Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 188-204

Traducciones

OBSERVACIONES NO ORTODOXAS SOBRE EL TIPO OBJETIVO DE LAS COACCIONES* **

Prof. Dr. Dr. *h.c.* mult. Günther JAKOBS (em.)

Fecha de recepción: 22 de abril de 2018
Fecha de aprobación: 24 de mayo de 2018

Quien lea el siguiente artículo tal vez tenga dudas al comienzo, pues se lo invita a enfrentar los dogmas de la doctrina tradicional[1] con la propia razón. Es decir, con impulso iluminista.[2] Quien solo desee practicar la asignatura Derecho puede interrumpir la lectura aquí. En cambio, sea alentado a continuar leyendo quien tenga la esperanza de que junto a la mera información sobre las teorías tradicionales y sus adornos también se puede practicar la ciencia jurídica. Podrá estar de acuerdo o no con las explicaciones: al menos habrá buscado lo racional junto con el autor de este trabajo.

* Traducción del alemán de José R. Béguelin (Universidad de Buenos Aires). Originalmente publicado en la revista JuS (Juristische Schulung), fascículo 2/2017, pp. 97-102, con el título "Unorthodoxe Bemerkungen zum objektiven Tatbestand der Nötigung". Se ha decidido mantener, en la medida de lo posible, el estilo de citas original.

** La versión española de este artículo está dedicada al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro (Universidad Autónoma de Madrid) y se publica en paralelo en "Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje a Agustín Jorge Barreiro".

[1] La más reciente —y muy profunda— presentación de las teorías defendidas sobre la coacción se halla en LK-*Altvater* (Laufhütte *et al.* [comps.], Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, t. 7/2, 12.ª ed., 2015), § 240, n.º m. 7–75. Más detalladamente sobre el punto de vista "no ortodoxo" defendido aquí, *Jakobs*, Nötigung. Darstellung der gemeinsamen Wurzel aller Delikte gegen die Person, 2015, p. 14 ss., con más referencias en p. 47, nota 4.

[2] *Kant*, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung, obra en seis tomos (edición Weischedel), t. VI, 1964, p. 53 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

I. Compendio de la historia del tipo de las coacciones

El derecho está unido a la facultad de coerción;[3] según esto, una sociedad normativamente (jurídicamente) estructurada siempre desarrolla coerción estructural. Frente a esta situación, un delito de coacciones no puede abarcar *toda* coerción contra una persona, sino, en todo caso, la coerción contraria a derecho. Que en caso necesario la observancia de las reglas de tránsito se logre por la fuerza, que, dado el caso, se pueda imponer forzosamente que el desarrollo de los negocios sea según el Código Civil, el Código Comercial y otras leyes, incluidas las tributarias, que en el matrimonio se pueda instar al otro a cumplir con sus deberes básicos bajo amenaza de revocar el vínculo, que un empleador pueda amenazar a su empleado con despedirlo para que cumpla sus deberes, etc., todo esto, por cierto, es coerción, pero es la coerción estructural e inmanente de un ordenamiento jurídico establecido. En tales supuestos, el efecto coercitivo no está *justificado* acaso por el ordenamiento jurídico (es decir, no es una restricción *excepcional* de una libertad en sí existente), antes bien, es el caso normal en un ordenamiento jurídico establecido que, comoquiera que sea, no conoce una libertad ilimitada.

Frente a esta situación, no sorprende que históricamente, al comienzo, solo la coerción inequívocamente ilícita fuera alcanzada por el derecho penal, como p. ej. la violación, el calabozo privado, el robo. Alrededor de 1800 se desarrolló, "mediante el trabajo previo de los filósofos"[4], o sea, como efecto de la filosofía de la Ilustración, en especial en virtud de su giro contra las libertades *estamentales* y a favor de la libertad *general* burguesa, la necesidad de una protección amplia de la libertad frente a la coerción ilícita.[5] Esta necesidad no era fácil de satisfacer, dado que, en razón de la coerción inmanente a toda sociedad normativamente estructurada, no *toda* coerción puede prohibirse y que, además, de la coerción no cubierta por el derecho se deben

[3] *Kant*, Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 2.ª ed., Werke (nota 2), t. 4, 1963, p. 303 ss., 338 s. (Introducción § D). El concepto de derecho de *Kant* tiene como contenido el aseguramiento de iguales libertades de las personas, es decir, es más que una función *de toda* coerción —pero esto no tiene importancia decisiva aquí—.

[4] *Tittmann*, Beiträge zu der Lehre von den Verbrechen gegen die Freiheit insbesondere von dem Menschenraube und der Entführung, 1806, introducción.

[5] Respecto de los condicionamientos sociales del tipo penal de las coacciones, *Timpe*, Ist die Nötigung ein Delikt gegen die Freiheit?, en: *ídem*, Beiträge zum Strafrecht, 2014, p. 145 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

filtrar los casos merecedores de pena. Los intentos de solución se centraron en medios típicos drásticamente antijurídicos: la violencia y la amenaza de cometer un crimen o un delito.[6]

Ambos medios típicos son mencionados —por la *primera* vía, dentro de dos vías posibles— en las leyes penales de los *Länder*, que tuvieron que ser dictadas tras el fin del Imperio Alemán (1806) porque el derecho penal imperial, es decir, la *Consitutio Criminalis Carolina* de 1532, perdió vigencia con el fin del Imperio. Si bien el Código Penal Prusiano de 1851[7] menciona como medio típico de las coacciones contra un órgano legislativo la "violencia o… la amenaza de perpetrar un crimen o un delito" (§ 83 del Código Penal Prusiano), sorprendentemente en el tipo básico de las coacciones solo menciona la amenaza (§ 212 del Código Penal Prusiano). Ya en su época esto fue recibido críticamente,[8] dado que con esa restricción la violencia, p. ej. a través del maltrato físico, podía ser castigada, por cierto, como lesiones físicas o como delito *especial* de coacciones que anuncian violencia,[9] pero no como un hecho del tipo *básico* de coacciones.[10]

