

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

ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ

Universidad de Chile

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

INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

(1) Por «coerción» se entiende en adelante la acción de constreñir a otro a hacer, omitir o tolerar algo. En estricto rigor sería más adecuado usar el término «coacción», ya que el uso del término «coerción» se encuentra asociado al caso específico de constreñir a omitir («coartar» como «impedir hacer»). Sin embargo, dado que la doctrina española reserva el término «coacción» (o «coacciones») para el tipo del art. 496 C.p., y puesto que el objetivo de este trabajo consiste en analizar las relaciones existentes entre esta disposición y los arts. 493 núm. 1 y 494 (amenazas condicionales), se ha preferido el uso de un término neutral a ambos, a fin de evitar confusiones terminológicas. Por estas razones se traduce también la expresión alemana *Nötigung* como «coerción» (el verbo *nötigen*, en cambio, como «constreñir»).

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

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

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

(2) QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho Penal*, II, 1958, pp. 302-303; el mismo, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, 1.º ed. (1962), I, pp. 889-988. Cfr. también CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, 12.º ed. (1956), II, pp. 737-738, 742, 752; PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, 5.º ed. (1960), IV, pp. 165, 174.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(10) ANTÓN ONECA-RODRÍGUEZ MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 311-313.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. MARCO DE ANÁLISIS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(22) En el derecho común alemán, el tratamiento conjunto de la violencia y la amenaza con un mal de inminente irrogación tuvo lugar en el ámbito del delito de robo, en especial a partir de la doctrina de Böhmer [cfr. al respecto, LANDMESSER, *Der Raub von der Carolina bis zum bayerischen Strafgesetzbuch von 1813*, 1966, pp. 54 y ss.; SCHAFFSTEIN, *Raub und Erpressung in der deutschen gemeinrechtlichen Doktrin, insbesondere bei Carpzov*, en: Michaelis-FS, 1972, pp. 281 y ss. (283-284)]. En el ámbito del *crimen vis*, por el contrario, el concepto de violencia no experimentó semejante desarrollo sino hasta después de haber hecho su aparición el delito de coerción, y en todo caso siempre dentro de los estrechos márgenes de la fórmula «violencia o amenaza con violencia» (sobre esto último, cfr. por todos, WÄCHTER, *Deutsches Strafrecht*, 1881, p. 362).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. EL MODELO FRANCÉS

2.1. *La codificación francesa*

El origen del sistema francés de incriminación de los delitos contra la libertad como delitos contra el orden constitucional se encuentra en el Código penal de 1791. En su Parte Segunda («De los crímenes y de su punición»), Título I («Crímenes y atentados contra la cosa pública»), Sección III («Crímenes y atentados contra la constitución»), el Código de 1791 declaraba punible «todo atentado contra la libertad individual, base esencial de la constitución francesa» (art. XIX). Pese a su aparente amplitud, las reglas de penalidad correspondientes a esta norma declaratoria (arts. XIX a XXII) dejan entender con claridad que ella sólo se refiere a la clase de privación de libertad que es propia de la detención o arresto ilegales. La mera coerción no se encuentra comprendida por el precepto. Por otra parte, en el apartado destinado a los «crímenes y atentados contra las personas» (Título II, Sección I), el Código de 1791 omitía cualquier referencia a los delitos de secuestro o amenazas. Sólo la amenaza de incendio se encontraba expresamente sancionada dentro de la sección destinada a los «crímenes y delitos contra las propiedades» (Título II, Sección II, art. XXXIV) (30).

PABLOS ha observado que el desconocimiento del delito de coerción por parte de los códigos napoleónicos habría obedecido a un «recelo liberal» de éstos, temerosos «de que el más genuino delito contra la libertad pudiera convertirse (...) en un peligroso instrumento de despotismo» (*op. cit.*, p. 111). Esta conjetura presupone sin embargo que el legislador francés hubiera conocido la moderna noción penal de la coerción, lo cual no parece probable. En todo caso, aunque como explicación histórica carezca de base empírica, la observación bien puede ser aceptada como una valoración del sistema francés.

(30) «El culpable de haber amenazado, verbalmente o por escritos anónimos o firmados, con incendiar la propiedad de otro, será sancionado con cuatro años de grillete, aun cuando las mencionadas amenazas no hayan sido realizadas» (*Code Pénal des 25 Septembre, - 6 Octobre 1791, en Code Criminel et Correctionnel, ou Recueil Chronologique des Loix, Décrets, Arrêts et Instructions sur la Législation criminelle et correctionnelle depuis 1790 jusques et compris l'An XIII, avec Tables chronologique et alphabétique des matières*, Tome I, 1805, p. 73). Según MERLIN, el Proyecto que sirvió de base para la confección del Código de 1791 no contemplaba norma alguna en materia de amenazas; la existencia de la disposición en cuestión se habría debido a una observación personal suya, basada en una Ordenanza de Luis XIV de 6 de marzo de 1683, que castigaba con pena de muerte el envío de cartas conteniendo la amenaza de incendio, formulada bajo la condición de depositar dinero en la cantidad, lugar y día designado [*Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, 4.^a ed., 1813, Tome VIII, pp. 165 y ss. (168)]. Según MORIN, en el derecho antiguo francés habría sido común la sanción severa de las amenazas bajo condición (*Dictionnaire du Droit Criminel*, 1842, p. 514, citando dos condenas a muerte de 1675 y 1690).

Esta situación se mantuvo durante todo el período revolucionario, hasta la promulgación del Código de 1810. La consideración de la libertad individual como un objeto de protección de naturaleza colectiva, más directamente relacionado con la cosa pública que con los derechos de los particulares, se vio reafirmada con la promulgación del Código de los delitos y las penas de 3 de Brumario del año IV. Aunque de naturaleza principalmente procesal, este Código dedicaba las últimas secciones de su Libro III («De las penas») a los delitos contra la seguridad interior de la República y contra la Constitución, reproduciendo a propósito de estos últimos las normas del Código de 1791 (arts. 634-637). Por su parte, la amenaza de incendio siguió desempeñando un papel preponderante como tipo genérico de amenazas. Si bien es posible mencionar ciertos supuestos específicos de amenazas condicionales en el derecho de la época (31), la legislación posterior al Código de 1791 se concentró exclusivamente en torno a la amenaza de incendio. Primero fue rebajada la pena del delito a la de prisión de seis meses a dos años, calificándose de delito de policía correccional» (32), y posteriormente fue establecida una pena especialmente grave para el caso que la amenaza de incendio hubiera sido formulada por escrito y bajo condición (33).

El Proyecto de Código Penal de 1804 exhibe casi todos los rasgos que definirán en adelante el sistema francés de protección penal de la libertad. Siguiendo al Código de 1791, los «atentados a la libertad» se encuentran sistematizados como delitos contra la constitución» (Libro III, Título I, Capítulo II), pero restringiéndose ahora el ámbito de autoría de estos delitos sólo a los funcionarios públicos. Por otra

(31) Así por ejemplo, las Secciones VI y VII del artículo II de la Ley de 14 y 17 de junio de 1791, relativa a las asambleas de obreros y artesanos del mismo estado y profesión, mediante las cuales se sancionaba las amenazas o violencias ejercidas por asociaciones de obreros o artesanos en contra de obreros o jornaleros extranjeros o de libre contratación (cfr. *Code Criminel et Correctionnel...*, cit., pp. 151-152). MERLIN menciona también una Ley de 19 Pluviose del año IX, cuyo artículo 29 habría sancionado las amenazas y vías de hecho ejercidos en contra de adquirentes de bienes nacionales en razón de sus adquisiciones (*op. cit.*, VIII, p. 165).

(32) Ley de 24 de Frimaire del año VIII, art. XIII, también referida a diversos supuestos de hurtos (arts. I a XI) y apropiación indebida (art. XII).

(33) Ley de 12 de mayo de 1806, que sancionó con pena de grillete de hasta veinticuatro años al «culpable de haber amenazado, mediante escrito anónimo o firmado, con incendiar la habitación o la propiedad de otro, si el amenazado no depositare una suma en un lugar determinado o no cumpliera otra condición cualquiera» (MERLIN, *op. cit.*, p. 166). El vacío que suponía el que la legislación revolucionaria sólo sancionara la amenaza de incendio no dejó de revelarse en la praxis francesa (cfr. el caso contra François Daigre, sentencia de la Corte de Casación de 27 de mayo de 1807, citado extensamente por MERLIN, *loc. cit.*).

parte, aunque la mayoría de reglas específicas de penalidad de los atentados a la libertad se refieren a supuestos de detenciones o arrestos ilegales, el Proyecto consagra un tipo básico de alcance más amplio, comprendiendo la comisión de «cualquier clase de actos arbitrarios y atentatorios, ya sea a la libertad individual, a los derechos o a las propiedades de una o más personas, o bien a los derechos cívicos de uno o más ciudadanos» (art. 107) (34). Menos amplitud de criterio demuestra el apartado dedicado a los «delitos contra las personas» (Libro III, Título II, Capítulo I). Si bien el Proyecto contempla aquí disposiciones relativas a la privación de libertad (arts. 301-304) y prevé un tipo genérico de amenazas (art. 305) (35), aquellas sólo se refieren a las conductas de «raptó, secuestro o detención» de una persona, y éste sólo abarca a las amenazas simples, omitiendo toda mención a las amenazas condicionales.

En lo esencial, el Código de 1810 no hizo sino seguir las directrices del Proyecto de 1804 en materia de los delitos contra la libertad, efectuando una sistematización un poco más exhaustiva. Así, los «crímenes y simples delitos relativos al ejercicio de los derechos cívicos» y los «atentados a la libertad» pertenecen ahora a secciones independientes entre sí, ambas ubicadas dentro del apartado dedicado a los delitos contra las constituciones del Imperio (Libro III, Título I, Capítulo II, Secciones I y II). En lo que respecta al contenido de las disposiciones, éste se mantiene en lo esencial inalterado. Los arts. 103 y 107 del Proyecto de 1804 pasan sin mayores modificaciones a ser los arts. 109 y 114 del Código.

También el Capítulo I del Título II del Libro III del Código de 1810, dedicado a los «crímenes y simples delitos contra las personas», muestra una sistematización más detallada. En vez de reunir indiscriminadamente todos estos delitos en un mismo apartado, el texto legal efectúa ocho distinciones sistemáticas, correspondiendo a cada una de ellas una sección específica. En este nuevo sistema, las disposiciones sobre detenciones ilegales aparecen reunidas en una sección especial («Arrestos ilegales y secuestros de personas»). Lo mismo sucede con las amenazas, que pasan a ser tratadas como

(34) *Projet de Code Criminel*, París 1804, p. 25. Esta mayor amplitud en la protección dispensada a la libertad se manifiesta también en la existencia de una norma —el primer precepto de esta sección del Proyecto— que sanciona el impedimento de ejercicio de derechos cívicos en los siguientes términos: «Art. 103. Si por atropellos, vías de hecho o amenazas, una o más personas hubieran impedido a uno o más ciudadanos ejercer sus derechos cívicos, cualquiera de los culpables será sancionado con la relegación.» (*op. cit., loc. cit.*)

(35) «El que haya amenazado, verbalmente o por escrito, con asesinato, envenenamiento, muerte, o con cualquier otro crimen contra las personas que sería punible con la pena de muerte, de trabajos forzados a perpetuidad, o de deportación, será sancionado con la detención de seis meses a dos años, y una multa de cincuenta y uno a cien francos.» (*Projet., cit., p. 63*).

«otros crímenes capitales», en un párrafo específicamente destinado a ellas, a continuación de los delitos de homicidio, parricidio, infanticidio y envenenamiento (Capítulo I, Sección I, Párrafo II).

Pero el Código de 1810 se diferencia del Proyecto de 1804 en materia de amenazas no sólo en lo que concierne su ubicación. También el contenido de las disposiciones experimentó importantes modificaciones. En vez de un tipo único de amenazas simples, el Código de 1810 estableció la siguiente regulación:

«Art. 305. El que haya amenazado, por escrito anónimo o firmado, con asesinato, envenenamiento o con cualquier otro atentado contra las personas que sería punible con la pena de muerte, trabajos forzados a perpetuidad o deportación, será castigado con la pena de trabajos forzados temporales, en los casos en que la amenaza haya sido hecha con orden de depositar una suma de dinero en un lugar indicado, o de cumplir cualquier otra condición.

Art. 306. Si esta amenaza no ha sido acompañada de alguna orden o condición, la pena será de prisión de al menos dos a lo más cinco años, y de una multa de cien a seiscientos francos.

Art. 307. Si la amenaza hecha con orden o bajo condición ha sido verbal, el culpable será castigado con prisión de seis meses a dos años, y con una multa de veinticinco a trescientos francos» (36).

La procedencia de estos artículos es relativamente fácil de determinar. Tal como lo demuestra una simple comparación de las disposiciones respectivas, el Código de 1810 recogió los preceptos del Proyecto de 1804 y de la Ley de 12 de mayo de 1806, integrándolos en un solo sistema. Así, el delito de amenazas simples del Proyecto de 1804 es transformado en una definición genérica, y los requisitos del delito de amenaza de incendio de la Ley de 12 de mayo de 1806 pasan a definir el tipo más grave de amenazas, las hechas por escrito y bajo condición (art. 305). Los dos tipos restantes se obtienen por referencia negativa a este tipo calificado, surgiendo las amenazas simples escritas (art. 306) y las amenazas condicionales verbales (art. 307). No obstante, a diferencia de lo que estipulaba el Proyecto de 1804 las amenazas simples verbales restan impunes.

