. 80 ss.

²⁸ *Ibid*, p. 82 ss. Véase también Bascuñán, “La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea”, pp. 293 ss.

²⁹ Bascuñán, “La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea”, p. 294.

mediante una afectación de los presupuestos corporales del estado de conciencia de la víctima, ya sea por vía mecánica, ya sea por vía fisiológica. En cuanto a la supresión de la capacidad de realización de la voluntad, sólo la supresión de la capacidad física de realizar una determinada intención puede considerarse constitutiva de violencia coercitiva. El caso paradigmático es la sujeción del cuerpo, o sea, el impedimento del movimiento corporal³⁰.

Frente a esto, la posibilidad de subsumir bajo el concepto de coacción violenta una supresión de la posibilidad de realizar una voluntad mediante la utilización de instrumentos o cosas ha de ser rechazada. Pues la protección de esa capacidad tiene una posición sistemática distinta a la de los delitos contra la libertad, a saber, la de los delitos contra la propiedad. De este modo, resulta inviable la tesis de Jakobs, según quien, en tanto ciertos presupuestos instrumentales del ejercicio de la voluntad son objeto de derechos garantizados, la arrogación de éstos constituye una arrogación de medios de organización susceptible de constituir violencia³¹. Pues como Jakobs mismo lo reconoce, esta es una consecuencia de la interpretación de la coacción como delito general contra las personas, interpretación que, sin embargo, infringe el principio de legalidad.

La afectación de la capacidad de decisión de la voluntad queda excluida del concepto de violencia. En términos generales, esto significa que toda interacción constitutiva de amenaza coercitiva queda excluida del ámbito de significado del concepto de violencia. En el ámbito de la doctrina española, la calificación de la intimidación como forma de violencia o de amenaza ha sido sumamente debatida.

³⁰ Esto pone de manifiesto el problema de la demarcación entre coacción violenta y privación de libertad. La correlación entre coacción y privación de libertad puede dar lugar a ciertas confusiones. Es usual que bajo una concepción de la libertad ambulatoria como libertad actual de desplazamiento, se sostenga que la privación de libertad no es sino una coacción especial, en el sentido de que la conducta que se impone coercitivamente es la omisión de abandonar una posición espacial. Es claro, sin embargo, que bajo esta concepción no puede reconstruirse satisfactoriamente el injusto material de la privación de libertad, que no consiste en un especial constreñir a omitir el abandono de un lugar, sino en la arrogación de un presupuesto necesario para la ejecución de la generalidad de las acciones posibles: la posibilidad de desplazamiento. En este sentido, resulta preferible una concepción de la libertad ambulatoria como libertad potencial. Es claro que no toda coacción violenta satisface las exigencias típicas de la privación de libertad, así como que no toda privación de libertad presupone una coacción violenta. Una coacción violenta no es ni condición necesaria ni condición suficiente de una privación de libertad.

³¹ JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, p. 452.

El término “intimidación” designa supuestos de interacción coercitiva en que se impone una condición bajo amenaza de la irrogación inminente de un mal. La tesis tradicional en la doctrina española sostiene que la intimidación se correspondería con el concepto legal de violencia, de modo que la coacción mediante intimidación ha de subsumirse en el tipo de las coacciones³². La tesis actualmente dominante, en cambio, entiende que el hecho de que se conmine la irrogación inminente y no meramente futura de un mal no revierte la consideración de que tal interacción corresponde al concepto de amenaza, de modo que la coacción mediante intimidación habría de subsumirse bajo el tipo de las amenazas condicionales³³.