La segunda vía se desarrolla sobre el derecho romano —el cual aun después de la disolución del Imperio siguió vigente como derecho común—, que sí conocía el *crimen vis*.[11] La prohibición

[6] Respecto de la historia, *Schaffstein*, Vom Crimen vis zur Nötigung, en: Warda *et al.* (comps.), Festschrift für Richard Lange, 1976, p. 983 ss.; *Fabricius*, Die Formulierungsgeschichte des § 240 StGB. Untersuchungen zur Entstehung und Entwicklung des Nötigungstatbestands, 1991; *Hruschka*, Die Nötigung im System des Strafrechts, JZ 1995, p. 737 ss.

[7] Reproducción de las citadas leyes en *Buschmann*, Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit. Die klassischen Gesetze, 1998. Un extracto específico sobre coacciones y extorsión se halla en *Jakobs*, Nötigung (nota 1), p. 47 s., nota 5.

[8] *Temme*, Lehrbuch des Preußischen Strafrechts, 1853, § 212 (p. 879 ss.).

[9] Las lesiones físicas como *vis compulsiva* pueden ser catalogadas como un anuncio de otras lesiones de la amenaza.

[10] La Ley común general de los Estados Prusianos (ALR) de 1794 (Parte II, Título 20, § 1077) menciona la violencia como medio para (1) detener y (2) encerrar y, por lo demás, (3) en general para coaccionar a alguien a hacer "algo en contra de su voluntad"; es muy difundida la referencia de la violencia también a la tercera acción típica, pero "coaccionar contra la voluntad a algo con violencia" sería una formulación cuando menos extraña, con la consecuencia, también extraña, de que en la Ley común general de los Estados Prusianos (ALR) *solo* la violencia sería un medio típico y, luego, en el Código Penal Prusiano súbitamente *solo* lo sería la amenaza.

[11] La fuente del *crimen vis* está en D. 48. 6, 7. Al respecto, *Köstlin*, System des deutschen Strafrechts, Sección II, Abhandlungen aus dem Strafrechte, compilado por Geßler, 1858, p. 417 ss.; *Mommsen*, Römisches Strafrecht, 1899, p. 784 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de la *vis* sirve a la seguridad pública;[12] dicho coloquialmente, se trata de una prohibición de "alborotos" que perturban la seguridad: presencia ostensiblemente armada en lugares públicos, disturbios, perturbación de un sepelio, riñas. No, obstante, la doctrina de la época del *crimen vis*, en la cual se destacan especialmente los escritos del penalista *Wächter*, de Tubinga,[13] enderezó el *crimen vis* hacia la protección individual, que era sugerida por el espíritu de esos tiempos, y esto tuvo la ventaja de poder emitir una prohibición de las coacciones como derecho penal que ya estaba vigente. Esta vía condujo al entendimiento, hasta ahora no superado, de considerar la violencia como un emprendimiento con fuerza dirigido contra el cuerpo de la víctima; esto será tratado más adelante (*infra* II.).

El "alboroto" es indicio de la antijuridicidad de la conducta tanto como lo es la amenaza de cometer un delito y, así, ambos medios típicos son combinados —como ya lo estaban antes en algunas leyes de los *Länder*— en el Código Penal de la Confederación Alemana del Norte (1870) y a continuación en el Código Penal del Reich (1871) (en ambos casos se trata del § 240). Por su traslado puramente jurisprudencial-conceptual desde el ámbito de la seguridad pública hacia el contexto diferente de la protección individual, el empleo del concepto de violencia proveniente del *crimen vis* puede ser caracterizado como el pecado original en el desarrollo de una prohibición de las coacciones que proteja indirectamente a las personas. Con el Código Penal de la Confederación Alemana del Norte y el Código Penal del Reich surge el segundo pecado, pues en las coacciones especiales por valores patrimoniales, es decir, en la extorsión, el medio típico "amenaza" ya no se restringe a un crimen o delito que se tiene en miras condicionalmente, sino que antes bien se amplía a la amenaza —sin atributos— (§ 253 del Código Penal de la Confederación Alemana del Norte y del Código Penal del Reich). La razón de la inmensa ampliación de este medio típico son los casos de *chantaje*: la víctima es coaccionada a pagar una compensación bajo la amenaza de hacer pública —¡de manera permitida!— una situación vergonzosa hasta ahora desconocida.

[12] Es así no solo en el *crimen vis publicum*, sino también en el *crimen vis privatum*: el último comprende riesgos menores para la seguridad, pero no sirve a la protección individual, sino antes bien, del mismo modo, a la *securitas publica*; *Köstlin*, System (nota 11), p. 425.