Mucho más difícil es esclarecer cuál haya sido la concepción político-criminal que sirvió de fundamento a esta regulación. Si uno se atiene a las consideraciones contenidas en la exposición de moti-

(36) *Code Pénal, précédé des exposés des Motifs par les orateurs du Conseil d'État sur chacune des lois qui composent ce Code, avec une table alphabétique et raisonnée des matières*, Paris 1810, pp. 68-69. Además de los supuestos de amenazas recién transcritos, el Código de 1810 efectuaba una mención a la amenaza de incendio entre los delitos contra la propiedad (art. 436), remitiéndose a la pena prevista para «la amenaza de asesinato, y según las distinciones establecidas por los arts. 305, 306 y 307» (p. 99).

vos de los redactores del Código (37), sólo una de ellas —la fundamentación de la especial severidad de la pena de las amenazas condicionales de condición no patrimonial— se apoya en una concepción clara de la naturaleza coercitiva de las amenazas condicionales. El resto de la argumentación evidencia una confusión total. Primero se justifica genéricamente la incriminación de las amenazas atendiendo a su peligrosidad, es decir, considerando que el fundamento de su punición radica en la punibilidad del mal con que se amenaza. Luego se justifica la especial sanción de la amenaza condicional lucrativa mediante su analogía con los atentados violentos contra la propiedad, pero se fundamenta la justificación atendiendo a la intranquilidad personal y colectiva producida por la amenaza. Más adelante se jus-

(37) Los párrafos pertinentes son los siguientes: «El nuevo código no se limita a establecer penas contra los culpables de los diversos crímenes de que hemos venido hablando; ellas son también establecidas contra quienes formulan amenazas de atentados contra las personas, en los casos de atentados que, de ser cometidos, serían castigados con una pena capital o al menos equivalente a la de trabajos forzados. / De estas amenazas, cuando son escritas, anuncian un designio premeditado de hacer el mal. El caso más importante está en el escrito que contiene una orden cualquiera, por ejemplo, la orden de depositar una suma de dinero en un lugar indicado. Tratándose de este tipo de orden, la ley sanciona el crimen con la misma pena establecida para el robo con violencia. ¿Acaso no es en efecto un crimen semejante? La persona amenazada se encuentra en una situación especialmente crítica, de la cual no puede defenderse, ya que en definitiva la hace creer que si no obedece puntualmente la orden, tarde o temprano y en el momento que ella menos lo espera, terminará por ser víctima del crimen de que ha sido amenazada. El terror que estas amenazas inspiran no afecta sólo a la tranquilidad de la persona que es objeto de ellas, sino que se extiende además a los otros que temen correr la misma suerte. / Lo anterior es igualmente aplicable a los casos en que el escrito, en lugar de contener la orden de depositar una suma, contiene aquella consistente en cumplir una condición cualquiera; en este último caso, existe una vez más la violencia, y violencia premeditada con el designio de obtener aquello que no se tiene derecho a exigir. / En los casos en que la amenaza escrita no se encuentra acompañada de una orden o condición, no se puede atribuir otro designio que producir temor, sin ningún fin de apropiarse de un bien ajeno. El culpable debe ser castigado, pero sólo con penas de policía correccional. Este delito es en efecto considerablemente menos grave que el primero. / El Código establece también penas de policía correccional para las amenazas verbales, siempre que ellas se encuentren acompañadas de orden o condición. La sanción para las amenazas verbales es menor que para las amenazas escritas, ya que el culpable actúa más al descubierto y es más difícil defenderse de él, ellas son menos creíbles, y, por último, la premeditación no es tan segura en ellas como lo es en las amenazas escritas. / Respecto de las amenazas verbales que no se encuentren acompañadas de orden o condición, ninguna pena se establece: se ha considerado que carecen de relevancia, ya que pueden ser el resultado de una pasión súbita producida por la cólera, de rápida disipación después de un momento de reflexión.» («Motifs du Livre III, Titre II, Chapitre I, présentés par MM. le Chevalier Faure, les Comtes Réal et Giunti, Conseillers d'Etat», en *Code Pénal...* cit., pp. 89-91).

tifica la menor sanción de las amenazas incondicionales atendiendo a la ausencia de fines de lucro que ellas evidencian, para finalmente volver al criterio de la peligrosidad al momento de justificar la menor pena de las amenazas verbales, argumento que se hace valer incluso como fundamento de la exigencia del carácter condicional de éstas.

El cambio de un criterio a otro —protección del patrimonio, de la libertad personal y de la tranquilidad individual y colectiva, peligro respecto del bien con cuya lesión se amenaza—, como también la aplicación de algunos criterios a supuestos con los que no guardan ninguna relación —consideración de la condicionalidad de la amenaza como una prueba de su seriedad—, demuestran el carácter más bien retórico de la argumentación, y permiten sostener que el surgimiento de la regulación francesa de las amenazas no respondió a un fundamento político criminal definido o coherente. De aquí que Rossi pudiera desarrollar una interpretación de las amenazas como «delito *sui generis*», cuyo fundamento de punibilidad radicaba sin embargo en la «revelación formal» del designio de cometer un delito (38).

Como sea, es manifiesto que la noción misma de la coerción como forma de injusto le era por completo desconocida a los redactores del Código de 1810. Esta deficiencia conceptual es también evidente en la reforma efectuada por la Ley de 13 de mayo de 1863, que además de rebajar considerablemente las penas de las amenazas, introdujo tres nuevas figuras delictivas: el chantaje, entre los delitos contra la propiedad (art. 405), las violencias o vías de hecho, como un tipo de lesiones corporales (art. 311), y un nuevo supuesto de amenazas condicionales, en los siguientes términos:

«Art. 308. El que haya amenazado verbalmente o por escrito con vías de hecho o violencias no previstas por el artículo 305, si la amenaza ha sido hecha con orden o bajo condición, será castigado con prisión de seis días a tres meses y una multa de dieciséis a cien francos o sólo con una de las dos penas» (39).

(38) En sus propios términos: «no son las palabras ni las injurias lo que se castiga, sino la resolución criminal, el peligro que la acompaña y la zozobra que causa, conocida que sea. La pena hiere al crimen, antes de cometerse ningún acto de ejecución, aun antes de todo acto preparatorio; porque seguramente la amenaza no es uno de ellos, especialmente si no va acompañada de ninguna orden ni condición: hiérole porque se juzga tener una prueba suficiente y material, dada por el delincuente mismo, de una resolución seria y criminal» (*Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Capítulo XXVI, versión española de Cayetano Cortés, 1839). La teoría de Rossi fue también acogida por los influyentes CHAVEAU y HÉLIE, *Theorie du Code Pénal*, V, 1839, pp. 361 y ss.

(39) TRIPIER, *Les Codes Français*, 19 ed., Paris 1868, p. 881. Acerca de la reforma de 1863, especialmente en lo que se refiere al delito de chantaje, cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, «Chantaje», en *NEJ*, VI (1954), pp. 181 y ss. (184-185).

Como es evidente, la razón de todas estas reformas se encuentra en el carácter extremadamente fragmentario de la protección que el Código de 1810 otorgaba a la libertad personal, al dejar impune los ataques cometidos mediante violencia no constitutiva de lesiones corporales o mediante amenazas de mal no constitutivo de incendio o de delito grave contra las personas. Pero como también es evidente, la auténtica solución a este problema habría consistido en el establecimiento de un tipo genérico de coerción. De aquí que a pesar de todas las reformas la fragmentariedad originaria del Código de 1810 se haya mantenido inalterada.

2.2. *La codificación belga*

El Código penal belga de 1867 reitera en lo esencial la estructura del Código francés, aunque en una versión mejor desarrollada desde un punto de vista sistemático.

En él se destina un apartado especial a la sanción de atentados a la libertad cometidos por funcionarios públicos, ahora considerados como «agravios inferidos por los funcionarios públicos a los derechos garantizados por la Constitución (Capítulo III) y ubicados junto a los «delitos relativos al ejercicio de los derechos políticos» (Capítulo I) y a los «delitos relativos al libre ejercicio de los cultos» (Capítulo II), bajo la común denominación de «crímenes y delitos que afectan los derechos garantizados por la Constitución» (Título II del Libro II). El contenido de este apartado es también más amplio que en el Código francés, ya que junto a las detenciones ilegales (arts. 147, 155-159) se incluyen tipos relativos a la violación del domicilio y del secreto epistolar (arts. 148-150). Incluso el tipo residual del Código francés experimenta aquí una cierta ampliación, extendiéndose a «cualquier otro acto arbitrario y atentatorio a las libertades o derechos garantizados por la Constitución» (art. 151).

También en materia de los «crímenes y simples delitos contra las personas» (Título VIII del Libro II) se puede advertir esta modernización y mejor desarrollo del material originario francés. El Capítulo IV de esta sección se encuentra consagrado a los «atentados contra la libertad individual y la inviolabilidad del domicilio cometidos por particulares», comprendiendo los delitos de arresto y detención ilegal (arts. 434-438) y de violación de domicilio (arts. 439-442). En lo que concierne a la regulación de la coerción, sin embargo, tal como el Código francés de 1810, el texto belga no prevé una figura genérica como delito contra la libertad, restringiéndose su punibilidad a los supuestos de amenazas condicionales. Estas últimas se encuentran sistematizadas como «delitos contra la seguridad pública» (Título VI del Libro II), en una sección denominada «de las amenazas de atentado contra las personas o contra las propiedades» (Capítulo II), cuyas disposiciones eran del siguiente tenor:

«Art. 327. El que, por escrito anónimo o firmado, haya amenazado con orden o bajo condición de un atentado contra las personas o las propiedades, punible con la pena de muerte o de trabajos forzados, será condenado a prisión de seis meses a cinco años y a una multa de cien a quinientos francos.

Si la amenaza no ha sido acompañada de alguna orden o condición, la pena será de prisión de tres meses a dos años y de multa de cincuenta a trescientos francos.

Art. 328. Si la amenaza hecha con orden o bajo condición ha sido verbal, el culpable será castigado con prisión de dos meses a un año y multa de veinticinco a doscientos francos.

Art. 329. La amenaza por gestos o emblemas de un atentado contra las personas o las propiedades, punible con la pena de muerte o de trabajos forzados, será castigada con prisión de ocho horas a tres meses y multa de veintiséis a cien francos.

Art. 330. La amenaza, hecha por escrito anónimo o firmado, de un atentado contra las personas o propiedades, punible con la reclusión, será sancionado con prisión de tres meses a tres años y multa de cien a quinientos francos.

Si la amenaza no ha sido acompañada de alguna orden o condición, la pena será prisión de quince días a seis meses y multa de veintiséis a doscientos francos» (40).

Tal como se desprende de la exposición de motivos del Gobierno belga, los cambios introducidos en el sistema del Código penal francés en materia de amenazas tuvieron como objetivo afirmar su autonomía. Este es el sentido preciso de la reunión de las amenazas de atentados a las personas y a las propiedades en una misma disposición, como también del cambio de ubicación de las amenazas dentro del sistema de la Parte Especial. Con estas reformas el legislador buscaba hacer manifiesto su rechazo de la consideración de la amenaza como una forma de sanción para la tentativa o los actos preparatorios del delito cuya comisión se conmina (41).

Esta mayor claridad del legislador belga es también perceptible en lo que se refiere al fundamento político-criminal de la sanción de las amenazas. Si bien la fuente de inspiración del Gobierno belga fue inicialmente la doctrina francesa que veía en la amenaza la manifes-

(40) *Code Pénal*, Bruxelles 1867, pp. 60-61.

(41) «Las amenazas de atentar contra las personas o contra las propiedades no constituyen actos preparatorios de tales atentados, deben ser consideradas como crímenes o delitos que implican un atentado contra la seguridad pública, y por lo mismo, encontrar su lugar en el presente título» (*Exposé des Motifs, ou Rapport fait, au nom de la commission du gouvernement, par M. J.-J. Haus, et adressé à M. le ministre de la justice*, en J.-S.-G. NYPELS, *Législation Criminelle de la Belgique*, Tome II, Bruxelles 1869, p. 771).

tación de una resolución criminal (42), en la Cámara de Representantes esta tesis fue definitivamente abandonada, haciéndose ver la irrelevancia de un efectivo propósito de cometer un delito por parte del amenazador y destacándose como único aspecto relevante el que su comisión fuera creíble para el amenazado (43). Según la opinión de la Cámara, el fundamento político-criminal de la punición de las amenazas se encontraría en la protección del «derecho que tiene cualquier ciudadano a vivir en la seguridad que tales leyes (las que prohíben los atentados contra la persona y la propiedad) deben asegurar» (44). La distinción entre amenazas escritas y verbales encontraría precisamente aquí su justificación, en tanto la formulación por escrito de la amenaza aumentaría los motivos del amenazado para creer en ella (45). Por su parte, la mayor gravedad de la amenaza condicional se explicaría por el hecho de que la orden condicional «agrega a la perturbación de la seguridad una perturbación de la libertad», otorgándole al delito la calidad de una auténtica «violencia moral» (46).

Con todo, la codificación belga evidencia la misma deficiencia conceptual del sistema francés. La única consecuencia que el legislador belga dedujo del carácter coercitivo de la amenaza condicional

(42) «La amenaza (...) no es más que la expresión de un pensamiento, de una intención criminal. (...) cuando las amenazas revelan una resolución determinada y sería de cometer un crimen contra las personas o contra las propiedades, el peligro que resulta y la alarma que ellas producen son demasiado graves como para que la sociedad las pueda tolerar (...) La amenaza es seria y reflexiva, ella manifiesta una resolución criminal premeditada, y merece en consecuencia ser sancionada, en los casos en que es consignada por escrito, o cuando, hecha verbalmente, ella es acompañada de una orden o condición. Éste es el principio que sirve de base a las disposiciones del Código de 1810» (*Exposé des Motifs... cit.*, en NYPELS, *op. cit.*, pp. 770-771). En esta exposición de motivos se cita expresamente como fuentes a Chaveau et Hélie, a algunos pasajes de la exposición de motivos del Código penal francés de 1810 y a Rossi.

(43) *Rapport fait, dans la séance du 9 fevriér 1859, au nom de la commission, par M. E. Pirmez* (en NYPELS, *op. cit.*, II, pp. 788 y ss.).

(44) *Rapport... cit.*, p. 789.

(45) *Ibidem*.

(46) *Ibidem*. Al inicio de su Informe, Pirmez hace ver que con posterioridad a la presentación de la Exposición de Motivos gubernamental el propio Haus habría adoptado esta concepción del delito de amenazas, abandonando la tesis francesa (NYPELS, *op. cit.*, p. 788). En el hecho, Haus llegó incluso a introducir una nota a la segunda edición belga de la obra de Chaveau et Hélie, en los siguientes términos: «No es del todo exacto decir que el legislador, al sancionar la amenaza, sancione una resolución criminal manifestada por una prueba material suficiente; (...) La ley castiga la amenaza por ella misma, haciendo abstracción de la intención del agente; ella la considera como constitutiva por sí misma de una perturbación social lo suficientemente grave como para ser reprimida.» (*Theorie du Code pénal*, 1859, núm. 2531, note I Add., citada por NYPELS-SERVAIS, *Le Code Pénal Belge Interprété*, Tome II, Bruxelles 1897, p. 361).

se refiere a su penalidad (47). En todos los demás aspectos, es manifiesta la ausencia de la noción de la coerción como un delito contra la libertad. Así, pese a su carácter de delito autónomo, las amenazas condicionales no fueron consideradas como uno más de los «atentados a la libertad individual», sino que terminaron siendo agrupadas con delitos tan distantes de ellas como las asociaciones ilícitas, la evasión de detenidos y la vagancia y mendicidad (48). Tampoco la consideración de la seguridad y la libertad como bienes jurídicos protegidos por las amenazas condujo a una extensión del ámbito típico que fuera enteramente consecuente con ello. Pues el Código belga no sólo dejó sin sanción penal a las amenazas de atentados castigados con penas inferiores a la de reclusión, sino también a la amenaza simple verbal de atentado castigado con pena de muerte o trabajos forzados (en flagrante contradicción con la punición de las amenazas efectuadas por medio de gestos o emblemas) y a la amenaza verbal —simple y condicional— de un atentado castigado con la pena de reclusión. Y no se puede decir que éste haya sido el resultado de una inadvertencia. La acusada fragmentariedad de este sistema de sanción de las amenazas fue un rasgo deliberadamente buscado por el legislador. En vez de aceptar un nuevo sistema propuesto por el Senado en conjunto con el Ministerio de Justicia, que sancionaba toda clase de amenazas de atentados contra las personas o propiedades castigados con pena de muerte, trabajos forzados, reclusión o prisión correccional (49), la Cámara de Representantes prefirió mantenerse dentro de los parámetros del modelo francés (50).

(47) Tal como en la Cámara y en el Senado se hiciera presente repetidamente, puesto que la amenaza efectuada bajo condición de carácter patrimonial puede según las características del caso concreto equivaler a un principio de ejecución de los delitos de robo o extorsión, la pena de aquélla no puede ser superior a la pena de la tentativa de éstos (cfr. NYPELS, *op. cit.*, pp. 789 y 827).