Desde el punto de vista de la demarcación entre violencia y amenaza bajo la premisa de la incompatibilidad entre *vis absoluta* y *vis compulsiva*, es claro que la amenaza de un mal inminente no deja de ser una amenaza. Bajo la tesis de la identidad estructural entre los conceptos de amenaza y de intimidación, toda interacción constitutiva de intimidación es constitutiva de amenaza, y no de violencia. Desde el punto de vista de su racionalidad coercitiva, se trata de conductas plenamente equivalentes³⁴. En la medida en el mal actualmente irrogado constituya, por ejemplo, una agresión corporal, se plantea la cuestión de su calificación como violencia o como amenaza. Bajo la tesis de la demarcación de violencia y amenaza desde la perspectiva de la incompatibilidad entre *vis absoluta* y *vis compulsiva* en el sentido de su racionalidad coercitiva contrapuesta, debe considerarse que la calificación correcta de estos casos es la de coacción mediante amenaza³⁵.

³² SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia en el Derecho Penal*, p. 62.

³³ *Ibid*, p. 67.

³⁴ Bascuñan, “La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea”, pp. 296-297.

³⁵ Sánchez Tomás sostiene que estos casos, que él denomina de “*vis physica compulsiva*”, satisfacen tanto el tipo de las coacciones (coacción mediante violencia) como el de las amenazas condicionales, por lo cual habría que afirmar un concurso aparente a resolverse por alternatividad, aplicando la pena más grave (Sánchez Tomás, *La violencia en el Derecho Penal*, pp. 357 ss.). Esta solución debe rechazarse. Primero, porque ella desconoce la corrección del punto de partida de Binding en la demarcación entre violencia y amenaza coercitivas. Por otra parte, Sánchez Tomás entiende el criterio de la alternatividad como un criterio de fundamentación y solución de un concurso aparente, en circunstancias de que resulta preferible reservar esta denominación para designar supuestos de mutua exclusión entre ámbitos típicos. Esto queda de manifiesto en las propias palabras de Sánchez Tomás: “No creo que resulte contradictoria la defensa de la presencia de una doble subsunción de estos supuestos en las coacciones y

En función de lo anterior, cabe concluir que los casos en que el acreedor se apodera mediante amenaza de la cosa debida por el deudor quedan excluidos del ámbito típico de la realización arbitraria del propio derecho, precisamente en función de la necesidad de reconstruir sistemáticamente este tipo como una hipótesis específica de coacción violenta. En contra de esto, Soto Piñeiro mantiene, empero, que “nada se opone a que entendamos que la expresión ‘violencia’ en el artículo 494 N° 20 ha sido usada en sentido amplio, como comprensiva tanto de la violencia propiamente tal, como de la intimidación”³⁶. La inconsistencia que esta interpretación introduce en el sistema de la parte especial, sin embargo, la reconoce el propio Soto cuando aclara que “la interpretación precedente es excepcional en cuanto por regla general la ‘violencia’ no comprenderá la intimidación, que debe ser reconducida al ámbito de las amenazas”³⁷. Que Soto admita esta incongruencia únicamente se explica porque Soto no reconoce que la mejor reconstrucción del injusto de la realización arbitraria del propio derecho consiste, en efecto, en su estricta correlación sistemática con la falta de coacción violenta.

La denominada “fuerza en las cosas” también debe ser excluida del concepto legal de violencia, a pesar de que en la jurisprudencia de la Corte Suprema se encuentra un pronunciamiento en el sentido contrario³⁸. Resulta pertinente recordar que, en el derecho

amenazas –relación de alternatividad– con el negar la existencia de relaciones de especialidad [...]” (*ibid*, p. 364, nota 54).

³⁶ Soto Piñeiro, “Contra Jorge Cosmelli Misle”, p. 123. Sin embargo, el propio Soto es consciente de la importancia sistemática de interpretar el término “violencia” tanto en el N° 16 como en el N° 20 del artículo 494 en el mismo sentido: “Obviamente dependerá de que al mismo tiempo se acuerde dar el mismo sentido a la expresión ‘violencia’ en el artículo 494 N° 16; con lo que aparece de manifiesto que la enfática afirmación del texto, debe matizarse, anudando los acuerdos relativos al 494 N° 20, a los acuerdos relativos al 494 N° 16, en lo que al medio comisivo se refiere” (*ibid*, p. 123, nota 104).

³⁷ *Ibid*, p. 124.