[13] *Wächter*, Über das Crimen vis, NArch t. 11, p. 635 ss., 646 s.; *ídem*, Revision der Lehre vom Verbrechen der Gewaltthätigkeit (crimen vis), NArch t. 12, p. 341 ss.; NArch t. 13, p. 1 ss., 195 ss., 374 ss. Tajantemente en contra de *Wächter*: *Köstlin*, System (nota 11), p. 424 s.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

¿Por qué esta ampliación de la amenaza es (otro) pecado original? Solo lo es en el contexto de un delito contra la *libertad*; pues el anuncio —incondicional o condicionado— de una conducta *permitida* no restringe la libertad del destinatario; antes bien amplía esa libertad en el caso del anuncio condicionado. Porque la víctima, en vez de tener solo la posibilidad de tolerar la conducta permitida, tiene la alternativa de tolerarla o de ceder y aceptar la condición puesta, y esto es un plus de libertad.[14] En contra de esta obviedad —*sit venia verbo*— hay objeciones frecuentes, como p. ej.: "… la cuestión decisiva para las coacciones no es lo que se puede hacer u omitir, sino con qué se puede amenazar".[15] Cuando se pregunta con más precisión por qué no sería posible amenazar con una conducta permitida, surge enseguida la respuesta: si es que no se puede amenazar con una conducta permitida, entonces la razón de esta prohibición no se halla en la protección de la libertad, sino que debe ser fundada de otra manera.

A los juristas de la primera mitad del siglo XX no se les escapó el problema y hay una gran bibliografía[16] que intenta fundar en dónde ha de buscarse el ilícito; al respecto, se reconoce aisladamente que la amenaza ilimitada no es compatible con las coacciones como delito contra la libertad,[17] especialmente cuando el estímulo para el "acuerdo" proviene de la "víctima".[18] A modo de ejemplo, la víctima por sí misma le ofrece a una persona que sabe de sus "infidelidades" un pago de dinero por su silencio (acaso a cambio de la entrega del material probatorio).

[14] *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, 2001, p. 272 ss., 282 ss.; *Lesch*, Die Nötigung als Delikt gegen die Freiheit, en: Rogall *et al.* (comps.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi, 2004, p. 483 ss.; *Jakobs*, Nötigung (nota 1), p. 25 ss., con más referencias en p. 54 s., nota 65.

[15] S/S-*Eser/Eisele* (Eser [redacción general], Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29.ª ed., 2014), § 240, n.º m. 20a; en esencia, la doctrina ampliamente mayoritaria argumenta de tal manera.

[16] *Goldschmidt*, Die Strafbarkeit der widerrechtlichen Nötigung, 1897, p. 3 ss. (amenaza contraria a derecho o finalidad contraria a derecho; falta de conexidad —similar al entendimiento actual de la reprochabilidad—); *Nipperdey*, Grenzlinien der Erpressung durch Drohung, 1917, p. 86 ss. (¿puede obtenerse la ventaja también por vía legal?); *Engelhard*, Das Chantage-Problem im geltenden und künftigen deutschen Strafrecht, 1912, p. 52 (¿está dado "el elemento económico" ya en la "situación"?); *Klee*, Der Erpressungsbegriff auf vertragsrechtlicher Grundlage, 1911, p. 115 (lo que decide es el "efecto psicológico"). La discusión, que en su época fue muy extendida, es resumida por *Frank* —aunque se trata de la delimitación entre derecho y moral—: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18.ª ed., 1931, § 253, nota II. 2.

[17] *Kollmann*, Die Lehre von der Erpressung nach deutschem Recht, 1910, p. 75 (sin embargo, se aparta de las conclusiones).

[18] Esto también es posible en las amenazas que restringen la libertad. A modo de ejemplo, el estudiante débil que es amenazado con una golpiza por el más fuerte de la clase le ofrece, por sí mismo, una tableta de chocolate para que no le pegue; el más fuerte acepta.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

La discrepancia entre la extorsión con el amplio medio típico "amenaza" y las coacciones básicas con la más restringida "amenaza con un crimen o un delito" fue superada en 1943, pero, tal como era de esperar en tiempos nacionalsocialistas, no fue a favor de una juridificación del tipo de la extorsión, sino —tercer pecado original— a favor de una versión moralizante de las coacciones básicas:[19] ambos tipos penales (§ 240, ap. 1, y § 253, ap. 1, StGB) contienen como medio típico tanto la "violencia" como la "amenaza con un mal grave" y la antijuridicidad del hecho es vinculada con una contradicción al "sano sentir del pueblo" (en ambos casos en el ap. 2). Esa situación legal sigue vigente aún hoy,* y el reemplazo de 1953 de la lesión del "sano sentir del pueblo" por la valoración del hecho como "reprochable" es, antes bien, una modificación marginal.[20]

II. Violencia: del crimen vis al efecto coercitivo

Los tres pecados originales mencionados —(1) ¿concepto de violencia especialmente en un delito contra la persona?; (2) ¿chantaje y conductas similares como parte de un delito contra la

[19] Del mismo modo fue precursora, en 1941, la introducción del elemento del homicidio "por motivos viles", inaceptablemente moralizante, en el § 211, ap. 2, StGB (en un Estado totalitario se confunden derecho y moral); aun después de los tiempos nacionalsocialistas, este elemento no fue entendido de manera jurídica, sino antes bien moralizante, en especial en BGH, t. 3, p. 132 s.: "según una valoración moral general [se halla] en el más bajo nivel". La bibliografía más moderna se esfuerza por una juridificación según la cual el asesinato es entendido como un homicidio sin razones frente a la víctima; al respecto, en detalle, *Müssig*, Mord und Totschlag. Vorüberlegungen zu einem Differenzierungsansatz im Bereich des Tötungsunrechts, 2005, p. 243 ss., 252 ss.; *Grünewald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, p. 144 ss., 368 ss.

* N. del T.:

§ 240 StGB Coacciones

(1) Quien con violencia o con amenazas de un mal grave coacciona antijurídicamente a otro a actuar, tolerar u omitir, será reprimido con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa.

(2) El hecho es antijurídico cuando el uso de violencia o la amenaza del mal para lograr el fin perseguido deban ser considerados como reprochables.