(48) Aunque al parecer ello no habría influido en la redacción del Código belga, es interesante señalar que el origen remoto de este tratamiento sistemático de las amenazas se encuentra en el siguiente pasaje de FILANGIERI: «Finalmente, por no omitir ningún delito de los que se comprenden bajo este título, añadiremos los siguientes. *Buscar dinero por medio de cartas o de cualquier modo, con amenazas de matar o de incendiar en caso de repulsa...*» (*Scienza della Legislazione*, Libro III, Cap. XLVII, Tit. II, ed. 1788, Tomo V, pp. 95-96).

(49) Inicialmente, el Senado no estimó necesario establecer una diferencia de penalidad atendiendo a la gravedad de la pena del mal amenazado; sólo el hecho de haberse formulado la amenaza por escrito o verbalmente, como asimismo su carácter condicional o simple deberían a juicio del Senado constituir los factores determinantes de la punibilidad (cfr. NYPELS, *op. cit.*, pp. 804, 805, 808). Más tarde, a propuesta del Ministerio de Justicia, se incorporó también la penalidad del mal amenazado como criterio de determinación de la pena de las amenazas, distinguiéndose entre amenazas de atentados constitutivos de crimen y amenazas de atentados sancionados con prisión correccional (cfr. NYPELS, *op. cit.*, pp. 815-816, 821).

(50) «Los hechos no han demostrado la necesidad de extender la esfera de

Pero la mejor prueba de que al legislador belga le era por completo ajena la noción de la coerción como tipo delictivo se encuentra en el hecho de que durante todo el proceso de discusión parlamentaria nunca se haya siquiera planteado la cuestión de la punibilidad de las amenazas condicionales de mal no constitutivo de delito. Incluso para el Senado, partidario como se ha visto de un sistema omnicomprensivo de sanción de las amenazas, era obvio que la punibilidad del mal conminado constituía un requisito indispensable de la punibilidad de la amenaza (51).

2.3. *Las reformas recientes*

Los rasgos esenciales del modelo francés, tal como quedaron definidos en 1863 en Francia y en 1867 en Bélgica, se han mantenido en términos casi idénticos a pesar de haber sido modificadas la redacción de las disposiciones respectivas en tiempos recientes. Tanto la Ley belga de 4 de julio de 1972 (52) como la Ley francesa nú-

los actos punibles; en un país en el que la policía y la justicia punitiva garantizan enérgicamente el respeto de las personas y de las propiedades, la seguridad no es quebrantada fácilmente por las amenazas, ya que su realización difícilmente tiene lugar. (...) La pena sólo debe tomar en consideración las amenazas que, por sí mismas y por las circunstancias que las acompañan, son de tal naturaleza que constituyen una perturbación de la seguridad pública» (*Rapport sur les articles du Titre VI, amendés par le Sénat, fait dans la séance du 29 Janvier 1867, au nom de la commission, par M. E. Pirmez, en NYPELS, op. cit., pp. 823-824*). Cabe señalar, en todo caso, que en el sistema del Código belga la estrechez de las amenazas condicionales es parcialmente contrarrestada por el tipo de delito de extorsión (art. 470), que no restringe el acto de disposición patrimonial a la sola suscripción o entrega de un documento escrito, como lo hacía su antecesor francés. Por otra parte, a pesar de que el texto legal limita aquí el alcance del término «amenaza» al «constreñimiento moral por la creencia de un mal inminente» (art. 483, II), después de las sentencias de la Corte de Bruselas de 11 de marzo de 1878, confirmada por la sentencia de la Corte de Casación de 13 de mayo de 1878, resulta indiscutible que el tipo belga de extorsión cubre el delito de chantaje, tal como fuera regulado en 1863 en Francia (cfr. *Pandectes Belges, 1886, XVII, pp. 1055 y ss.*).

(51) Como se aprecia en las siguientes palabras del Informe del Baron D'Arehan, presentado en representación de la Comisión del Senado: «Si el acto mismo no es tan grave como para ser sometido a una pena ¿como se podrá sancionar la simple amenaza de un acto que la ley no declara punible?» (NYPELS, *op. cit.*, p. 808).

(52) «Art. 327. El que haya, ya sea verbalmente o por escrito anónimo o firmado, con orden o bajo condición, amenazado con un atentado contra las personas o las propiedades punible con una pena criminal, no acompañada de orden o de condición, será castigada con prisión de tres meses a dos años y una multa de 50 a 300 francos» / «Art. 329. La amenaza por gestos o emblemas de un atentado contra las personas o propiedades, punible con una pena criminal, será castigada con prisión de ocho días a tres meses y una multa de 26 a 100 francos.» / «Art. 330. La amenaza hecha ya sea verbalmente o por escrito anónimo o firmado, con orden o condición, de un atentado contra las personas o propiedades punible con

meros 81-82, de 2 de febrero de 1981 (53) simplificaron considerablemente el sistema de punición de las amenazas, pero sin alterar su estructura básica (54a).

Esta nueva regulación puede apreciarse en los esquemas de la página siguiente:

Ambas reformas exhiben inmejorablemente los límites que el modelo francés impone al desarrollo del concepto de la coerción. Por una parte, es indudable que esta nueva fisonomía de las amenazas condicionales se encuentra más próxima a la idea de la coerción mediante amenaza que los términos originarios del Código de 1810. Así lo demuestra, en primer lugar, la menor relevancia asignada a los requisitos específicos del mal con que se amenaza y la ampliación de éste a todo (o casi todo) mal constitutivo de delito. También la equiparación de las modalidades escrita y verbal se orienta en esta dirección. Por último, la exigencia de la condicionalidad como presupuesto necesario de la punibilidad de las amenazas con males menos graves evidencia claramente que el fundamento de su incriminación se encuentra en la imposición de una condición, en el constreñimiento del comportamiento ajeno. Sin embargo la limitación del ámbito de las amenazas condicionales a la amenaza de un mal constitutivo de delito, como asimismo la permanente ausencia de un tipo de coerción violenta, demuestran de modo inequívoco que la idea de

prisión de a lo menos tres meses, será castigada con prisión de ocho días a tres meses y multa de 26 a 100 francos.» (*Les Codes Larquier-Code Penal*, ed. 1990, pp. 62-63).

(53) «El que haya, por cualquier medio que sea, amenazado con un atentado a las personas constitutivo de una infracción que la ley castiga con una pena superior a cinco años de prisión, será, en caso de que la amenaza haya sido hecha con orden de cumplir una condición, castigada con prisión de seis meses a tres años, y multa de 1.500 a 20.000 francos. / Las amenazas de atentado a bienes que la ley castiga con una pena superior a cinco años de prisión hechas bajo las condiciones recién previstas, serán castigadas con prisión de tres meses a dos años y multa de 1.500 a 20.000 francos. / Será castigado con las penas previstas en el apartado primero, el que sin orden de cumplir una condición, haya amenazado de muerte mediante escrito anónimo o firmado, imágenes, símbolos o emblemas.» / «Art. 306. El que haya, por cualquier medio que sea, amenazado con un atentado a las personas no previsto por el artículo 305, pero calificado de delito, será, en los casos en que la amenaza haya sido hecha con orden de cumplir una condición, sancionado con prisión de seis días a tres meses y multa de 500 a 15.00 francos, o con una sola de ambas penas.» (*Codes Dalloz, Code Pénal*, 89.^a ed., 1992, pp. 200-201). En concordancia con el nuevo art. 305-II, fue derogado el antiguo art. 496, que sancionaba la amenaza de incendio.

(54a) La novedad legislativa introducida por la Ley belga y por una Ley francesa anterior a la de 1981 (Ley núms. 75-624, de 11 de julio de 1975) se encuentra en la tipificación del delito de falsa advertencia de la comisión de un atentado (art. 308-1 C.P. francés, art. 328 C.p. belga).

A) Sistema de punición de las amenazas belgas después de la Ley de 4 de julio de 1972.

		escrita o verbal	condicional
	de atentado contra las personas o las propiedades sancionado con pena criminal		simple
Amenaza		por gesto o emblemas (sin distinción ulterior)	
	de atentado contra las personas o las propiedades sancionado con reclusión no inferior a tres meses	escrita o verbal	→ siempre condicional

B) Sistema de punición de las amenazas francesas después de la Ley núm. 81-82, de 2 de febrero de 1981.

		de atentado contra las personas	sancionado con pena superior a cinco años de prisión
	condicional (escrita o verbal)		sancionado con pena inferior, pero constitutivo de delito
Amenaza		de atentado contra las propiedades-sancionado con pena superior a cinco años de prisión	
	simple	→ (por escrito anónimo o firmado, imágenes, símbolos o emblemas)	→ de muerte

un delito de coerción nunca ha encontrado cabal acogida en el derecho penal francés (54b).

(54b) Con posterioridad a la redacción de estas páginas, el 1 de marzo de 1994 ha entrado en vigor en Francia un nuevo Código penal. En lo esencial, el nuevo Código penal mantiene el sistema tradicional francés: la idea de un delito genérico de coerción sigue siendo desconocida, la punición de coerción mediante violencia sigue dependiendo de la punibilidad del acto de violencia en sí mismo considerado y la coacción mediante amenaza sigue siendo considerada como una clase especial de amenaza, limitada siempre por el requisito de que el mal amenazado sea en sí mismo punible. En ciertos aspectos, el nuevo Código penal representa un progreso. Las referencias al mal con que se amenaza son simplificadas en una medida considerable, al requerirse tanto para las amenazas condicionales como para las simples únicamente que se amenace con la comisión de un crimen o delito, agravando la pena sólo para el caso de la amenaza de muerte. También en cuanto a la forma de comisión se advierte una relativa ampliación del ámbito típico de las amenazas simples: las amenazas verbales también son ahora punibles, en tanto se las haya formulado reiteradamente (las amenazas verbales condicionales son siempre punibles). Aparte de estos dos rasgos, la regulación del nuevo Código penal constituye un franco retroceso conceptual, ya que rompe con la tendencia evidenciada por las Leyes de 13 de mayo de 1863 y de 2 de febrero de 1981, reinstaurando la primitiva noción de la amenaza como una conducta relacionada con los actos preparatorios y la tentativa del delito con cuya comisión se amenaza. Así, el nuevo Código penal vuelve a separar sistemáticamente la amenaza con la comisión de un delito contra las personas de la amenaza con cometer una destrucción, degradación o deterioro de cosas, considerando a la primera como un atentado contra las personas (Libro II, Título II, Capítulo II, Sección I, § 3, arts. 222-17 y 222-18) y a la segunda como un atentado contra los bienes (Libro III, Título II, Capítulo II, Sección III, arts. 322-12 a 322-14). La naturaleza del mal amenazado es también el criterio fundamental empleado por el nuevo Código penal para demarcar las amenazas simples constitutivas de delito de las amenazas simples constitutivas de contravención, ya sean de atentados contra las personas (amenazas de violencias: art. R. 623-2) o de atentados contra los bienes (amenazas de daños leves o que no entrañen peligro para las personas: Arts. R. 631-1, 634-1). Por otra parte, el nuevo Código penal establece como requisito de la tipicidad del delito de amenaza simple de cometer un atentado contra las personas, no sólo que la conducta con que se amenaza sea constitutiva de delito, sino que además sea punible su tentativa. Esta vinculación preferente de la amenaza con la peligrosidad o significación del mal amenazado es finalmente evidente también en la regulación del delito de chantaje, ahora totalmente diferenciado del delito de extorsión. El nuevo Código penal establece una hipótesis agravada de chantaje para el supuesto que el autor "haya puesto en ejecución su amenaza" (art. 312-11). Lo paradójico de esta agravación es que la irrogación del mal amenazado es en sí misma en principio una acción penalmente irrelevante: el nuevo Código penal incurre con ello en el manifiesto error de proteger elípticamente la intimidad o consideración social de la víctima del chantaje, perdiendo de vista que el núcleo de lo injusto se encuentra aquí en la coerción —junto con el carácter patrimonial del acto constreñido—. En resumen, la preponderancia del pragmatismo y la retórica por sobre la sistematización rigurosa hacen que en materia de la regulación de la coerción el nuevo Código penal francés haya retrocedido en doscientos años de desarrollo doctrinario.

3. EL MODELO ALEMÁN

3.1. *La codificación alemana*

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

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

(55) LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 23.^a ed. (1921), p. 365; BLEI, *Strafrecht-II, Besonderer Teil*, 12.^a ed. (1983), p. 69; MAURACH-SCHROEDER-MAIWALD, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 1, 7.^a ed. (1988), p. 126; WÜRTTEMBERG, *Das System der Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532, 1933* (reimpresión de 1973), p. 206; HANSEN, *Die latbestandliche Erfassung von Nötigungsunrecht*, 1972, p. 28; TIMPE, *Die Nötigung*, 1989, p. 37.

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

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

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

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

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

pp. 288 y ss.; KLEIN, *Grundsätze... cit.*, §§ 190-193 y 196-199, pp. 139 y ss.; TEMME, *Handbuch des preuss. Criminalrechtes*, 1837, §§ 107-109, pp. 252 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(84) TEMME, *Lehrbuch... cit.*, pp. 879 nota 2), 880; Goldammers Archiv, 8 (1860), p. 837; HÄLSCHNER, *op. cit.*, III, p. 179 nota 2); DALCKE, *op. cit.*, pp. 4-5. La única nota discordante en la doctrina prusiana se encuentra en la teoría de la amenaza elaborada por JOHN (*Über Landzwang und widerrechtliche Drohungen*, 1852, pp. 53 y ss., y *Ueber den Begriff und die heutige Anwendbarkeit des römisch-rechtlichen crimen vis*, en *Archiv des Criminalrechts-Neue Folge*, 1854, pp. 60 y ss.). Según John, la coerción mediante amenaza (entendida como *vis compulsiva*) constituía un atentado contra la libertad de naturaleza completamente diversa a la coerción mediante violencia (entendida ésta como *vis absoluta*), de modo tal que resultaba impropcedente su tratamiento conjunto. Esta tesis, elaborada como crítica a la teoría del *crimes vis* de Wächter, condujo a John a eliminar la coerción en su Proyecto para la Federación Alemana del Norte, postulando que con la sanción de la amenaza (simple) bastaba también para cubrir la comisión de una coerción mediante amenaza (*Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund*, 1868, pp. 485, 498-500).

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

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

tijurídicamente» (*widerrechtlich*). Posteriormente, por moción del parlamentario Lasker se transformó la estructura típica del delito, dándosele la forma de un delito de resultado y declarándose expresamente la punibilidad de la tentativa. Asimismo, el ámbito de la amenaza coercitiva fue ampliado, incluyéndose la conminación de un mal constitutivo de simple delito (*Vergehen*). Esta última modificación fue defendida haciéndose ver que la distinción entre crimen y simple delito era las más de las veces arbitraria, y que la impunidad de la amenaza con cometer un simple delito resultaba injustificable frente a la punibilidad de la amenaza con cometer un crimen (87). El hecho de que conforme a la mayoría de los estados particulares alemanes también la amenaza de mal no constitutivo de delito fuera medio comisivo típico no fue sin embargo tomado en consideración.