³⁸ Véase la sentencia de reemplazo pronunciada por la Corte en “Contra Cristián Omar Tapia Contreras”, de fecha 31 de julio de 2001, cuyo considerando 4° estableció lo siguiente: “Que si bien el artículo 494 N° 20 emplea la expresión ‘violencia’, ello no es óbice para hacer aplicable esta figura a la fuerza empleada, en el caso en estudio, para la apropiación de las cosas de la víctima. Es cierto que nuestro Código Penal, para los fines de los párrafos 2° y 3° del título IX del libro II distingue, por razones principalmente de penalidad, entre el robo con violencia o intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas, pero dicha distinción no es posible hacerla aplicable analógicamente

penal español, la fuerza en las cosas sólo fue introducida como medio comisivo alternativo en el tipo de la realización arbitraria con la entrada en vigencia del Código de 1995. Sánchez Tomás indica que bajo la regulación anterior “el tratamiento de la fuerza en las cosas y su posible inclusión dentro del concepto de violencia reproducía la polémica entre una interpretación extensiva o restrictiva del mismo”³⁹. La interpretación extensiva pretendía justificarse en el hecho de que el precepto (el artículo 337 CPE de 1944) no circunscribía la violencia “a la [violencia] de carácter personal”. La interpretación (supuestamente) restrictiva se construía a partir de una consideración sistemática del tratamiento de la violencia, la intimidación y la fuerza en las cosas como medios comisivos en distintos delitos bajo la regulación española.

En función de la estructura de injusto que debe atribuirse al delito de realización arbitraria del propio derecho, resulta inviable una interpretación del término “violencia” que sea consistente con la inclusión de la así llamada fuerza en las cosas. Como ya se expuso, es a partir del concepto de violencia que cabe postular la comprensión de este falta como un delito de coacción, lo cual conduce a la interpretación de “violencia” como violencia coercitiva. Luego, no resulta plausible la pretensión de subsumir bajo el concepto de violencia coercitiva un modo de comisión que carece, precisamente, de dicha dimensión coercitiva⁴⁰.

Lo anterior descansa, en todo caso, en una comprensión de la fuerza en las cosas en el sentido que este concepto tiene, como mí-

para la falta del N° 20 del artículo 494 del mismo cuerpo de leyes: en primer lugar, porque la infracción siguiente del N° 21 emplea la expresión ‘violencia en las cosas’, con lo cual está significando que, en esta parte, dicha expresión tiene un significado distinto y en segundo lugar, porque el diccionario le asigna a la voz ‘violencia’ un alcance mayor que la sola agresión física a una persona, puesto que violencia, según el léxico es una acción de violentar (2ª acepción) y, a su vez, esta palabra significa ‘aplicar medios violentos a cosas personas para vencer su resistencia’ [...].”

³⁹ SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia en el Derecho Penal*, p. 118.

⁴⁰ Esto, aun prescindiendo de la constatación de que en el contexto del Código Penal chileno, la fuerza en las cosas no constituye un medio comisivo susceptible de ser reducido a una categoría unitaria, sino que designa una serie de circunstancias específicas de comisión que califican (agravan) el injusto del hurto, circunstancias que, en combinación con la consideración de ciertos lugares de comisión, convierten el hurto en el denominado “robo con fuerza en las cosas”. Véase Bascuñán, *Delitos contra la Propiedad* (4), pp. 23 ss.

nimo común, en el ámbito de la regulación del robo con fuerza en las cosas, esto es, como un complejo de circunstancias de comisión cuya nota común es el vencimiento de ciertos dispositivos que intensifican la custodia sobre determinados objetos. Restaría, no obstante, la posibilidad de considerar la fuerza en las cosas como medio comisivo coercitivamente idóneo. Se trataría, en términos propuestos por Sánchez Tomás, de

cualquier conducta que pudiendo ser definida como violenta recaiga sobre una cosa, siempre y cuando se produzca en una situación de conflicto de voluntades –situación típica– en que este medio se utilice con el fin de imposición de la voluntad del sujeto activo –relación típica–, lesionando el libre ejercicio de la voluntad del sujeto pasivo –resultado típico⁴¹.