§ 253 StGB Extorsión

(1) Quien con violencia o con amenazas de un mal grave coacciona antijurídicamente a otro a actuar, tolerar u omitir, y así le irroga un perjuicio al patrimonio del coaccionado o de un tercero para lograr un enriquecimiento ilícito propio o de un tercero, será reprimido con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa.

(2) El hecho es antijurídico cuando el uso de violencia o la amenaza del mal para lograr el fin perseguido deban ser considerados como reprochables.

[20] En 1998, la víctima fue especificada como "persona"; antes decía "otro". Este cambio de nombre excluye innecesariamente las coacciones y extorsiones contra personas jurídicas; al respecto, *Wallau*, Der „Mensch" in §§ 240, 241, 253 StGB und die Verletzung der Rechte juristischer Personen, JR 2000, p. 312 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

libertad?; (3) ¿reprochabilidad como concepto jurídico?— impiden hasta hoy una concepción armónica de las coacciones; con todo, el conocimiento de lo que *no es* una concepción armónica abre la puerta para una mejor concepción. Comencemos por el concepto de violencia. Es palpable que hay un número casi indecible de equivalentes funcionales[21] de la fuerza física (de los "alborotos") como menoscabos de la libertad personal;[22] a modo de ejemplo, en vez de retener a la víctima por la fuerza, el autor sin esfuerzos le cierra la cerradura de la habitación en la que se encuentra. No obstante, el Tribunal del Reich[23] decidió que narcotizar en secreto a la víctima (mediante la preparación de un trago) para poder robarle no es violencia (no es un robo): "El derecho alemán vigente, siguiendo el uso habitual del lenguaje, en su desarrollo histórico desde las más antiguas definiciones hasta el presente, entiende por violencia exclusivamente la eliminación —lograda mediante el empleo de fuerza física— de una resistencia efectivamente ofrecida o ciertamente esperable y, por lo tanto, que de antemano debe ser superada mediante fuerza física".[24] Así puede, incluso un alto tribunal, perder el merecido respeto por sus fallos; pues mucho antes de esta decisión, precisamente el mismo tribunal entendió un encierro como una retención *violenta*[25] (pero, curiosamente, no el hecho de dejar afuera)[26], el mero plantarse en el camino como una obstrucción *violenta*[27] y otros más.

En el centro de la nueva jurisprudencia se halla el problema de cómo han de ser valoradas las manifestaciones públicas no autorizadas que dificultan el tránsito vehicular "normal" o lo imposibilitan. La decisión más conocida del BGH[28] se refiere a un suceso en el que los estudiantes, en protesta contra el anuncio de un aumento de las tarifas de transporte público, masivamente se sentaron o se pararon en las vías del tranvía y, así, paralizaron el tránsito del centro de una gran ciudad (Colonia). El BGH atendió al "efecto coercitivo" psíquico generado en los conductores de los tranvías.[29] En una primera decisión, el Tribunal Constitucional Federal aprobó esta

[21] *Timpe*, Die Nötigung, 1989, p. 41 ss., 47 ss. y *passim*.
[22] *Supra*, texto correspondiente a las notas 11–13.
[23] *RGSt* t. 56, p. 87 ss.; criterio abandonado en *BGHSt* t. 1, p. 145 ss.
[24] *RGSt* t. 56, p. 88.
[25] *RGSt* t. 13, p. 49 ss.
[26] *RGSt* t. 20, p. 353 ss., 356; luego diferente, *RGSt* t. 69, p. 327 ss., 330.
[27] *RGSt* t. 45, p. 153 ss.
[28] *BGHSt* t. 23, p. 46 ss.
[29] *BGHSt* t. 23, p. 54.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

interpretación del concepto de violencia en un suceso que se desarrolló de manera similar;[30] en una segunda decisión[31] lo restringió: dado que la coerción ya está incluida en el concepto de coacciones, en las coacciones específicamente con violencia tendría que haber algo más que cualquier coerción.[32]

III. Violencia: lesión de derechos garantizados

¡Suficientes confusiones! El despliegue de fuerza, es decir, la vinculación con el *crimen vis*, es desechado por la nueva jurisprudencia; pero lo que lo reemplaza, el efecto coercitivo, es demasiado vago, tal como lo explicó el Tribunal Constitucional Federal en su segunda decisión sobre el concepto de violencia, recién mencionada: la vida social en su conjunto, como ya fue esbozado al comienzo (*supra* I.), está atravesada de efectos coercitivos, de tal manera que si se equipara violencia con coerción, el tipo de las coacciones, junto con la cláusula de reprochabilidad, se atrofia y las coacciones pasan a ser coerción reprochable, lo que no es otra cosa que el abandono de un juicio jurídico por uno moral. Por tanto, no hay que concebir la violencia como coerción en general, sino, antes bien, como coerción *que lesiona el derecho*, y esto no es particularmente difícil: la violencia logra un efecto coercitivo mediante la lesión de *determinados derechos*.