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

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

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

(87) *Sitzungen des Reichstags*, 1870, II. *Beratung des Entwurfes eines Stragesetzbuchs für den Norddeutschen Bund*, 35. Sitzung (5 April 1870), pp. 671-672.

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

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

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

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

(90) Cfr. por todos, GEYER, *Verbrechen gegen die persönliche Freiheit*, cit., p. 577.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

«§ 240

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

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

(3) La tentativa es punible.»

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(137) Lo que de ningún modo significa que haya que considerarlos como la palabra definitiva de la cultura jurídica alemana en materia del delito de coerción. Desde la objeción que en 1954 formulara HELMUTH MAYER contra la redacción del § 240, poniendo en duda su constitucionalidad [*Die Gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände*, en *Materialien zur Strafrechtsreform*, I, 1954, pp. 259 y ss. (268-271)], el tratamiento del delito de coerción ha constituido un auténtico quebradero de cabeza para la doctrina, jurisprudencia y política legislativa alemanas. Así por ejemplo, al interior de la Gran Comisión para el Derecho Penal se formularon no menos de cinco propuestas diversas de regulación (incluyendo una de Welzel, que volvía a la regulación de Radbruch), terminando por prevalecer una fórmula semejante al actual § 240, pero que limitaba el medio comisivo de la amenaza, nuevamente denomina «amenaza peligrosa», mediante el establecimiento de un catálogo taxativo de males (cfr. *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, vol. 5, apéndice B, vol. 6, pp. 271 y ss., vol. 7, pp. 4 y ss.; *Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959-I*, §§ 176, 177, pp. 51-52; *Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959-II*, §§ 11 núm. 7, 170, 171, pp. 25, 50; *Entwurf eines Strafgesetzbuchs (StGB) E 1960*, §§ 11 núm. 7, 170, 171, pp. 113, 287-289; *Entwurf eines Strafgesetzbuchs (StGB) E 1962*, §§ 11 núm. 7, 170, 171, pp. 120, 309, 340). El Proyecto Alternativo, por el contrario, optó por darle al precepto una nueva redacción, estableciendo un tipo amplio

3.2. La codificación austríaca

Los primeros textos de la codificación austríaca no conocieron el delito de coerción. Como ya se dijo, la Ley general sobre crímenes y sus penas (Josefina) de 1787 consagró por primera vez en la historia del derecho penal la clase de los delitos contra la libertad como categoría sistemática de la Parte Especial, pero sin incluir dentro de ella un tipo de injusto para la coerción. Por su parte, el Código penal de 1803 incluso retrocedió a los criterios del derecho común, al prescindir de la innovación de su antecesor y considerar a los delitos de robo de hombre, restricción ilegítima de la libertad y rapto como supuestos de «violencia pública», junto a los delitos de atentado a

de coerción junto a una detallada regulación de los supuestos de exclusión de lo injusto, aplicando aquí la teoría de los principios elaborada por Roxin [Cfr. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, Erster Halbband*, 1970, §§ 116, 117, pp. 10, 63-67; ROXIN, *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht*, JuS 1964, pp. 371 y ss.; SHÜNEMANN, *Die Freiheitsdelikte im künftigen Strafrecht*, MschrKrim 53 (1970), pp. 250 y ss.]. A partir de la década de los sesenta, al debate centrado en la delimitación de lo injusto de la amenaza coercitiva se ha agregado el debate en torno al nuevo concepto amplísimo de violencia propuesto por Knodel en 1962 (*Der Begriff der Gewalt im Strafrecht*, especialmente pp. 59 y ss.) y acogido prontamente por la jurisprudencia [cfr. especialmente BayObLGst 13 (1963), 81 y ss.; BGHSt 23 (1969), 43 y ss.], en contra de un sector importante de la doctrina (para una exposición de conjunto, cfr. BLEI, *Die Auflösung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs*, JA 1970, pp. 19 y ss., 77 y ss., 141 y ss.; MÜLLER DIETZ, *Zur Entwicklung des strafrechtlichen Gewaltbegriffes*, GA 1974, pp. 33 y ss.; KELLER, *Die neue Entwicklung des strafrechtlichen Gewaltbegriffes in der Rechtsprechung*, JuS 1984, 109 y ss.; y SCHÄFER, *Leipziger Kommentar*, 10.^a ed. (1989), V, § 240 Rdn. 5-24). De aquí que en las propuestas de reforma más recientes se ponga el acento en la regulación de la violencia. Así por ejemplo, según las recomendaciones formuladas en 1990 por la Comisión sobre la Violencia, se debería limitar el concepto de violencia en el § 240 a la «violencia física», pero al mismo tiempo ampliar el tipo introduciendo como nuevo medio comisivo el uso de «fuerza psíquica de parecida gravedad» (cfr. KREY, *die Strafrechtliche und Strafprozessuale Reformvorschläge der Gewaltkommission*, 1991, pp. 21 y ss.). La moción presentada el 9 de febrero de 1993 por el Estado de la Baja Sajonia en el Consejo Federal sigue la dirección exactamente opuesta, al introducir una definición genérica de violencia mediante la cual se limita su alcance a aquella «fuerza que es ejercida recaeando sobre el cuerpo de otra persona o mediante privación de libertad (de movimientos)» (*Gesetzesantrag des Landes Niedersachsen-Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs und zur Reform des § 240 des Strafgesetzbuchs*, Drucksache 89/93). La fundamentación de esta última propuesta puede verse en *Strafrecht-ultima ratio. Empfehlungen der Niedersächsischen Kommission zur Reform des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts*, Baden-Baden 1992, pp. 65-74. Para una visión general de las propuestas de reforma en materia del delito de coerción, cfr. DE WITH, *Von der Notwendigkeit, den Nötigungsparaphraphen zu reformieren*, en: DIEKWISCH-WOLFGRAMM (eds.), *Recht und Pflicht*, 1992, pp. 129 y ss.

la autoridad y perturbación violenta de la posesión inmueble (Primera Parte, Capítulo IX, §§ 70-82).

El vacío que producía en el sistema la inexistencia de un tipo de coerción, aumentado por el hecho de que el derecho austríaco tampoco conocía el delito de extorsión, vino a ser parcialmente suplido con la promulgación del Decreto de la Cancillería Imperial de 19 de junio de 1835, del siguiente tenor:

«§ 1. El que directa o indirectamente, por escrito o verbalmente, o de otro modo, con o sin expresión de su nombre, amenace con asesinato, heridas o lesiones graves, emprisionamiento, destrucción de represas o con otra clase de daños graves a la propiedad mueble o inmueble, para obtener del amenazado una prestación u omisión por la fuerza, comete el crimen de violencia pública, en tanto el hecho no constituya un delito de conformidad con las disposiciones de la primera parte del Código penal, y siempre que la amenaza sea apta para infundir en el amenazado fundado temor atendiendo a las circunstancias y a su constitución personal sin distinguir si el mal se encuentra dirigido contra el mismo amenazado, contra su familia, parientes u otra persona situada bajo su protección, ni tampoco si la violencia o la amenaza ha tenido algún resultado o no.

§ 2. El mismo delito comete el que, con el propósito de atemorizar e intranquilizar personas, comunas o comarcas, aplica las amenazas descritas en el párrafo precedente y aptas para la producción de fundados temores del modo ahí señalado.

§ 3. La pena será presidio o presidio grave de seis meses a un año. Concurriendo circunstancias agravantes, esto es, si se ha amenazado con asesinato o con incendio, si la amenaza ha sido reiterada, si el daño en la propiedad amenazado sobrepasa el monto de mil florines o si el daño que provendría de la acción u omisión obtenida por la fuerza sobrepasa el monto de trescientos florines, o si la amenaza fuera dirigida contra una autoridad en razón de su cargo o contra comunas o comarcas, la pena será de presidio grave de uno a cinco años.

§ 4. Si la amenaza constituye el principio inmediato o la tentativa de otro delito, se aplicarán también las penas impuestas a este delito o a su tentativa» (138).

La consideración de estas conductas como supuestos de una misma figura de injusto demuestra naturalmente la influencia del derecho francés. Incluso la consideración francesa de la amenaza como punición de una tentativa remota del mal conminado puede advertirse

(138) Citado según KOPPEL, *Versuch einer Erklärung der Allerhöchsten Entschließung vom 19. Juni 1835, über die als Verbrechen strafbaren Drohungen*, en *Zeitschrift für österreichische Rechtgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde*, 1836-II, pp. 245 y ss. (246-247).

en el § 4, dedicado a solucionar el posible concurso entre el delito de amenaza y el delito amenazado. Quizás sea ésta también la razón de la estrechez con que se encuentra regulado el requisito del mal amenazado, mediante un catálogo nominativo y taxativo de delitos. Tal como lo sugiriera el primer comentarista de estas disposiciones (139), la exclusión de la amenaza con cometer otros delitos podría deberse al hecho de que por regla general el éxito de la comisión de un delito depende de que el plan del autor no sea conocido con anterioridad por el ofendido. Desde esta perspectiva, es obvio que sólo aquellos delitos cuya realización no requiere de engaño o clandestinidad pueden ser amenazados sin que el mismo hecho de la amenaza no represente un obstáculo para el plan criminal del amenazador.

No obstante lo anterior, en el Decreto de 19 de junio de 1835 es evidente un cierto reconocimiento de la idea de la coerción, a esa fecha ya difundida prácticamente en todos los proyectos de Código penal de los estados particulares alemanes. En ese sentido apuntan tanto la equiparación de todas las formas de exteriorización de la amenaza, como asimismo la irrelevancia del destinatario del mal con que se amenaza. Pero la expresión más clara de este reconocimiento se encuentra obviamente en la distinción entre la amenaza meramente intimidatoria (§ 2) y la amenaza coercitiva (§ 1). También la fórmula utilizada para describir esta última clase de amenazas —«para obtener por la fuerza (*erzwingen*) una prestación (*Leistung*) u omisión»— se encuentra estrechamente emparentada con la fórmula alemana, pese a sus diferencias de detalle.

Cualquiera que hayan sido los orígenes de este nuevo caso de «violencia pública», lo cierto es que la doctrina austriaca lo interpretó como una figura equivalente a los delitos de amenaza (simple), coerción y extorsión (mediante amenaza) del derecho alemán, e incluso fundamentó la punibilidad de la amenaza coercitiva en la teoría del *crimen vis* de Wächter, considerándola directamente como ejercicio *vis compulsiva* (140). De aquí que en el proceso de revisión del Código de 1803 resultara obvia la fusión de estos preceptos con el modelo alemán de la coerción.

Un buen ejemplo de ello se encuentra en el Proyecto de Frühwald de 1847, que reunía en un mismo tipo de delito el ejercicio de violencia o la formulación de amenazas cometidos para obtener por la

(139) KOPPEL, *op. cit.*, p. 254.

(140) Cfr. además del comentario de KOPPEL ya citado, WASER, *Beytrag zur Erläuterung der a.h. Entschließung vom. 19. Juny 1835 über das Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeiten durch gefährliche Drohungen in fortlaufender Vergleichung mit dem Verbrechen des Raubes*, en: *Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzkunde*, 1840-II, pp. 388 y ss.; y GLASER, *Ueber strafbare Drohungen... cit.*, pp. 146-147.

fuerza una prestación, denominándolo «coerción» (*Nöthigung*), ubicándolo dentro del apartado dedicado a «restricciones no autorizadas a la libertad personal» (Capítulo XXII) y distinguiéndolo así del delito de extorsión, regulado junto al robo (141).

Mucho más conservador resultó en definitiva el Código de 1852, que deliberadamente no quiso rebasar el marco de una actualización parcial del Código de 1803, manteniendo su estructura. Por tal razón, las disposiciones del Decreto de 1835 fueron incorporadas como un caso más de «violencia pública» en los siguientes términos:

«§ 98

m) *Mediante extorsión*

Duodécimo caso. Incurrir en el crimen de violencia pública mediante extorsión, el que

a) haga violencia real a una persona, para constreñirla a una prestación, tolerancia u omisión, en tanto su acción no constituya un crimen sancionado más severamente.

Bajo el mismo requisito comete también este crimen aquel que

b) directa o indirectamente por escrito o verbalmente, o de otro modo, con o sin expresión de su nombre, amenace a alguien con un atentado al cuerpo, a la libertad, al honor o a la propiedad, con el propósito de forzarlo a una prestación, tolerancia u omisión, siempre que la amenaza sea apta para infundir en el amenazado fundado temor atendiendo a las circunstancias y a su constitución personal, o a la importancia del mal amenazado, sin distinguir si el mencionado mal se encuentra dirigido contra el mismo amenazado, contra su familia

(141) «§ 260. Coerción. El que haga violencia a una persona, o de cualquier modo amenace con la comisión de un crimen o de otra acción antijurídica, para forzarlo a una prestación u omisión, comete un crimen, en tanto el hecho no sea punible conforme a otra disposición de esta ley, y siempre que la amenaza sea apta para infundir en el amenazado fundado temor atendiendo a las circunstancias y a su constitución personal, sin distinguir si el mal se encuentra dirigido contra el mismo amenazado, contra su familia, parientes u otra persona bajo su protección, ni tampoco si la violencia o la amenaza ha tenido algún efecto. / § 261. La pena será de prisión mayor de cinco a diez años, si se hubieran ejercido violencias. Si sólo se ha incurrido en amenazas, la pena será de prisión de hasta cinco años, cuando se amenace con asesinato o incendio o si la amenaza es reiterada, o cuando el daño a la propiedad amenazado exceda de mil florines o el perjuicio proveniente de la prestación u omisión concierne a la intangibilidad corporal o exceda de trescientos florines, o cuando la amenaza sea dirigida contra una autoridad en razón de su cargo o contra comunas o comarcas; en los demás casos, la pena de prisión de seis meses a un año.» (*Entwurf eines Gesetzes über Verbrechen und deren Bestrafung für das Kaiserthum Oesterreich, bearbeitet von Wilhelm Theodor Frühwald*, Wien 1849, p. 75). Conforme a las anotaciones del propio Frühwald, los §§ 260-261 se basaban en el Decreto de 1835 y en los Códigos penales de Sajonia, Württemberg, Braunschweig, Hannover, Hessen y Baden (*op. cit.*, p. 122, nota 217).

y parientes u otra persona situada bajo su protección, ni tampoco si la violencia o la amenaza ha tenido algún resultado o no.

§ 99.

n) mediante amenaza peligrosa

Decimotercer caso. Comete el crimen de violencia pública mediante amenaza peligrosa el que, con el solo propósito de atemorizar e intranquilizar individuos, comunas o comarcas, use de las amenazas descritas en el § 98 y aptas para la producción de fundados temores del modo ahí señalado.

§ 100

Pena de los crímenes precedentes

La pena de los dos crímenes que anteceden, señalados en los §§ 98 y 99, será de presidio grave de seis meses a un año.

Concurriendo circunstancias agravantes, en especial si en virtud de la violencia o amenaza el ofendido ha sido sometido a un estado doloroso por largo tiempo; —si se ha amenazado con asesinato o con incendio—; si el daño en la propiedad con que se ha amenazado sobrepasa el monto de mil florines, o si el daño que provendría de la prestación u omisión obtenida por la fuerza sobrepasa el monto de trescientos florines; —o si la amenaza fuera dirigida contra comunas o comarcas, la pena será de presidio grave de uno a cinco años» (142).