Es claro que tales supuestos no pueden ser subsumidos bajo el concepto de violencia coercitiva en el sentido que aquí se le atribuye. Desde ya, porque desde el punto de vista de la contraposición exhaustiva entre *vis absoluta* y *vis compulsiva* se trata de supuestos de *vis compulsiva*, en el sentido de que el ataque a la libertad se materializa en un ataque a la capacidad de determinación de la voluntad. Esto basta para afirmar su incompatibilidad con el concepto de violencia coercitiva. Pero por otra parte, aun prescindiendo de la objeción anterior, tales supuestos no satisfacen el criterio que ha de demarcar la violencia coercitiva de otras posibles modalidades de *vis absoluta*, a saber, la exigencia de afectación de los presupuestos corporales de la capacidad de formación y/o realización de la voluntad.

El ejercicio de violencia debe encontrarse en una relación de conexión funcional (coercitiva) con el apoderamiento, la cual se deja descomponer en la exigencia conjunta de una conexión objetiva y de una conexión subjetiva. El vínculo de conexión objetiva exige que el apoderamiento se haya visto precisamente posibilitado por medio del ejercicio de violencia coercitiva. Puesto que el apoderamiento constituye el comportamiento cuya tolerancia –esto es, su no-resistencia– se impone coercitivamente al deudor, la realización arbitraria del propio derecho se deja describir como una coacción mediante violencia a tolerar el apoderamiento. Esto último resulta de máxima importancia si se toma en cuenta el carácter de tipo-falta que reviste la realización arbitraria del propio derecho en el Código Penal chileno. Dado que la tentativa de falta no es punible de acuerdo con las reglas del artículo 7º y del artículo 9º del Código Penal, en la medida

⁴¹ SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia en el Derecho Penal*, p. 394.

en que falle el vínculo de conexión objetiva, la conducta del acreedor no será punible.

El ejercicio de violencia coercitiva puede conllevar la producción de lesiones en el cuerpo del coaccionado. Esto da lugar a la necesidad de resolver una eventual relación concursal entre las lesiones respectivas y la realización arbitraria del propio derecho. Dada la baja penalidad de esta falta, al igual que la de coacción violenta, sólo puede considerarse consumido en ella el desvalor de las lesiones leves (artículo 494 N° 5). Respecto de todas las demás variantes de lesiones corporales, el concurso no será aparente sino auténtico; habiendo unidad de acción, un concurso ideal⁴².

D) LA COSA DEBIDA COMO OBJETO DEL APODERAMIENTO

De acuerdo a la tesis del bien jurídico protegido ya defendida, la satisfacción del tipo de la realización arbitraria del propio derecho presupone que no se configura el injusto de los delitos de apropiación, o sea, que no puede afirmarse una lesión de la propiedad en cuanto contenido fáctico de poder correlativo a la posición jurídico formal de propietario. De esta premisa se sigue la necesidad de interpretar restrictivamente la expresión “una cosa perteneciente a su deudor”, en el sentido de que la cosa objeto del apoderamiento, y que es debida en virtud de una obligación actualmente exigible, sea o bien una especie o cuerpo cierto, o bien dinero. Esto, porque cuando el dueño se encuentra sujeto a una obligación de entregar la cosa en cuestión, frente al acreedor él sólo conserva su posición formal, mas no el poder fáctico sobre ella que normalmente acompaña a aquella posición. Ello no ocurre, en cambio, tratándose de obligaciones de género o relativas a cosas fungibles distintas de dinero, pues el propietario, en tanto deudor, conserva la facultad de elegir la cosa específica con cuya entrega ha de satisfacerse el crédito del acreedor (artículo 1509 CC)⁴³.

⁴² Así ETCHEBERRY, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo III, p. 247.