Con todo, sería precipitado calificar *toda* lesión de derechos en absoluto como violencia coactiva y, así, criminalizarla según el curso que siga. Antes bien, hay que diferenciar: (1) Algunas posiciones jurídicas le están *garantizadas*[33] a su titular, en el sentido de que puede defenderlas en

[30] *BVerfGE* t. 73, p. 206 ss., 233 ss., 261. La decisión resultó sumamente ceñida, con cuatro votos contra cuatro.
[31] *BVerfGE* t. 92, p. 1 ss., 11 ss., 17. Nuevamente, la decisión resultó sumamente ceñida, con cinco votos contra tres.
[32] El BGH, al que no le gusta que el Tribunal Constitucional Federal se meta en sus asuntos, esquivó hábilmente esta decisión en un caso de obstrucción de autopista (*BGHSt* t. 41, p. 182 ss., 184): respecto de los primeros automovilistas que llegaron al lugar del hecho, puede tratarse de un efecto coercitivo psíquico, pero a los siguientes automovilistas se les impidió continuar andando también de manera física (por parte de los primeros automovilistas) y, así, de modo calificado.
[33] Al respecto, *Jakobs*, Nötigung durch Gewalt, en: Hirsch *et al.* (comps.), Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, p. 791 ss., 799 ss.; *Timpe*, Nötigung (nota 22), p. 70 ss.; *Lesch*, Gewalt als Tatbestandsmerkmal des § 240 StGB, en: Pawlik *et al.* (comps.), Festschrift für Günther Jakobs, 2007, p. 327 ss., 333 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

legítima defensa cuando son amenazadas por una agresión antijurídica.[34] (2) Otras posiciones no están tan fuertemente garantizadas, sino que, en caso de ser amenazadas, tienen que ser aseguradas en un proceso judicial que solo en situaciones excepcionales puede ser reemplazado por la autotutela del titular del derecho. En primer lugar, pertenecen al primer grupo de derechos garantizados los conocidos derechos *absolutos* (vida, cuerpo, propiedad y otros más), cuya existencia está garantizada frente a todos, así como el derecho (similar a la propiedad común) a participar del uso común. A estos se suman los derechos frente a las personas especificadas en el derecho penal como *garantes* de protección de derechos absolutos, en especial los derechos a exigir una prestación de un garante. A modo de ejemplo, la persona obligada por injerencia u obligada institucionalmente al deber de cuidado lesiona un derecho garantizado si no cumple con su deber, por más que el forzar la prestación mediante legítima defensa quede *prácticamente* excluido. En caso de violación del deber (omisión del garante) tales garantes son tratados como personas que lesionan activamente un derecho absoluto.

Al segundo grupo pertenecen, en especial, los derechos por contratos de obligaciones*, a los que se suman los derechos que sean equiparables. Si bien estos derechos —p. ej., la pretensión de pago de una mercadería entregada— son garantizados en cuanto a su *existencia* (el antiguo acreedor que cedió su derecho y, no obstante, recibe la prestación del deudor con efecto liberador hacia este, lesiona un derecho garantizado), no lo son en lo atinente a su satisfacción. Entonces, que el contractualmente obligado no salde su deuda lesiona el derecho correspondiente del acreedor a recibir la prestación, pero este derecho no le está garantizado al acreedor. Antiguamente, el problema era resuelto de manera contraria en la filosofía del derecho —con argumentos estrictamente jurídicos—. Hoy todavía son conocidas las explicaciones de *Hegel*[35]: "La violación de

[34] Con todo, la legítima defensa puede ser restringida por razones que surgen de un ámbito *externo* a los derechos garantizados, es decir, que atañen a la *actuación* de esos derechos, pero no a su *concepto*. Este carácter *externo*, en especial en el caso de las restricciones de la legítima defensa en el tránsito vehicular, es desconocido por *Paeffgen*, Unzeitgemäße (?) Überlegungen zum Gewalt- und Nötigungs-Begriff, en: Samson *et al.* (comps.), Festschrift für Gerald Grünwald, 1999, p. 433 ss., 461 s.

* N. del T.: En el original en alemán, "obligatorische Verträge"; literalmente "contratos obligatorios", en el sentido de derechos personales, por contraposición a los derechos reales.

[35] *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1820/21, § 93, nota (aquí citado según: Hauptwerke in sechs Bänden, t. 5, 2015). Por lo demás, la formulación de *Hegel* (la violación del contrato como "coerción primaria o al menos violencia") es una refutación muy contundente de la afirmación —cómoda para la teoría tradicional— de que equiparar la violencia con una lesión de *derechos* garantizados excede el límite de las palabras (así, con insistencia, *Paeffgen*, Überlegungen [nota 34], p. 459, con numerosas referencias).

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

un contrato mediante la no prestación de lo estipulado… es coerción primaria o al menos violencia, en la medida en que yo… privo… de una prestación debida". Aun cuando hoy en día ya no se siga la equiparación de todos los derechos (de los garantizados y de los meramente exigibles judicialmente), queda un saldo de esta teoría: la violencia es concebida —aunque con demasiado alcance— como lesión *del derecho*.

Que se trata de la lesión de derechos garantizados lo demuestra también la antigua formulación de las amenazas (que hasta 1943 rezaba así en el RStGB respecto de las coacciones básicas): estas tienen que tener en mira un crimen o un delito. Los crímenes y los delitos lesionan derechos garantizados (contra estos es admisible la legítima defensa) y ante esta situación únicamente es consecuente concebir la violencia como delito no solo tenido en mira, sino ejecutado. A modo de ejemplo, una amenaza de confiscarle una cosa a la víctima (sin causa jurídica) si la sigue usando, equivale a la confiscación de la propiedad como violencia. Bajo esta interpretación, las coacciones con violencia son el delito básico de todos los delitos contra las personas[36] que tienen como efecto una modificación de la conducta de la víctima.[37] No obstante, la amenaza y la violencia tienen que ser concebidas de modo un poco más amplio; pues los derechos garantizados de los que debe tratarse no son protegidos todos también de manera *jurídico-penalmente* amplia. Así, p. ej., por regla general la propiedad no está asegurada penalmente contra un desapoderamiento temporal (son excepciones, p. ej., los casos abarcados por el § 248b), pero

"Violencia" es una palabra trillada y sin contexto no significa nada. En el contexto jurídico de un delito contra la persona —¡persona en el derecho es el portador de derechos y obligaciones!— significa, justamente, la lesión de los *derechos* constitutivos de la persona.