Como es evidente, el § 98 reúne la coerción mediante amenaza proveniente del Decreto de 1835 —letra b)— con una hipótesis de coerción violenta tomada de la codificación alemana —letra a)—, complemento necesario de la primera para configurar en toda su plenitud el tipo de coerción, tal como lo exigían las directrices del modelo alemán. La estructura de injusto de ambas hipótesis es idéntica, correspondiendo también a la orientación legislativa dominante en la codificación alemana en esa época. Tal como se encarga de remarcarlo la última oración del § 98-b), se trata de un delito de mera actividad, para cuya consumación es irrelevante que acaezca o no el resultado coercitivo.

No obstante, el Código austriaco de 1852 se aparta de la codificación alemana en un aspecto de la mayor importancia, como es el de omitir la consagración de un tipo especial para la extorsión entre los delitos contra la propiedad o el patrimonio. El § 98, sancionaba bajo la denominación de «extorsión» (*Erpressung*) indistintamente tanto la coerción de carácter patrimonial o extorsión en su sentido propio como la coerción genérica. Esta anomalía originó tal número

(142) Citado según FRÜHWALD, *Handbuch des österreichischen Strafgesetzes über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen*, 3.ª ed. (1855), pp. 119-122.

de problemas durante el lapso de más de un siglo en que esta disposición estuvo en vigor, que un conocido autor llegó a calificar al § 98 de «auténtica cruz para la aplicación de la ley» (143).

El más discutido de estos problemas consistía en la interpretación del término «prestación» (*Leistung*), que el texto legal utilizaba para designar el objeto de la coerción alternativo a la «tolerancia u omisión». Una postura extrema sostenía que por prestación debía entenderse sólo un acto de disposición patrimonial, restringiendo con ello el ámbito típico a la extorsión en sentido propio (144). Otra postura más moderada, instaurada por Glaser y seguida por un sector importante de la doctrina y unánimemente por la jurisprudencia del siglo pasado, exigía que el comportamiento constreñido tuviera alguna relevancia jurídica, aunque fuera de naturaleza extrapatrimonial (145). El principal argumento de esta postura consistía en la necesidad de precisar los contornos del tipo, que de otro modo abarcaría prácticamente todos los ámbitos de la vida social. La postura que terminó en definitiva por imponerse en la doctrina consistió sin embargo en interpretar el término «prestación» directamente como una expresión equivalente a «acción» (*Handlung*) (146). En apoyo de esta tesis se invocaba el carácter de coerción genérica del § 98 C.p. 1852 y el texto del Decreto de 1835, que utilizaba indistintamente los términos «prestación» (§ 1) y «acción» (§ 3). Por otra parte, se objetaba lo inseguro de la distinción entre comportamientos jurídicamente relevantes e irrelevantes, y se hacía ver su superfluidad, ya que la necesaria concreción del tipo de injusto de la coerción sólo podía efectuarse desde la perspectiva de una consideración global de la antijuricidad.

Íntimamente vinculado con el problema anterior se encontraba la cuestión de si el § 98 abarcaba también la coerción constitutiva de realización arbitraria del propio derecho, o si requería que el coaccionador no tuviera derecho a exigir del coaccionado la prestación u omisión a que lo constreñía. Éste es un punto que el derecho alemán resolvía expresamente en sentido negativo, tratándose del delito de extorsión, y tácitamente en sentido afirmativo, tratándose del delito de coerción. La fusión de ambos delitos en un solo tipo hacía sin

(143) FINGER, *Das Strafrecht*, II, 3.^a ed. (1914), p. 215.

(144) FRÜHWALD, *Handbuch... cit.*, pp. 120-121.

(145) GLASER, *op. cit.*, pp. 167 y ss.; LAMMASCH, *Grundriss des Österreichischen Strafrechts*, 4.^a ed. (1911), p. 81. Una exposición detallada de la jurisprudencia puede verse en FINGER, *op. cit.*, pp. 220-226 (nota 221).

(146) Así HERBST, *Handbuch des allgemeinen österreichischen Strafrechtes*, I, 1.^a ed. (1855), p. 205; JANKA-KALLINA, *Das österreichische Strafrecht*, 4.^a ed. (1902), pp. 212-213; STOOB, *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*, 2.^a ed. (1913), pp. 303, 306-307; FINGER, *op. cit.*, pp. 217, 219, 226-227; ALTMANN-JACOB, *Kommentar zum Österreichischen Strafrecht*, I, 1928, pp. 287-288; RITTLER, *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*, II, 1962, pp. 66-67.

embargo insoluble esta cuestión, como lo demuestra el hecho de que en esta materia las opiniones discrepantes se mantuvieran durante toda la vigencia del precepto, sin que ninguna se impusiera en definitiva (147).

Otro importante aspecto que distinguía al Código penal de 1852 frente al Código penal alemán de 1871 era la mayor amplitud otorgada a la amenaza como medio comisivo de la coerción. La coerción austriaca sólo exigía que el mal con que se amenazaba implicara un perjuicio para el cuerpo, la libertad, el honor o la propiedad, sin que tuviera que revestir la calidad de un delito. Que esta mayor amplitud se debió a una decisión deliberada del legislador austriaco, congruente con la asunción de la idea de la coerción, lo demuestra el hecho de que esta regulación tuvo el carácter de una ampliación del margen típico dado a las amenazas por el Decreto de 1835. Con todo, parte la doctrina austriaca exigió que el mal amenazado fuera en sí mismo un hecho antijurídico, excluyendo con ello la amenaza con hacer uso de una facultad reconocida por el Derecho, aunque en su virtud se irrogara un perjuicio al honor, libertad o patrimonio del amenazado (148). El otro sector de la doctrina acogió sin embargo el desarrollo experimentado por la amenaza extorsiva en la doctrina alemana, inclinándose por la teoría de la relación (149).

Este progresivo acercamiento de la doctrina austriaca a la doctrina alemana es precisamente el hilo conductor del proceso de reforma de las disposiciones relativas al delito de coerción.

En una primera etapa, la reforma se dirigió a solucionar los aspectos más problemáticos de la regulación del Código de 1852, manteniendo sin embargo la idea central de regular conjuntamente la extorsión y la coerción genérica. Así, el Proyecto de Hye de 1863 distinguía conceptualmente entre extorsión y amenaza según la naturaleza pecuniaria o extrapatrimonial de su objeto, pero sin asignarle mayor relevancia a tal distinción; aquí, la determinación de la pena aplicable dependía exclusivamente del medio comisivo empleado, es decir, si violencia o amenazas, e incluyendo expresamente dentro de estas últimas a la amenaza con denunciar o difundir hechos infamantes (150). Por su parte, el Proyecto de 1867 trasladó la extorsión

(147) En favor de la admisión de la realización arbitraria del propio derecho: JANKA-KALLINÁ, *op. cit.*, p. 213; STOOB, *op. cit.*, pp. 306-307; FINGER, *op. cit.*, pp. 225-226. En contra: GLASER, *op. cit.*, pp. 174 y ss.; LAMMASCH, *op. cit.*, p. 82; RITTLER, *op. cit.*, pp. 69-70. En lo que respecta a la jurisprudencia, ésta mantuvo la postura negativa hasta 1938, fecha en la que se inclinó por la postura afirmativa.

(148) GLASER, *op. cit.*, pp. 196 y ss.; STOOB, *op. cit.*, pp. 213-214; ALTMANN-JAKOB, *op. cit.*, p. 290; con matices, LAMMASCH, *op. cit.*, pp. 83-84.

(149) JANKA-KALLINÁ, *op. cit.*, pp. 213-214; FINGER, *op. cit.*, pp. 234-235; RITTLER, *op. cit.*, pp. 71-72.

(150) «§ 240. *Crímenes de extorsión y coerción.* Si, fuera del caso del robo, alguien obtiene forzosamente de otro una prestación, tolerancia u omisión, ya sea

(siempre comprensiva de la coerción genérica) a un apartado especial, junto con el robo y la amenaza peligrosa (Título XXVII), haciéndola objeto de una regulación extremadamente detallada. Para resolver el problema de la determinación de la antijuricidad de la coerción, esta regulación comprendía tres hipótesis típicas, estableciendo una gradación de disvalor de medios y fines, y combinándolos en una relación inversamente proporcional. Sin embargo, este sofisticado sistema ni siquiera efectuaba una distinción conceptual entre la coerción genérica y la coerción patrimonial. Conforme a estas disposiciones, la pena se determinaba atendiendo por una parte al medio comisivo empleado, y por la otra parte al hecho de tener o no el coaccionador un derecho a exigir el comportamiento constreñido (151).

/ a) mediante violencia, o / b) mediante otras amenazas punibles, con las cuales se conmina de cualquier modo con infligir a él o a uno de sus parientes cercanos una lesión antijurídica al cuerpo, libertad, honor o patrimonio, en circunstancias tales que su ejecución pudo ser fundadamente temida; o bien / c) mediante la amenaza con la denuncia o difusión de un hecho del amenazado o de uno de sus parientes cercanos que estuviera penado por la ley, o de una acción o relación privada o familiar que fuera deshonrosa o inmoral, tales que fueran adecuados para hacerlo mal visto en la opinión de los demás, / entonces se comete el crimen de extorsión, cuando ello sucede con el propósito de obtener para sí o para otro un provecho patrimonial antijurídico; fuera de este caso, el crimen de coerción. / § 241. *Pena de estos dos crímenes.* Si la extorsión o coerción es cometida mediante irrogación de violencia, se aplicará la misma pena establecida para el robo [§ 115, (letra a)]. / En el caso del § 240-b) estos crímenes serán castigados con la pena de presidio de uno a cuatro años, y en el caso del § 240-c), con presidio de ocho meses a un año y siempre a requisición del ofendido.» (*Entwurf. Strafgesetz über Verbrechen und Vergehen*, Wien 1863, pp. 78-79). La inclusión de las amenazas previstas por el § 240-c) es fundamentada en la exposición de motivos del Proyecto atendiendo a su «evidente carácter inmoral y antijurídico» (*Entwurf... cit.*, p. 131). Cabe señalar también que el Proyecto dedicaba una disposición específica (§ 163) a sancionar la realización arbitraria del propio derecho.

(151) «§ 258. Se hace culpable de extorsión el que / 1. fuera del caso del robo obtiene por la fuerza cualquier clase de prestación, tolerancia u omisión, mediante el ilegítimo ejercicio o amenaza de violencia; / 2. fuerza a otro a una prestación, tolerancia u omisión a la que no tiene derecho, mediante una de las amenazas punibles señaladas en los párrafos que siguen, en tanto ellas aparezcan adecuadas para infundir fundado temor atendiendo a su contenido y a la verosimilitud de su ejecución; / 3. obtiene de otro por la fuerza una prestación, tolerancia u omisión antijurídica o inmoral, mediante la amenaza de hacer uso de un derecho que sea adecuada para producir fundados temores. / § 259. Se tendrán por amenazas punibles de las mencionadas en el núm. 2 del párrafo anterior: a) las amenazas con denunciar o revelar hechos aun verídicos, imputándole al amenazado o a uno de sus parientes cercanos una acción punible o infamante, que sería adecuada para perjudicarlo ante la opinión de los demás; / b) las amenazas con revelar hechos aun verdaderos de la vida privada o familiar del amenazado o de uno de sus parientes cercanos, que lo perjudicarían o serían adecuados para dañarlo; / c) las amenazas

En su segunda etapa el movimiento de reforma dio un considerable giro en dirección al modelo alemán. El Proyecto de 1874 trataba el delito de coerción (Nöthigung) entre los «crímenes y simples delitos contra la libertad personal» (Capítulo XXVI), distinguiéndolo así de la extorsión (*Erpressung*, §§ 257-260). La influencia del modelo alemán se aprecia también en la sencillez de la fórmula típica asignada a la coerción, manifiestamente inspirada en el § 240 C.p. alemán de 1871 (152). En un aspecto el Proyecto de 1874 permaneció sin embargo fiel al Código de 1852. En vez de estipular como medio comisivo la amenaza con un crimen o simple delito, le otorgó tal carácter a la amenaza con irrogar cualquier clase de perjuicios (*Nachtheilen*). Eso sí, el Proyecto exigió que se tratara de una irrogación antijurídica de perjuicios, acogiendo con ello la tesis doctrinaria y jurisprudencial arriba mencionada. Estos rasgos son compartidos

con difundir acciones, vínculos familiares o laborales o demás circunstancias, aun verdaderas, del amenazado o de uno de sus parientes cercanos, tales que le acarrearían en la opinión de los demás consecuencias perjudiciales para su posición social o porvenir. / § 260. La extorsión será sancionada como crimen, si el coaccionado carece de derecho a la prestación, tolerancia u omisión que constituye su objeto y si tiene conocimiento de que su acción es punible; en caso contrario, como simple delito. / Sólo es punible de oficio la extorsión que corresponde al caso previsto en el § 258-1; en los demás casos se requiere que su castigo sea demandado por el ofendido. / § 261. La pena de la extorsión será la de presidio, y en particular. / 1. De uno a cuatro años de duración por regla general en el caso de § 258-1; sin embargo, la pena será de cuatro a ocho años, si: / a) el atacado tuvo que sufrir dolores particularmente graves; o si / b) la extorsión fue cometida mediante la amenaza de homicidio, incendio u otro daño de peligro común, o de irrogar un perjuicio patrimonial en sí mismo grave o muy sensible para el amenazado; o si / c) la prestación, tolerancia u omisión obtenida por la fuerza importa un perjuicio muy grave para la persona, libertad, honor o patrimonio del coaccionado. / 2. De cuatro meses a un año en los casos 2 y 3 del § 258, por regla general; y de uno a cuatro años si concurriere cualquiera de las circunstancias señaladas en las letras a)-c) que anteceden. / La pena de la extorsión como simple delito será de arresto de uno a cuatro meses. / § 262. Los maltratos, lesiones corporales, daños en la salud u homicidios que concurrieren con la extorsión serán especialmente punibles. (*Entwurf eines Strafgesetzes über Verbrechen und Vergehen*, Wien 1867, pp. 68-70). En la exposición de motivos, los redactores del Proyecto expresamente desestiman la relevancia de la distinción entre coerción y extorsión en sentido propio (*Entwurf... cit.*, p. 138). Para la crítica de esta decisión, especialmente en lo que concierne al tratamiento de la realización arbitraria del propio derecho, cfr. GEYER, *Besprechung des Entwurfs eines Strafgesetzes über Verbrechen und Vergehen für die nicht-ungarischen Länder Österreichs vom Jahre 1867*, 1867, pp. 188 y ss.

(152) «§ 252. El que mediante violencia antijurídica o amenaza con la irrogación antijurídica de perjuicios fuerza a otro a una acción, tolerancia u omisión, será sancionado en virtud de coerción con la pena de prisión de hasta un año o con multa de hasta 1.000 florines. La persecución procederá sólo a querrela de parte.» [*Entwurf eines Strafgesetzes über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen (Regierungsvorlage)*, Wien 1874, p. 58].

también por los Proyectos de 1881 (§ 249) y 1889 (§ 248), con algunas variaciones menores (153).