⁴³ En términos de la teoría general de las obligaciones, podría sostenerse que las obligaciones de género constituyen una clase de obligaciones alternativas, en el sentido de que estas últimas se caracterizan por el hecho de que, a menos que se estipule lo contrario, la facultad de escoger la cosa con la cual se efectúe el pago corresponde al deudor (artículo 1500 inciso 2° CC). Acerca de la plausibilidad de esta tesis sobre la base del Digesto, Guzmán Brito da cuenta de una contraposición de pareceres entre Marcelo y Papiniano. Este último ha-

§ 8. LA AUTOTUTELA DEL CRÉDITO MEDIANTE AMENAZA

A) AMENAZAS CONDICIONALES COMO COACCIÓN MEDIANTE AMENAZA

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

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

naza⁷⁷. Bajo esta concepción, el núcleo de la conducta típica ha de entenderse constituido por la imposición de una condición, respecto de la cual la amenaza no representa sino el medio comisivo.

El Código Penal chileno disocia, por ende, la tipificación de las dos modalidades de injusto de la figura de la coacción: la coacción mediante amenaza se regula como delito de amenaza condicional en los N^{os} 1 y 2 del artículo 296 y en el artículo 297 del Código Penal, conjuntamente con el delito de amenaza simple, mientras que la coacción mediante violencia se tipifica como una mera falta, en el Libro III. Las amenazas simples, reguladas en el N^o 3 del artículo 296, en cambio, no pueden ser reconducidas a la figura de la coacción. Las amenazas simples no comparten el núcleo de injusto de las amenazas condicionales, sino que suponen un fundamento de injusto alternativo, que no parece susceptible de hallarse en la afectación de la libertad de acción como objeto de protección⁷⁸.

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

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

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

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

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

B) EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN COMPLEMENTARIA DEL INJUSTO

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

La afirmación de la punibilidad de los supuestos de autotutela mediante amenaza exige la refutación de la tesis de Günther Jakobs⁸¹, quien, a partir de la postulación de una libertad jurídicamente garantizada como bien jurídico protegido por la prohibición de la coacción, pretende deducir de ello la atipicidad de los casos en que el coaccionador constriñe al coaccionado a ejecutar una acción que le está ordenada o a omitir una acción que le está prohibida. Si la

⁷⁹ Bascuñán, “El robo como coacción”, p. 97.

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

⁸¹ JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, pp. 461 ss.

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

quien obliga a su deudor moroso a pagar propinándole una paliza, comete, ciertamente, un delito de lesiones, pero no de coacciones (al menos en lo que concierne al pago como comportamiento obtenido por coacción), pues el ordenamiento jurídico no concede al deudor el derecho a no pagar⁸³.

En contra de esta tesis debe considerarse nuevamente la referencia, sugerida por Günther Arzt, a la dimensión procedimental que debe encontrarse implicada en un concepto normativo de libertad⁸⁴. En este sentido, la sujeción de una persona a una obligación no importa la admisibilidad de cualquier forma de hacer efectivo su cumplimiento. La libertad de acción, entendida en sentido genuinamente normativo, implica que las consecuencias del propio comportamiento se encuentran reguladas por el derecho, lo cual rige en tanto en caso de que el comportamiento esté permitido como en caso de que esté prohibido. La referencia a esta dimensión procedimental de la libertad como objeto de protección no puede sino replantear el problema de la conexión interna de sentido que ha de existir entre el medio empleado y el fin perseguido.

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

⁸² *Ibid*, p. 468.

⁸³ *Ibid*, p. 446.

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

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

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

[l]a apertura del tipo [de las amenazas condicionales], en cambio, se nos manifiesta cuando dicha condición, sin la amenaza de delito, sería *lícita*, recobrando la desvalorada materia del anuncio y el consiguiente compromiso de la seguridad de la víctima, sobre la exigencia que ésta se reclamó, la que, entonces, transfórmase en ilícita⁸⁶.

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

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

⁸⁵ ETCHEBERRY, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo IV, p. 320.

⁸⁶ GUZMÁN DALBORA, *El delito de amenazas*, pp. 403-404.

⁸⁷ *Ibid*, p. 404.