[36] Detalladamente, *Jakobs*, Nötigung (nota 1), también respecto de la solución de las relaciones de concurso, *passim*, p. 36 ss. No obstante, esta concepción presupone que los delitos contra la persona sean concebidos como lesiones de derechos garantizados, p. ej., la estafa como lesión del derecho garantizado a no ser engañado en asuntos patrimoniales; al respecto, *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, p. 65 ss., 139 ss.

[37] Falta tal modificación (falta una conducta forzada), p. ej., cuando el propietario de una gran biblioteca ni siquiera se da cuenta de que ha sido hurtado un libro o cuando los autores obstruyen una calle y las personas que tienen derecho a usarla no quieren hacerlo. Respecto de la consumación en delitos contra las personas: *Jakobs*, Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person. Zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils, en: Schünemann *et al.* (comps.), Festschrift für Claus Roxin, 2001, p. 793 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

sí se garantiza que no se llegue a tal desapoderamiento (y se lo puede impedir mediante legítima defensa).[38]

Entonces, con una interpretación jurídicamente consistente, la violencia debe ser concebida como lesión de derechos garantizados y la amenaza como anuncio condicionado de tal lesión jurídica. En esa medida, la cláusula de reprochabilidad es absolutamente superflua: el ilícito de tal conducta está dado siempre —fuera de las causas de justificación—.[39] A modo de ejemplo, con el desapoderamiento de un vehículo cuyo propietario está utilizando, este último es coaccionado de manera antijurídica a no usar más el objeto, pero en una situación de estado de necesidad justificante el desapoderamiento estaría justificado.

IV. Amenaza lesiva de la libertad vs. amenaza abusiva

En la jurisprudencia y en la doctrina tradicional no se llega a esta concepción jurídicamente consistente; antes bien, la violencia queda como elemento *jurídicamente* incierto y a su lado surge la amenaza ilimitada de un "mal grave" (en el tipo básico de las coacciones desde 1943 y en el tipo de la extorsión desde el Código Penal de la Confederación Alemana del Norte de 1870). Ambos concentran el medio típico en un "efecto coercitivo" y, con ello, en un acontecimiento que individualmente causa impresión, pero no en uno que sea también jurídicamente relevante. Con la ampliación del objeto de las amenazas a todo mal grave han de ser abarcados casos de chantaje y otros similares: se ejecutará una conducta mala para la "víctima", pero permitida, si la "víctima" no "paga" para que esa conducta no se realice. Ya se ha explicado,[40] y no es necesario dedicarle más palabras, que en tales casos no se trata de un delito contra la libertad de la persona (si acaso es un delito), dado que mediante esta vinculación condicionada se le da la posibilidad a la "víctima" de evitar la realización del mal (pero mediante la aceptación de otro mal).

[38] No obstante, la decisión del legislador de no proteger *penalmente* ciertas áreas de derechos garantizados no puede ser burlada por medio de llenar las *lagunas intencionales* con la aplicación del tipo penal de las coacciones (efecto de bloqueo). A modo de ejemplo, si el desapoderamiento temporal de un bote de remo ajeno no es penado como delito contra la propiedad (a pesar de la injerencia en el derecho garantizado a la "propiedad"), esa laguna no puede ser llenada por medio de que *la mera imposibilidad de usar el bote* sea tratada como coacción. Detalladamente al respecto, también sobre los polémicos casos de desapoderamiento temporal de accesorios ortopédicos, *Jakobs*, Nötigung (nota 1), p. 38 ss.

[39] Muy controvertido; de otra opinión, LK-*Altvater* (nota 1), § 240, n.° m. 94, 102 ss. con referencias bibliográficas.

[40] *Supra*, texto correspondiente a la nota 14 s.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

Entonces, si en los casos de chantaje y otros similares no puede ser que se trate de un delito contra la libertad, en el anuncio condicionado de una conducta permitida puede haber otro ilícito, pero ilícito en fin. Para esclarecerlo se recurrirá una vez más a una decisión —también muy conocida— del BGH.[41] Los hechos (simplificadamente) son los siguientes: un detective de una tienda comercial sorprende hurtando a una mujer que solo tiene dieciséis años. Cuando, en la oficina, el detective toma apuntes de lo sucedido, la ladrona pide desesperadamente no ser denunciada. El detective le da cita fuera de la tienda y allí manifiesta que "'cajoneará' la denuncia" a cambio de favores sexuales. La conducta exigida no se realiza. ¿Se da una tentativa de coacción? Una particularidad del caso reside en que —según cómo sea entendida la manifestación del detective— se amenaza con una *omisión* (no evitar que la denuncia sea tramitada por terceras personas) y, por cierto, con una omisión a la que el detective está obligado por el derecho laboral y a la que tiene derecho frente a la "víctima", de manera que si él omite no le inflige ningún mal. No obstante, la "víctima" se halla en una situación de apremio —en este caso: causada por su propia culpa— y solo por ello el amenazante tiene una posibilidad fáctica de conseguir lo deseado o, más precisamente, lo exigido. *Explotación de una situación de apremio para provecho propio, a pesar de que está permitido que uno se niegue por completo frente a la "víctima"; esta es la estructura del abuso de una situación de apremio* (§ 291, ap. 1, 1.ª oración, StGB), de manera que la extorsión, desde el Código Penal de la Confederación Alemana del Norte de 1870, y las coacciones básicas, desde 1943, conocen junto a la realización del tipo con restricción de la libertad también una variante abusiva y solo esta última forma de cometer el ilícito precisa de una cláusula de reprochabilidad (§ 240, ap. 2, § 253, ap. 2, StGB).