La regulación que el Anteproyecto de 1909 y tras él el Proyecto de 1912 le dieron a la coerción es quizás la más interesante de todas las fórmulas ensayadas durante el proceso de reforma del derecho penal austriaco. Ubicado al modo alemán dentro de la sección destinada a las «acciones punibles contra la libertad personal» (Capítulo XXIII), el § 321 del Anteproyecto de 1909 disponía lo siguiente:

«§ 321. *Coerción*

1. El que constriña a otro a una acción, tolerancia u omisión a la que no está obligado, ejerciendo violencia contra él o amenazándolo a él o a una persona a él cercana con ejercicio de violencia, será castigado con prisión de dos semanas hasta dos años.

2. El que constriña a otro a una acción, tolerancia u omisión a la que no esté obligado, amenazándolo a él o a una persona a él cercana con un ataque antijurídico a la libertad, honor o patrimonio, será castigado con prisión de una semana a un año o con multa de cincuenta a cuatrocientas coronas» (154).

Al tipificar conjuntamente la violencia con la amenaza de violencia y distinguirlas de las demás amenazas coercitivas para efectos de la penalidad, la primera disposición introduce en el ámbito de la coerción una distinción inusual en la codificación alemana (155), pero que es directa consecuencia de su estrecha vinculación con el delito de extorsión. El modelo de regulación de la extorsión que se impuso en el derecho alemán consistía precisamente en distinguir entre un tipo grave (*räuberische Erpressung*) y uno menos grave (*einfache Erpressung*), atendiendo al medio comisivo empleado: la «violencia contra la persona» y la «amenaza con peligro inmediato

(153) Ambos textos mencionaban separadamente la «amenaza con violencia» de la «amenaza con la irrogación antijurídica de perjuicios», aunque sin conectar a esto consecuencias relevantes para la determinación de la pena. El Proyecto de 1881 hacía además de la coerción un delito de acción privada.

(154) *Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuch und zu dem Einführungsgesetze. September 1909, Wien 1909*, p. 85. La disposición respectiva en el Proyecto de 1912 es también el § 321 (*Strafgesetzbuch vom 1912-Regierungsvorlage, Beilage 90 zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, XXI Session 1912*, p. 87).

(155) El único Código particular alemán en efectuar una distinción semejante parece haber sido el Código penal de Braunschweig de 1840, que tipificaba a la extorsión y a la coerción como delitos de comisión mediante violencia o amenaza peligrosa (esto es, amenaza unida a un peligro inmediato para el cuerpo o la vida), para luego sancionar como delito de amenaza, junto a las amenazas simples, a la extorsión y coerción cometidas mediante otra clase de amenazas (§§ 79 y 177 a 179).

para el cuerpo o la vida» definían el tipo grave, y las demás amenazas, el tipo menos grave (156). Por su parte, la segunda disposición de este párrafo manifiestamente recoge la postura restrictiva en la doctrina austriaca en un doble sentido, ya que excluye del ámbito de la coerción tanto a la realización arbitraria del propio derecho (fin en sí mismo adecuado a derecho) como a la amenaza de un mal justo o lícito (medio en sí mismo adecuado a derecho). Tal como se consigna en la exposición de motivos, los redactores del proyecto eran de la idea de que el tipo genérico de coerción exigía copulativamente antijuricidad en los medios empleados y en los fines perseguidos (157).

La originalidad de los Proyectos de 1909 y 1912 en esta materia no dio sin embargo frutos inmediatos. Esta etapa del proceso austriaco de reforma penal se cierra con una total adhesión a la legislación alemana de la época, ya que el Proyecto de 1927 reprodujo en términos casi idénticos la redacción del § 240 C.p. alemán de 1871 (158).

(156) Aunque de un modo sumamente fragmentario, esta regulación se encuentra ya en el ALR prusiano de 1794 (§§ 1254, 1255, II Parte, Título 20). El origen propiamente tal de la regulación alemana de la extorsión se encuentra en el Proyecto de Feuerbach para Baviera de 1810, reproducido en el Código penal bávaro de 1813 (arts. 241-242), y posteriormente simplificado en su redacción por el Proyecto bávaro de 1822. De aquí, la nueva regulación de la extorsión se propagó a las demás codificaciones particulares, como por ejemplo los Códigos penales de Sajonia de 1838 (art. 166), de Württemberg de 1839 (art. 314), de Hannover de 1840 (arts. 331-332), de Hessen de 1841 (arts. 349-352) y de Prusia de 1851 (§§ 234-236), aunque restringiendo este último el ámbito del tipo menos grave al uso de amenazas con un crimen o simple delito. Esta misma regulación es la que en rigor subyace a los actuales §§ 253 y 255 C.p. alemán (*vid. supra*, nota 89).

(157) Curiosamente, este principio general no era aplicado tratándose de los tipos especiales de coerción. La exposición de motivos agrupaba estos tipos en dos constelaciones, una formada por casos de coerción contra la autoridad y otra formada por casos de coerciones sexuales y patrimoniales. La exigencia de antijuricidad del medio empleado no sería aplicable a la primera constelación, en razón del interés público en garantizar una motivación desinteresada en la adopción de decisiones por parte de la autoridad. En la segunda constelación, la reprobabilidad del fin sería de tal entidad, que justificaría la punición de un medio en sí mismo adecuado a derecho (*Erläuternde Bemerkungen zum Vorentwurf eines österreichischen Strafgesetzbuches vom September 1909 und dem Vorentwurf des Einführungsgesetzes*. Wien 1909, pp. 277 y ss.). El origen de esta formulación se encuentra en el § 301 de la segunda versión de la propuesta de Proyecto de Código penal de Hoegel, de 1902 (*Bearbeitung zum Strafgesetzentwurfe. Ergebnis der Berathung des Referenten Dr. Hoegel mit den Universitätsprofessoren Dr. Stooß und Dr. Lammasch*, p. 102), debiéndose su redacción probablemente la influencia de Lammasch (*vid. supra*, notas 126 y 127). Las Propuestas de 1905 (§ 301) y de febrero de 1906 (§ 301), como asimismo el Proyecto de la Comisión de 1907 (§ 301) reproducen literalmente el precepto de la Propuesta de Hoegel.

(158) «§ 279. Coerción. El que con violencia o mediante amenaza con vio-

La actual regulación austriaca de la coerción data de la reforma de 1974, cuyos antecedentes inmediatos se encuentran en el Proyecto de 1964 (§§ 92 núms. 6 y 7, 127 y 128) y la Propuesta gubernamental de 1971 (§§ 77 núms. 6 y 7, 110 y 11) (159). El nuevo Capítulo III de la Parte Especial, dedicado a las «acciones punibles contra la libertad», contempla las siguientes disposiciones relativas a la coerción:

«Coerción

§ 105. (1) El que mediante violencia o amenaza peligrosa (*) constriñe a otro a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año.

(2) El hecho no es antijurídico, si la aplicación de violencia o amenaza como medio para conseguir el fin perseguido no contraviene las buenas costumbres.»

Coerción grave

§ 106. (1) Será sancionado con privación de libertad de seis meses a cinco años el que comete una coerción bajo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1. amenazando de muerte, con una mutilación considerable o un desfiguramiento ostensible, con raptó o incendio, con la puesta en peligro mediante energía atómica, radiación o explosivos, o con la destrucción de la existencia económica o la posición social;

2. sometiendo al coaccionado o a la otra persona en contra de quien se dirige la amenaza, a un estado doloroso por largo tiempo;

lencia o con un crimen o simple delito constriñe a otro a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con prisión, sin que importe si la violencia o el mal amenazado se dirigen contra el mismo amenazado o contra otra persona. / La tentativa es punible. / En casos especialmente graves, la pena será de presidio de hasta cinco años.» (*Der österreichische Strafgesetzentwurf vom Jahre 1927*, editado por KADECKA, 2.^o ed. 1931, p. 124).

(159) *Bundesministerium für Justiz - Entwurf eines Strafgesetzbuches samt Erläuterungen*. Allgemeiner Teil, 1964, p. XIX, Besonderer Teil, 1964, pp. II-III. *Regierungsvorlage-Bundesgesetz vom XXXXXXXX über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB)*, Beilage 30 zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XIII. GP., pp. 14 y 18. Entre estos textos y la reforma definitiva existen tres diferencias menores: (1) la reforma de 1974 prescinde de una definición general de violencia que incluya el sometimiento a un estado de inconsciencia o de indefensión, como lo hacían los textos de 1964 y 1971; (2) la Propuesta gubernamental de 1971 incluía una hipótesis de coerción calificada por el uso de medios que pusieran en peligro la vida de un gran número de personas o hicieran peligrar masivamente la propiedad; y (3) la reforma de 1974 incluyó dentro de las hipótesis de coerción calificada la de su comisión mediante amenaza de utilizar energía atómica, radiación o explosivos.

3. constriñendo al coaccionado a una acción, tolerancia u omisión que lesiona intereses especialmente importantes del coaccionado o de un tercero.

(2) Del mismo modo será sancionado el autor si el hecho tiene como consecuencia el suicidio o la tentativa de suicidio del coaccionado o de otra persona, en cuya contra se dirige la violencia o la amenaza.

(*) «§ 74 En el sentido de esta ley es (...) 5. amenaza peligrosa: una amenaza con una lesión al cuerpo, a la libertad, al honor o al patrimonio que es apta para infundir al amenazado fundado temor en consideración a las circunstancias y a sus características personales o a la gravedad del mal amenazado, sin distinguir si la amenaza se encuentra dirigida contra el amenazado mismo, contra sus parientes, o contra otras personas situadas bajo su protección o a cercanas a él» (160).

Ésta es una regulación que bien puede caracterizarse como esencialmente alemana, no obstante conservar algunos importantes rasgos del Código de 1852.

Haciendo honor a la tradición austríaca en esta materia, el Código de 1974 mantiene la técnica de caracterizar la amenaza coercitiva típica, ahora definida como «amenaza peligrosa», mediante una precisión relativa a la idoneidad coercitiva de su formulación y a la naturaleza del mal amenazado. Del modelo alemán proceden, por su parte, tanto la ubicación sistemática de los preceptos, que implica su diferenciación respecto del delito de extorsión (§§ 144-145), como también la redacción del tipo básico (§ 105-I). La exposición de motivos no deja lugar a duda alguna a este respecto (161). También la cláusula de reprochabilidad —aquí, más bien de «irreprochabilidad»— procede del derecho alemán, evidenciando con ello una aceptación legislativa de la teoría de la relación. Estos rasgos que son evidentemente los fundamentales, hacen que en definitiva esta regulación no sea más que una variante del modelo alemán.

3.3. *La codificación italiana*

En la literatura hispanoamericana es un lugar común atribuirle a Carrara el mérito de haberle dado a los delitos contra la libertad, y en especial al delito de coerción, su formulación teórica definitiva.

(160) «Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB)», en: *Dokumentation zum Strafrecht - Bundesministerium für Justiz*, Wien, 1974, p. 19.

(161) *Dokumentation... cit.*, pp. 144 y ss., haciendo especial hincapié en la sustitución del término «prestación» por el término «acción» como una consecuencia de la calificación del bien jurídico protegido por el delito de coerción.

Ésta es una apreciación errónea. Siguiendo una estrategia argumentativa característica de las teorías del derecho natural, Carrara no hizo sino presentar como verdades de razón lo que en su medio era derecho positivo. El auténtico mérito lo tiene la generación de criminalistas toscanos anterior a Carrara, como Puccioni, Buonfante, Forti, y ante todo Mori, que contribuyó a la creación y posterior desarrollo doctrinario del Código penal toscano de 1853 (162), sobre el cual se basó Carrara. Por cierto, no se puede negar que el prestigio del *Programma* contribuyó a afianzar la teoría de los delitos contra la libertad en la cultura jurídica italiana de la segunda mitad del siglo XIX, ni tampoco puede desconocerse que esta contribución resultó crucial para su afianzamiento, pues tuvo lugar precisamente en el momento en que el sistema toscano debía competir con el sardo en el proceso de unificación del derecho penal italiano. Con todo, el papel desempeñado por Carrara en esta materia fue el de un simple apologista. El surgimiento de los delitos contra la libertad en Italia, y en especial del delito de coerción, no fue obra de la doctrina sino de la legislación.

El punto de partida de la codificación italiana en esta materia es semejante al del resto de la codificación europea, ya que los primeros textos del movimiento codificador no conocieron la idea de la coerción como delito autónomo (163). La posterior introducción de los Códigos franceses de 1791 y 1810 en el Piamonte, la Liguria, la Lombardía, el Véneto, la Toscana y el Reino de Nápoles, y posteriormente del Código austríaco de 1803 en la Lombardía y en el Véneto, contribuyó aún más a este desconocimiento. Tampoco el surgimiento de los primeros Códigos penales particulares italianos se tradujo en una transformación sustancial de esta situación, ya que todos ellos evidencian una fuerte influencia del modelo francés.

El Código penal para los Estados de Parma, Piacenza y Guastalla de 1820 es el que sigue más de cerca al Código francés de 1810, diferenciando los atentados contra la libertad cometidos por funcionarios públicos de las detenciones ilegales cometidas por los par-

(162) Al respecto, cfr. PESSINA, «Il diritto penale in Italia da Cesare Beccaria sino alla promulgazione del codice penale vigente (1764-1890)», en del mismo, *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, II, I, pp. 598-599, 611-632.

(163) El Edicto de Leopoldo II para el Gran Ducado de la Toscana de 1786, que carecía de un auténtico sistema de la Parte Especial, sólo efectuaba una referencia a la sanción de la violencia en su art. LIX. Por su parte, el Proyecto de Código Penal para el Reino de Italia de 1806 sí contemplaba una categoría sistemática expresamente dedicada a los delitos contra la libertad (Parte Segunda, Título IX, Sección I), pero sólo incluía dentro de ella a los delitos de comercio de esclavos, privación de libertad y allanamiento de morada (arts. 474-479). Este Proyecto también le otorgaba un lugar especial al delito de amenazas, entre los «delitos contra el buen orden interno del Estado», pero sólo sancionaba aquí la amenaza simple de cometer un homicidio (Título VI, Sección VII, arts. 381-382).

ticulares, al considerar a los primeros como delitos contra el Estado (Libro II, Parte I, Título III, Capítulo II, Sección, III, arts. 190-197) y a los segundos como delitos contra los particulares (Libro II, Parte II, Título I, Capítulo VII, arts. 378-381). En cuanto a las normas relativas al delito de amenazas, ellas reproducen casi literalmente los preceptos del Código francés (164) pero reciben una ubicación sistemática diversa. Dado que el Código de Parma reúne en una misma disposición a las amenazas francesas de homicidio y de incendio, salomónicamente le otorga a esta figura el carácter de «delito que lesiona a la persona y a la propiedad» (Libro II, Parte II, Título III, Capítulo II). En otras palabras, el cambio de ubicación confirma la vigencia de la idea francesa de la punición de la amenaza como una forma de protección del bien con cuya vulneración se amenaza.