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

su atipicidad la determina antes que la falta de conexión interna entre el medio empleado y la finalidad perseguida, la circunstancia de que el tipo pide el anuncio de un *mal*, y, al faltar la antijuridicidad en la condición, queda precluida toda discusión acerca de la existencia de un atentado ('mal') contra la seguridad del paciente⁸⁸.

Guzmán Dalbora añade que su interpretación restrictiva se justificaría, en estos últimos supuestos, porque "estas manifestaciones comportan, *velis novis*, una amenaza *incondicional* con mal no delictivo, y éstas, a diferencia de otros ordenamientos, son atípicas a la luz del Código español y del chileno"⁸⁹. Esta última equiparación entre el injusto de estos supuestos de amenazas condicionales y el de las amenazas simples ("incondicionales") da cuenta del problema que está en la base de la propuesta interpretativa defendida por Guzmán, que consiste en no constatar la necesidad de una reconstrucción racional del delito de amenazas condicionales como una forma de coacción mediante amenaza⁹⁰.

La tercera interpretación posible de la expresión "condición ilícita" bajo la antigua regulación consistía, precisamente, en recoger la así llamada teoría de la relación, que hace depender el injusto de la coacción de la ausencia de una conexión interna de sentido entre el medio coercitivo utilizado y fin concretamente perseguido por el coaccionador. Así, en los términos propuestos por Bascuñán, los cuales fueron explícitamente recogidos en la discusión legislativa que dio lugar a la modificación del texto de los artículos 296 y 297⁹¹,

⁸⁸ *Ibid*, p. 388.

⁸⁹ *Ibid*, p. 390.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y según Jareño Leal,

en las amenazas con mal lícito y condición lícita en general, ya lo sea ésta porque es debida o no, la conducta del sujeto activo no es portadora de desvalor de acción alguno, puesto que no se sirve de ningún medio contrario al ordenamiento jurídico, ni constituye, en sí misma, algo prohibido en ningún orden⁹⁵.

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

⁹⁴ *Ibid*, p. 61.

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

⁹⁶ *Ibid*, p. 82.

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

Lo distintivo de los casos de chantaje es que en ellos el coaccionador se vale de la amenaza con irrogar un mal cuya irrogación le está efectivamente permitida —por ejemplo, denunciar una evasión tributaria del coaccionado— para así obtener de parte de éste un comportamiento que el primero puede lícitamente exigir, por ejemplo, el pago de una deuda ya vencida. Desde el punto de vista de la teoría de la relación, lo crucial es que esta consideración aislada de la licitud tanto de la irrogación del mal objeto de la amenaza como de la condición impuesta no puede responder la pregunta acerca de la permisibilidad de la imposición de esta condición a través de la utilización de esa amenaza. Esto es lo que en la literatura angloamericana se conoce como la paradoja del chantaje.⁹⁷ Y la disolución de esta paradoja se encuentra en que lo que fundamenta la ilicitud del chantaje es siempre el recurso estratégico del coaccionador, mediado por la amenaza, a la posición de un tercero, que se encuentra relacionado normativamente con el coaccionado —por ejemplo, el Estado como titular de la pretensión tributaria evadida por el coaccionado—, en circunstancias que esta relación es ajena a la posición del propio coaccionado⁹⁸.

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

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

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

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

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

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

[e]n estos casos, la prestación que se exige es una que se puede obtener por una vía alternativa legítima, a saber, por la vía judicial, y la conminación del mal no es más que el anuncio de que se va a hacer uso de dicha posibilidad, que se encuentra a disposición del acreedor¹⁰¹.

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

debe propugnarse la atipicidad cuando si bien no media relación entre el mal amenazado y la conducta que el autor espera obtener de la víctima, sí existe la posibilidad de una vía alternativa legítima para influir en la fase de determinación de la voluntad en el sentido de lo pretendido por el sujeto activo¹⁰².

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

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

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

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 442.

¹⁰² *Ibid.*, p. 438.

tanto no realiza una presión intolerable desde el punto de vista jurídico-penal sobre el sujeto pasivo¹⁰³.

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

¹⁰³ *Ibid*, p. 442.