¿Cuál es el fin de protección del delito de abuso de una situación de apremio? No puede ser la libertad del abusado, pues el autor podría negarse por completo, de manera impune. A modo de ejemplo, la "víctima" corre de una institución financiera a otra y no consigue crédito, sino negativas; el último banco cumple su deseo, pero a cambio de intereses abusivos. ¿Por qué las personas de los primeros bancos que se negaron resultan impunes, mientras que la del último banco, que otorgó el crédito, debe ser penada por abuso de una situación de apremio? Para esta pregunta hay diversas respuestas en la bibliografía,[42] pero en los últimos tiempos la respuesta dice

[41] *BGHSt*, t. 31, p. 195 ss.; al respecto, con referencias detalladas de las reacciones de la bibliografía, LK-*Altvater* (nota 1), § 240, n.º m. 85–88.
[42] Referencias en LK-*Wolff* (nota 1, t. 10, 2008), § 291 n.º m. 3; *Laufen,* Der Wucher (§ 291, ap. 1, 1.ª oración, StGB), 2004, p. 12 ss., 20 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

que quien sufre el abuso es protegido, en todo caso, de manera indirecta,[43] mientras que el principal protegido es el propio ordenamiento económico, que pierde aceptación por la excesiva liberalidad.[44] De la misma fuente se nutre lo ilícito (lo reprochable; aquí sin dudas tienen una función el § 240, ap. 2, y el § 253, ap. 2, StGB) de las coacciones abusivas. El trato liberal de las personas entre sí, la interacción, muestra su verdadera cara —se hace cínico— cuando la drástica debilidad de una persona es explotada en beneficio propio. Aquí se protegen las reglas mismas de la interacción y solo de manera indirecta se protege a quien padece la coacción abusiva que, con arreglo a ello, es caracterizada como "víctima" (entre comillas).

Un ordenamiento, ya sea un ordenamiento económico o un ordenamiento de la interacción en ámbitos no económicos, siempre tiene un "fundamento de negocios" y cuando este falta, las reglas del ordenamiento solo pueden ser aplicadas *nominalmente*, pero ya no de manera *legítima*. Si en la práctica se aplica el ordenamiento de modo solo nominal, el ordenamiento pierde aceptación y, así, cimentación *cognitiva*, de las cuales también precisa un instituto normativo para poder orientar en el día a día.[45] Por ello, la cláusula de reprochabilidad del § 240, ap. 2, y del § 253, ap. 2, StGB debe ser interpretada en el sentido de que es "reprochable" la conducta que socava la vigencia del *derecho*, pero no aquella que de algún modo es, p. ej., contraria a la moral.

La doctrina tradicional llega a esta conclusión mediante la aplicación de un llamado principio de conexidad:[46] cuando la conducta forzada y el mal amenazado pueden ser entendidos como *un solo* hecho vinculado ("conexo") según una valoración social general, la amenaza es catalogada como no reprochable. Tal es el caso, en particular, cuando se exige el pago de la indemnización del daño producido por un delito a cambio de no hacer la denuncia penal, o cuando como muestra

[43] Con acierto, en el § 291, ap. 1, StGB la ley no distingue, respecto del abuso (en lo que aquí interesa, abuso de una situación de apremio), que la situación de apremio haya sido causada por propia culpa o que la situación haya acometido fatalmente a la "víctima", p. ej., ya sea que la situación fue el resultado de su vida desenfrenada o bien de una enfermedad "inmerecida".

[44] Lo protegido sería el "funcionamiento de la economía conforme al ordenamiento", así *Otto*, Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 7.ª ed., 2005, 61/124, o "la libertad contractual… como institución de nuestro ordenamiento jurídico", así *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil, 2.ª ed., 2008, p. 105. Al respecto, más detalladamente, *Jakobs*, Nötigung (nota 1), p. 29 ss.

[45] Más detalladamente, *Jakobs*, Normative Erwartungen, en: Dencker *et al.* (comps.), Festschrift für Klaus Tolksdorf, 2014, p. 281 ss., 283 ss.

[46] Extensamente sobre los factores que deben ser tomados en consideración al averiguar la reprochabilidad, LK-*Altvater* (nota 1), § 240, n.º m. 93 ss., 102 ss.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

de arrepentimiento se exige un pago a una "caja de pobreza"; esto último podría ser bastante problemático en razón de la consecuente privatización de la justicia penal. En el caso presentado *supra* del detective lujurioso[47] debería aceptarse, con esta regla, una coacción abusiva precisamente por falta extrema de conexidad, y ello es correcto en ese supuesto. Un caso-límite delicado: el autor conoce una grave debilidad de la "víctima" que, sin lesionar ningún derecho de ella, en especial sin lesionar su derecho a la personalidad, podría ser puesto a disposición de la prensa a cambio de un considerable pago de dinero, y él le anuncia a la víctima que renunciará a publicarlo si ella le paga la misma suma (probablemente todavía hay conexidad).[48]