Mayor independencia demuestra el Código penal napolitano, es decir, la Parte Segunda del Código para el Reino de las Dos Sicilias de 1819. Curiosamente, tanto la privación de libertad cometida por un particular como la cometida por un funcionario público son consideradas aquí como delitos contra el Estado, aunque en apartados sistemáticos diversos (165). En lo que se refiere a las disposiciones relativas a las amenazas, si bien también provienen del Código francés (166), ellas experimentan un par de modificaciones relevantes. A

(164) «Art. 525. El que mediante escrito firmado o anónimo haya amenazado a otro de asesinato, envenenamiento, incendio, o con cualquier otro atentado que sería punible con la pena de muerte, o de trabajos forzados perpetuos, será castigado con la pena de trabajos forzados temporales. Para tal efecto, se requiere que la amenaza sea hecha con orden de depositar una suma de dinero en un lugar indicado o de cumplir cualquier otra condición.» / «Art. 526. Si la amenaza no es acompañada de alguna orden o de alguna condición, la pena será de prisión no inferior a un año.» / «Art. 527. Si la amenaza hecha con orden o bajo condición ha sido verbal, el culpable será sancionado con prisión no mayor de un año.» (*Codice Penal per gli stati di Parma. Piacenza è Guastalla*, Parma, 1820, p. 152).

(165) Ambos supuestos pertenecen a la clase de los «delitos contra la administración de justicia y las demás administraciones públicas» (libro II, Título IV), pero la privación de libertad cometida por particular constituye un supuesto de «uso privado de los medios de la autoridad pública» (Capítulo I, Sección III, arts. 168-172), mientras que los atentados contra la libertad cometidos por funcionarios públicos son considerados como «abusos de la autoridad pública» (Capítulo IV, § II, arts. 234-236).

(166) «Art. 161. El que por medio de un escrito anónimo o firmado bajo el propio nombre o bajo un nombre fingido haya hecho amenazas de cualquier crimen, será castigado con el tercer grado de prisión, confinamiento o exilio correccional, en caso que la amenaza haya sido hecha con orden de cumplir cualquier condición; si la amenaza no ha sido acompañada de alguna orden o condición, la pena será del segundo grado de prisión, confinamiento o exilio correccional.» / «Art. 162. Si la amenaza hecha con orden o bajo condición ha sido verbal, el culpable será sancionado con el primer grado de prisión, confinamiento o exilio correccional.» (*Codice per lo Regno delle Due Sicilie. Parte Seconda-Leggi Penali*, 1819, p. 39).

diferencia del Código de Parma, el Código napolitano no incurre en el error de considerar a las amenazas como una forma de punición de la resolución de cometer el delito con que se amenaza, sino que las sistematiza como un delito contra el Estado, junto con las violencias públicas (Capítulo II del Título III). Por otra parte, el ámbito típico del delito de amenazas es algo más amplio que en el Código napoleónico, ya que aquí abarca toda «amenaza de crimen».

El Código penal para el Reino de Cerdeña de 1839 se encuentra en un punto intermedio entre el Código de Parma y el Código de las Dos Sicilias. Su sistema de punición de los delitos contra la libertad es semejante al del Código napolitano (167). En materia de amenazas, en cambio, recoge la redacción dada por el Código de Parma a los preceptos respectivos (168), aunque siguiendo una orientación sistemática original, al considerarlas como delitos contra la tranquilidad pública» (Libro II, Título VIII, Capítulo II).

Por último, el Código criminal para los Estados Estenses de 1855 contempla también al modo napolitano entre los delitos contra el Estado un apartado especial titulado «Del arresto, de la detención y del secuestro ilegal de las personas, y de los obstáculos puestos al libre ejercicio de los derechos ajenos» (Título XVI, arts. 235-242), y ubica a las amenazas francesas —en la redacción del Código de Parma (169)— en una sección especial (Título XXXV), entre el apar-

(167) Tanto la privación de libertad cometida por particular como la cometida por funcionario público son «delitos contra la administración de justicia y otras administraciones públicas» (Libro II, Título III), constituyendo sin embargo la hipótesis de comisión por particular un caso de «rebelión a la justicia, desobediencia y otros atentados contra la autoridad pública» (Capítulo I, Sección IV, arts. 237-242), y la hipótesis de comisión por funcionario público, un supuesto de «ejercicio abusivo de autoridad contra los privados» (Capítulo II, Sección IV, arts. 311-315).

(168) «Art. 446. Fuera de los casos previstos por los artículos 648 y 649 (extorsión), el que por medio de escrito anónimo o firmado bajo nombre propio o fingido, haya hecho amenazas de asesinato, envenenamiento, incendio o de cualquier otro atentado que acarrearía la pena de muerte o de trabajos forzados a perpetuidad, será castigado con la reclusión, cuando la amenaza haya sido hecha con orden o condición cualquiera.» / «Art. 447. Si la amenaza no fuera acompañada de alguna orden o condición, la pena será de cárcel no inferior a seis meses. / La misma pena tendrá lugar si la amenaza fuera solamente verbal, pero hecha con orden o bajo condición.» (*Codice Penale per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, Torino, 1839, pp. 134-135).

(169) «414. § 1. El que por medio de un escrito anónimo o suscrito con nombre propio o fingido haga amenaza de asesinato, envenenamiento, incendio o de cualquier otro delito que conlleve la pena de muerte o de presidio perpetuo, será castigado con trabajos forzados de cinco a diez años, cuando la amenaza sea hecha on orden de depositar alguna cosa en un lugar indicado, o de cumplir cualquier otra condición. / § 2. Si la amenaza no fuera acompañada de alguna orden o de alguna indicación, la pena será de cárcel no inferior a un año.» / «415. La misma pena tendrá lugar si la amenaza fuera solamente verbal, pero hecha con orden o bajo

tado dedicado a las lesiones y el apartado dedicado a los delitos de incesto, adulterio y bigamia.

Con todo, si se contempla el sistema de la Parte Especial de los Códigos particulares italianos desde una perspectiva global, la regulación que en él recibe la coerción resulta incomparablemente menos fragmentaria que en el sistema originariamente ideado por el Código francés. Conforme a la tradición del derecho común, los cuatro códigos mencionados contemplan disposiciones destinadas a sancionar la realización arbitraria del propio derecho (170), un supuesto especial de coerción inexistente en el derecho penal francés. Por otra parte, los Códigos napolitano, sardo y estense amplían considerablemente el ámbito típico del delito francés de impedimento del ejercicio de derechos cívicos, extendiéndolo al impedimento del ejercicio de cualquier derecho garantizado por la ley (171). Con esta nueva formulación, el objeto de protección deja de ser propiamente la libertad política y pasa a consistir en la libertad individual jurídicamente garantizada; en otras palabras, el delito pasa a adquirir directamente el carácter de un tipo genérico de coerción (172), aunque con un ámbito más restringido que el alemán, ya que sólo abarca la acción de constreñir a omitir el ejercicio de un derecho legalmente reconocido. Finalmente, los Códigos parmense, napolitano y sardo sancionan como contravención el uso de vías de hecho y de amenazas no previstas entre los crímenes y simples delitos (173). Estas últimas disposiciones evidencian ciertamente el desconocimiento de la moderna idea de la coerción, en tanto siguen apegadas a la noción tradicional del *crimen vis*, pero la sanción del mero uso de cualquier clase de violencia y amenaza hace que el sistema sea indudablemente más cerrado.

condición como arriba, o con armas.» (*Codice criminale per gli Stati Estense*, Modena, 1855, pp. 94-95).

(170) Art. 168 C.p. de las Dos Sicilias; arts. 552-553 C.p. de Parma; art. 263 C.p. de Cerdeña; arts. 231-234 C.p. Estados Estenses.

(171) Código napolitano: «Art. 166. El que con vías de hecho o amenazas impida a otro el ejercicio de los derechos propios garantizados por la ley será sancionado con prisión del primer al segundo grado; salvo las penas mayores, cuando el hecho o la amenaza degeneren en delitos mayores.» (*Codice... cit.*, Título III, Capítulo I, Sección II, pp. 40-41). Los arts. 243 C.p. Sardo y 241 C.p. Estados Estenses reproducen literalmente este precepto, aunque ubicándolo en el mismo apartado destinado a la privación de libertad.

(172) Así lo estimaba, por ejemplo, CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, II, 2.ª ed. (1868), § 1559, nota 1. La doctrina posterior, por el contrario, no le asignó mayor relevancia a este delito como antecedente histórico de la coerción italiana (cfr. por todos, DE MARSICO, «Violenza privata», en *Il Digesto Italiano*, XXIV, 1927, pp. 1214-1215).

(173) C.p. Dos Sicilias, art. 462 núms. 4.º y 5.º; C.p. Parma, art. 532 núm. 3.º; C.p. Cerdeña, art. 733 núm 2.º

Si hasta mediados del siglo XIX la hegemonía del modelo francés en la codificación italiana es indiscutible, con la promulgación del Código penal toscano de 1853 se produce la recepción del modelo alemán de regulación de la coerción. Siguiendo las directrices sistemáticas alemanas, el Código toscano considera a la libertad como un bien jurídico individual, en una condición análoga a la vida y la integridad personal, dedicándole en consecuencia un apartado sistemático específico («Delitos contra la libertad personal y la tranquilidad privada»: Capítulo I de la Sección II del Título VII (174). Dentro de esta categoría, se encuentran los delitos de plagio (art. 358), sustracción arbitraria de un impúber por causa religiosa (art. 359), cárcel privada (art. 360), violencia privada (art. 361), amenazas verbales o simbólicas (art. 362), violación de domicilio (art. 363) y apertura arbitraria de cartas ajenas (art. 364). El delito alemán de coerción—ahora denominado violencia privada, como reminiscencia del *crimen vis*— recibe aquí la siguiente regulación:

«Art. 361. El que hace uso de violencia para constreñir a otro a hacer, o a omitir, o a sufrir cualquier cosa, siempre que la acción no caiga bajo el título de otro delito, queda sujeto, como culpable de violencia privada, a la pena de cárcel de hasta dos años» (175).

Al igual que en la mayoría de los códigos particulares alemanes, en el derecho penal toscano la coerción asume la estructura de un delito de resultado cortado; también aquí basta con el uso de la violencia para que el delito se encuentre consumado, siempre y cuando su ejercicio haya sido efectuado con un propósito coercitivo. La regulación toscana se aparta del modelo alemán no obstante en lo que se refiere a la previsión de los medios comisivos de la coerción. A diferencia de todos los códigos particulares alemanes, que con mayor o menor amplitud siempre consagraron explícitamente a la amenaza como medio coercitivo, el Código toscano menciona únicamente a la violencia.

De lo anterior no cabe sin embargo deducir que el Código toscano hubiera decidido excluir del ámbito típico de la violencia privada toda forma de amenaza coercitiva. Desde luego, el art. 108 establecía como regla de hermenéutica legal válida para todas las demás disposiciones del Código, que por «violencia» debía entenderse «tanto la violencia usada con hechos, como aquella usada con amenazas». Este concepto amplio de violencia, comprensivo también de la ame-

(174) Por su parte, los atentados contra la libertad cometidos por funcionarios públicos se encuentran regulados en un apartado diverso, relativo a los delitos cometidos por oficiales públicos, dentro de la clase de los delitos contra la Administración del Estado (Título III, Capítulo III, arts. 183-185).

(175) *Codice Penale pel Gran Ducato di Toscana*, 1856, p. 123.

naza, era compartido por la gran mayoría de los tipos específicos de coerción del Código toscano, que, apoyándose en el art. 108, no mencionaban explícitamente a la amenaza como medio comisivo (176). De modo congruente con lo dicho, en la redacción del delito de amenazas (simples) se reconocía expresamente que el uso de la amenaza podía ser subsumido en el tipo de la violencia privada (177). De aquí, pues, que la doctrina y la jurisprudencia toscana consideraran como criterio demarcatorio entre los delitos de violencia privada y amenaza (simple) únicamente la existencia o inexistencia de un propósito coercitivo en el autor del delito. Lo cual implicaba que el hecho de ir acompañada la amenaza de una condición hacía que ésta «degenerara» en violencia privada cometida mediante «violencia moral» (178).

(176) Así, los delitos de atentado y resistencia a la autoridad (arts. 143, 144) y de realización arbitraria del propio derecho (art. 146), diversos supuestos inominados de «violencias contra el orden público» (arts. 201-204) y las coerciones sexuales (arts. 280-282).

(177) «Art. 362. El que, por medio de palabras o de otros signos representativos del pensamiento, amenaza a otro con un grave daño en la persona o en los bienes, siempre que la acción no caiga bajo la disposición del artículo precedente, incurre en la pena de cárcel de hasta un año, a la cual puede ser adjuntada el sometimiento a la vigilancia de la policía.» (*Codice penale...*, loc. cit.).

(178) Así, PUCCIONI, *Il Codice Penale Toscano*, IV, 1857, p. 640; CARRARA, *op. cit.*, §§ 1573, 1574, citando una sentencia de la Corte de Casación de Florencia de 30 de junio de 1860. Sin embargo, en el contexto del Código toscano no es del todo claro que cualquier amenaza coercitiva pudiera ser subsumida bajo este concepto amplio de violencia. Por una parte, la definición del art. 108 descansaba ostensiblemente en una concepción del ejercicio de violencia como conducta constitutiva de lesiones corporales, lo que restringía el ámbito de la noción de «violencia usada con amenazas» a la amenaza de causar lesiones. Por otra parte, la única regulación detallada y diferenciada de los medios coercitivos que contenía el Código toscano, que se encontraba en las disposiciones relativas a los delitos de hurto violento y extorsión (arts. 389 y 393), también parecía indicar que sólo ciertas formas calificadas de amenazas —con peligro inminente para la persona— podían ser equiparadas a la violencia como medio coercitivo. En consecuencia, desde el punto de vista de una interpretación sistemática, sólo se encuentra fuera de toda duda que el concepto de violencia del Código toscano abarcaba la amenaza de un mal contra la vida o la integridad personal de inminente irrogación. Incierta resulta en cambio la inclusión de las amenazas de un mal de inminente irrogación contra otros bienes personales distintos de la propiedad, como la libertad o el honor, o de la amenaza de daño futuro a la vida o a la integridad corporal. La extensión del concepto de violencia a las demás clases de amenazas es abiertamente discutible. En vista de estas dificultades, no es de extrañar que la doctrina toscana incurriera en vacilaciones y contradicciones. El mejor ejemplo de ello se encuentra en Carrara, quien a propósito del análisis de la extorsión contradujo todo lo que había afirmado respecto de la violencia privada y la amenaza: definió la «amenaza condicional» como una coerción mediante amenaza de mal futuro y la distinguió de la violencia privada,

En sus inicios, la unificación del derecho italiano tuvo lugar bajo un renovado predominio del modelo francés de regulación de la coerción. El Código sardo de 1859, cuya vigencia se extendió a la mayor parte del territorio italiano (en el norte, sin modificaciones, y en el sur con las modificaciones introducidas por el Decreto de 17 de febrero de 1861), en lo esencial no hizo sino reproducir las disposiciones del Código de 1839 (179). Sólo la Toscana se exceptuó de esta regulación, donde se mantuvo en vigor el Código de 1853.

El contraste entre los dos modelos opuestos de regulación de la coerción no podía ser más patente. De aquí que el primer paso hacia la unificación definitiva —el Proyecto de 17 de mayo de 1868, de la Primera Comisión Ministerial (integrada por Ambrosoli, Arabia, Tolomei y Paoli)— sea también el ejemplo más claro de toda la codificación europea de un intento deliberado por combinar los modelos alemán y francés. Ubicadas sistemáticamente conforme al Código toscano, es decir, dentro de un apartado destinado a los delitos contra la libertad, entre los delitos contra intereses individuales, las disposiciones respectivas eran las siguientes:

«Art. 347. El que, sin derecho, con violencia o arbitraria restricción de la libertad constriñe a otro a hacer, tolerar u omitir cualquier cosa, será castigado, si el hecho no constituye un delito más grave, con prisión en sus grados tercero a sexto, y con multa de hasta el tercer grado.

Art. 348. § 1. La misma pena se aplicará al que, con el fin indicado en el artículo precedente, ha amenazado a otro, oralmente o por escrito, con figuras o medios alegóricos de significado inequívoco, con un mal o daño grave, en circunstancias tales que el amenazado pueda creer sería la amenaza e inminente su ejecución.

§ 2. Sin embargo, si la amenaza es hecha con el solo fin de infundir temor de daños graves indeterminados, se aplica, a querrela de parte, la pena de prisión o confinamiento en segundo grado» (180).

la que a su vez pasó a ser definida por el hecho de haberse obtenido el propósito coercitivo (*Programma... cit.*, § 2132).

(179) Libro II («De los crímenes y de los delitos, y de sus penas»), Título III («De los delitos contra la Administración pública»), Capítulo I («De los delitos contra los derechos garantizados por el Estatuto»), Secciones I («De los atentados a la libertad individual», arts. 194-204), Título VIII («De los delitos contra la tranquilidad pública»), Capítulo II («De las amenazas», arts. 431-434); Libro III («De las contravenciones y de sus penas»), Capítulo II («De las contravenciones contra las personas», arts. 686 núm. 2.º). La única novedad del Código de 1859 consistió en la eliminación del tipo de coerción que preveía el art. 234 del Código de 1839, ocupando su lugar el tipo originario francés de impedimento del ejercicio de derechos políticos.

(180) *Il Progetto del Codice Penal pel Regno d'Italia*, I, 1870, p. 557.

En pocas palabras, si bien este proyecto sigue apegado a la noción francesa de un delito de amenazas compuesto por sus modalidades condicional (art. 348 § 1) y simple (art. 348 § 2), distingue sin embargo con toda claridad entre el carácter coercitivo de la primera clase de amenazas y el carácter meramente intimidatorio de las segundas, y, frente a la existencia de un delito de coerción, no vacila en remitir a él las amenazas condicionales para efectos de determinar su penalidad.

Este intento tan elocuente de compatibilizar los modelos francés y alemán no se encuentra sin embargo exento de problemas. Dejando de lado la exigencia de que la amenaza coercitiva sea de inminente ejecución y la previsión de la restricción de libertad como medio de coerción, el aspecto más problemático de esta regulación se encuentra en las diferencias que existen entre una y otra hipótesis de coerción en cuanto a sus respectivas estructuras de injusto. Mientras que la violencia privada se encuentra configurada como un delito de resultado, la hipótesis del art. 438 § 1 reviste la forma de un delito de resultado cortado. Este punto será en lo sucesivo uno de los aspectos más peculiares de la regulación italiana de la coerción.

Durante la revisión del Proyecto de 1868 en el seno de la Primera Comisión se observó que los supuestos de los artículos 347 y 348 § 1 representaban una sola figura delictiva, la violencia privada, razón por la cual debían ser fusionados. Así se contribuía además a distinguir mejor la amenaza que tiende a constreñir de la amenaza efectuada con el solo fin de intimidar, que permaneció regulada por una disposición aparte (181). Manteniéndose fiel al modelo toscano, la Comisión le dio a esta fusión la estructura de un delito de resultado cortado. Sin embargo, agregó un párrafo segundo, mediante el cual se establecía una pena más severa para el caso de que se hubiera conseguido el propósito perseguido con el ejercicio de la violencia o la amenaza (182). La Segunda Comisión mantuvo esta agravante, incorporándola al párrafo del tipo en cuestión y estableciendo un aumento de la pena como consecuencia de la misma (183). De este

(181) Sesión núm. 89, de 25 de abril de 1868 (*Il Progetto...*, *loc. cit.*).

(182) «Art. 329. § 1. Fuera de los casos especialmente previstos por la ley, el que usa violencia o amenaza también en modo simbólico, para constreñir sin derecho a otro a hacer, tolerar u omitir cualquier cosa, será castigado con detención de tres meses a dos años y con multa de cincuenta a quinientas liras. / § 2. La detención no podrá ser inferior a un año si el propósito ha sido logrado.» (*Il Progetto...*, *cit.*, 692).

(183) Sesión núm. 58, de 19 de enero de 1870 (*Il Progetto...*, *cit.*, II, 1870, p. 386). El texto acordado es el siguiente: «Art. 395. Fuera de los casos especialmente previstos por la ley, el que usa violencia o amenaza, de cualquier modo hecha o manifestada, para constreñir a otro a hacer, tolerar u omitir cualquier cosa será sancionado con prisión de cuatro meses a dos años, y con multa de ciento cincuenta

modo, la coerción pasó a tener el curioso carácter de un delito de resultado cortado, respecto del cual la verificación del resultado producía sin embargo el efecto de agravar la pena.

Esta es precisamente la fórmula con que el delito de violencia privada fue recogido por el Proyecto de Vigliani de 1874 (art. 163) y el de Savelli de 1883 (art. 139), por los Proyectos de Zanardelli de 1883 (art. 139) y de 1887 (art. 149), y finalmente consagrado por el Código Penal para el reino de Italia de 1889, mediante la siguiente disposición:

«Art. 154. [Primera parte]. El que usa violencia o amenaza para constreñir a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, será sancionado con reclusión de hasta un año y multa de hasta mil liras; y, si consigue su propósito, la reclusión no podrá ser inferior de un mes ni la multa inferior de cien liras» (184).

Esta extraña mezcla de coerción toscana (tipo básico) y coerción alemana (supuesto agravado) caracterizó la regulación italiana de la coerción durante cuarenta años. Frente a esta regulación, la doctrina siguió entendiendo a la violencia privada como un «delito formal» que se consumaba con el mero ejercicio de la violencia o la formulación de la amenaza por parte del autor, siempre y cuando ello fuera llevado a cabo con un propósito coercitivo (185). Al mismo tiempo, interpretó la agravante como la verificación del efecto correspondiente al «propósito inmediato» del autor, esto es, como el acaecimiento

a quinientas liras; pero si ha conseguido el propósito, será sancionado con prisión de un año y tres meses a cinco años» (*Il Progetto...*, cit., II, p. 714).

(184) *Code Penale per il Regno d'Italia*, Milano, 1889, p. 37. En el último Proyecto de Zanardelli, la disposición respectiva era de idéntico tenor, pero con un marco de penalidad levemente más severo (*Progetto del Codice Penale per il Regno d'Italia e disegno di legge che ne autorizza la pubblicazione, presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti, Camera dei Deputati, Seduta del 22 Novembre, Volume III*, p. 41). La principal innovación introducida por Zanardelli en materia de delitos contra la libertad fue de orden sistemático, ya que reunió todas las disposiciones que de uno u otro modo pudieran ser consideradas como atentados a la libertad (delitos contra la libertad política, delitos contra la libertad de los cultos, delitos contra la libertad individual, delitos contra la inviolabilidad del domicilio, delitos contra la libertad del trabajo) bajo un mismo título (Título II), situado entre los delitos contra el Estado. La justificación de esta sistematización se encuentra en la relación de Zanardelli (*Progetto...*, cit., *Volume II*, pp. 43 y ss.).

(185) Así, NEGRI, *Dei Delitti contro la Libertà*, en: COGLIOLO (ed.), *Completo Trattato Teorico e Pratico di Diritto Penale*, 1888, II-I, p. 478; CRIVELLARI, *Il Codice Penale per il Regno d'Italia*, V, 1894, p. 566; SCARLATA, *Dei Delitti di Violenza Privata e Minaccia*, 1907, pp. 57-58; NOSEDA, *Dei Delitti contro la Libertà*, en: PESSINA (ed.), *Enciclopedia...*, cit., VI, 1909, pp. 739-740; MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, IV, 1911, p. 625; DE MARSICO, *Violenza...*, cit., p. 1221.

del resultado coercitivo, exigiendo en consecuencia una relación de causalidad entre éste y el ejercicio previo de violencia o amenaza por parte del autor del delito (186). El hecho de que el texto legal adelantara primero el momento de la consumación del delito para luego agravar la pena atendiendo a la verificación del resultado no parece haber extrañado a la doctrina italiana. Por el contrario, de modo unánime se vio precisamente en el carácter formal del delito la razón de la conveniencia de semejante circunstancia agravante (187).

Fue la reforma efectuada por el gobierno fascista, bajo la dirección de Rocco, la que le dio a la coerción italiana la forma que hoy día tiene. En el Proyecto Preliminar de 1927 el precepto respectivo recibió la siguiente redacción:

«Art. 618. [Primera parte]. El que, mediante violencia o amenaza, constriñe a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, será sancionado con reclusión de hasta cuatro años» (188).

Las observaciones formuladas a este Proyecto demuestran el grado de confusión imperante sobre este punto en el medio jurídico italiano. Así, por ejemplo, la Corte de Apelación de Nápoles y diversas Comisiones de Abogados y Procuradores criticaron el hecho de que el texto prescindiera de la agravante consistente en la obtención del propósito del culpable, reclamando su inserción (189). No menos notable era la opinión de la Corte de Apelación de Catania, que justificaba la omisión de la agravante en cuestión «... porque, tratándose de un delito contra la libertad moral, él se encuentra perfeccionado prescindiendo de si se ha obtenido o no el propósito» (190). Con mejor criterio, la Comisión Revisora desestimó estas observaciones, haciendo ver que el momento consumativo del delito

(186) Cft. por todos, DE MARSICO, *op. cit.*, pp. 1221-1222.

(187) Cft. por todos, MANZINI, *op. cit.*, pp. 628-629.

(188) *Progetto preliminare di un Nuovo Codice Penale*, octubre 1927, año V, Roma, 1927, p. 240. Este texto ya contempla la distinción de tres sub-bienes jurídicos relacionados con la libertad individual que desde entonces ha caracterizado a la legislación y a la doctrina italianas. Estos son: (a) la «personalidad individual», protegida por las normas relativas a los delitos de reducción a esclavitud, trata o comercio de esclavos, enajenación o adquisición de esclavos y plagio, (b) la «libertad personal», protegida por las disposiciones correspondientes a los delitos de secuestro de persona y demás atentados contra la libertad ambulatoria cometidos por funcionarios públicos, y (c) la «libertad moral», que es objeto de protección de los delitos de violencia privada, violencia o amenaza para constreñir a cometer un delito, amenaza y reducción a un estado de incapacidad.

(189) *Lavori Preparatori del Codice Penal e del Codice di procedura Penale*, vol. III, parte IV, 1928, pp. 250-251.

(190) *Lavori...*, *cit.*, p. 249.

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

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

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

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

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

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1. *El Código penal de 1822*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(200) Ante todo la Partida Séptima, Títulos X («De las Fuerzas») y XX («De los que fuerzan, o lleuan robadas las virgines, o las mugeres de orden, o las biudas que bieuen honestamente»); también el Fuero Juzgo, Libro VIII, Título I, leyes 4 y 11-14, y el Fuero Real, Libro IV, Título IV, Leyes 1-12. En cambio, las hipótesis de atentados a la libertad consideradas por las Partidas como «deshonras de fecho» (l.6, tit. 9, Partida VII) no parecen haber ejercido mayor influencia en la confección del Código de 1822.

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

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

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

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

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

(202) En especial MIR, *op. cit.*, pp. 296-298, seguido por HIGUERA GUIMERÁ, *El delito de coacciones*, 1.ª ed. (1977), pp. 151-153 y GARCÍA-PABLOS, *op. cit.*, pp. 124-125.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2. *El Proyecto de Código criminal de 1831*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.3. El Código Penal de 1848

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

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

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

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

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

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

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

Art. 408. Las amenazas de un mal que no constituya delito hechas en la forma expresada en el número 1.º del artículo anterior, serán castigadas con la pena de arresto mayor.

Art. 410. El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a ejecutar lo que no quiera, sea justo o injusto, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 5 a 50 duros» (211).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1. *El bien jurídico protegido*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. *La diferenciación entre amenazas condicionales y amenazas simples*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3. *El paralelismo entre amenazas condicionales y coacciones*

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

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

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

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

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

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

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

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

significativa» entre amenazas condicionales y coacciones en lo que respecta al momento consumativo [*El injusto de las amenazas condicionales con mal no delictivo (criterios de delimitación)*, CPC 44 (1991), pp. 345 y ss. (348-351)]. Para fundamentar su tesis, Serrano acude a la distinción entre resultado típico y agotamiento material del delito, perdiendo sin embargo de vista que aun bajo esta precisión son completamente diversos los requisitos típicos relativos al resultado exigidos en los arts. 493 núm. 1, 494 y 496.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.4. *La demarcación entre violencia y amenaza*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

estrictamente funcional aquí sólo existe una coerción mediante amenaza.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. Conclusiones y observaciones de *lege ferenda*

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

1. La regulación española de la coerción se caracteriza por consistir en un sistema complejo, compuesto por dos tipos alternativos: las amenazas condicionales (arts. 493 núm. 1 y 494 C.p.) y las coacciones violentas (art. 496 C.p.).

2. El criterio central que define la realización de uno y otro tipo se encuentra en el medio comisivo empleado: el uso de la amenaza como medio coercitivo realiza el tipo de amenazas condicionales, el uso de violencia, el tipo de las coacciones. La exacta demarcación entre uno y otro constituye la principal tarea que el texto legal español impone a la dogmática.

3. Para establecer la demarcación entre violencia y amenaza, lo más razonable y congruente con la decisión del legislador español es considerar como amenaza toda forma de conminación, ya sea que la irrogación del mal sea futura o inminente. Incluso en los casos en que ya se haya irrogado o se esté actualmente irrogando un mal, si el medio coercitivo consiste en la conminación de la continuación o reanudación de la irrogación de ese mal, la conducta debe calificarse como coerción mediante amenaza.

4. Tal como el núcleo de injusto de las coacciones consiste en un «impedir hacer o compeler a ejecutar», el núcleo de injusto de las amenazas condicionales se encuentra en la conducta de «imponer una condición». La formulación de la amenaza juega un papel esencial, pero subordinado; tal como la violencia en las coacciones, en las amenazas condicionales la amenaza representa el medio comisivo utilizado para imponer la condición. Dicho en otras palabras, las amenazas condicionales no son hipótesis de amenazas, sino de coerción: el único delito de amenazas que existe es el de las amenazas simples (art. 493 núm. 2 C.p.).

5. De lo anterior se deduce que en el ámbito de las amenazas condicionales es necesaria una interpretación funcional del concepto de amenaza, entendida como amenaza coercitiva. Independientemente de lo que se estime correcto para el delito de amenazas (simples), ni la existencia de un peligro objetivo para el bien amenazado, ni tampoco la producción actual o potencial de un efecto mental penoso para él son requisitos típicos de las amenazas condicionales. Como principio general, sólo cuenta la idoneidad de la amenaza respecto del resultado de constreñimiento del comportamiento ajeno.

6. Esta interpretación funcional del concepto de amenaza ha de complementarse sin embargo con criterios normativos, que permitan fundamentar la distinción que el Código efectúa entre el uso de la amenaza y el uso de cualquier otro medio compulsivo de coerción.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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