Sin embargo, el camino hacia la conclusión —en este caso correcta— recorre en parte el campo equivocado: para definir la antijuridicidad no se debe atender a cualquier tipo de inconexión, sino, más bien, específicamente a una inconexión *jurídica*, es decir, al vínculo entre posibles conductas por cierto inconexas, pero, en todo caso, entre posibles conductas *jurídicas*. Esto tiene incidencia en aquellos casos en que el autor tiene en miras una violación del derecho que a la "víctima" le resulta grata, o cuando le exige una violación del derecho que lo pone en una mejor situación. A modo de ejemplo, el caso ya disecado varias veces del detective que explota su poder de hecho[49] puede modificarse en el sentido de que (1) el detective tiene en miras impedir la denuncia a través de una *frustración de pena* (§ 258, ap. 1, StGB)* o (2) vincula la evitación de la denuncia —mediante frustración de pena o no— con la comisión de un delito por parte de la "víctima". Por más inconexa que sea tal vinculación, no es una vinculación jurídicamente relevante, dado que el derecho *per definitionem* no puede garantizar que *fuera* de su ámbito se desarrolle todo en orden. Un ejemplo de abuso de una situación de apremio puede aclararlo: el locador, un encubridor, otorga la vivienda a cambio de la promesa del inquilino de entregas permanentes de cantidades considerables de productos provenientes de delitos, o exige un alquiler exorbitante pero a cambio promete ocultar de la policía al inquilino delincuente. Enseguida debería saltar a la vista que no hay un mercado jurídicamente reconocido para tales prestaciones

[47] Texto correspondiente a la nota 41.
[48] Ver *supra* nota 16 respecto de *Engelhard* y *Nipperdey*.
[49] De nuevo, texto correspondiente a la nota 41.
* N. del T.:
§ 258 StGB Frustración de pena
(1) Quien a sabiendas o intencionalmente frustre en todo o en parte que otro sea penado o que sea sometido a una medida de seguridad (§ 11, ap. 1, n.º 8) en virtud de un hecho antijurídico según la ley penal, será reprimido con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

(frustración de pena) o contraprestaciones (entrega de productos de origen delictivo) y, con ello, no hay un precio jurídicamente relevante: el abuso de una situación de apremio queda excluido, porque falta un "precio normal" jurídicamente válido.[50] El traslado de estas conclusiones a las interacciones sin valor económico debería ser sencillo: en las variantes del caso de partida, formuladas al comienzo de este párrafo, no se puede establecer una reprochabilidad *jurídicamente* determinada, pues no hay precios jurídicamente reconocidos para las conductas delictivas (p. ej., para una frustración de pena). A modo de pregunta concreta, ¿a partir de cuándo el precio que exige el matón es abusivo y a partir de cuándo el que le da el encargo al matón lo explota casi como a un esclavo? El problema es conocido en el concepto patrimonial de la estafa, aun cuando allí se resuelve en general de manera incorrecta, porque no se atiende al valor jurídico, sino al valor fáctico que se puede lograr en el "inframundo".[51] El derecho procura un *fair play* entre malhechores. ¡Un absurdo!

¿Entonces el ordenamiento jurídico "deja tirada" a la "víctima" en casos en que el autor ha creado una conexión con una conducta antijurídica? Pues sí. Esto es así porque la "víctima" ya desde antes no recibe protección jurídica en la medida en que la realización del mal no le inflija un perjuicio *jurídico* y es por ello que la "víctima" tampoco está en el centro de las coacciones abusivas, sino el propio ordenamiento *jurídico*.

V. Conducta coaccionada

Para consumar las coacciones es necesario que el autor "coaccione a actuar, tolerar u omitir" (§ 240, ap. 1, § 253, ap. 1, StGB) con violencia o con una amenaza que anuncie una pérdida de libertad o que esté configurada de manera abusiva.[52] De esta formulación se infiere (1) —con acierto— que el mero ser afectado por el medio coactivo no alcanza para la consumación y (2) —desacertadamente— que la *vis absoluta* no es un medio coactivo idóneo, dado que excluye una

[50] Por tanto, tampoco pueden ser valorados como coacciones (abusivas) los casos tratados por *Hoven* —acertado en las conclusiones— (Nötigung durch Bestechlichkeit? – Ein Beitrag zum Verständnis der Nötigung durch Drohung mit einem rechtmäßigen Unterlassen, ZStW, t. 128 [2016], p. 173 ss.), en los que los funcionarios amenazan con no querer dar preferencia a un licitador si no paga un soborno: para una preferencia antijurídica no existe ningún "precio de mercado" jurídicamente reconocido.

[51] "Clásico", p. ej., *BGHSt*, t. 2, p. 364 ss. ("caso del torno"). Detalladamente contra la valoración supuestamente "económica", *Pawlik*, Verhalten (nota 36), p. 263 ss.

[52] Según el Ley común general de los Estados Prusianos (ALR): coaccionar "contra su voluntad a algo"; según el Código Penal Prusiano: coaccionar "a una acción u omisión".

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

conducta imputable a la víctima.[53] Respecto de la primera conclusión: quien constata un acto de violencia en su contra, pero no ve una razón para modificar su conducta, no es coaccionado, sino que, antes bien, se comporta *sua sponte*, independientemente del acto de violencia. A modo de ejemplo, el propietario de una biblioteca ve que un usuario sustrae un libro; el propietario no hace nada, dado que quiere evitar un escándalo y de todas maneras no necesita el libro. Respecto de la segunda conclusión: se pierde el contexto de coacciones (es decir, queda en una jurisprudencia de conceptos) si el "actuar" es entendido como el equivalente al concepto de acción de la estructura del delito y "tolerar" y "omitir", analógicamente, también lo son; pues las coacciones como delito contra la libertad (por lo visto, en el caso de las coacciones abusivas el problema no juega ningún rol) están consumadas cuando, en virtud del medio coactivo, se llega a una *modificación* de la conducta voluntaria, y esta modificación está dada tanto en caso de un cambio coaccionado de una conducta determinada a otra, como en caso de un cambio de una conducta a una no-conducta. A modo de ejemplo, quien golpea a la víctima hasta dejarla inconsciente para que no pueda hacer lo que iba a hacer, provoca una modificación de la conducta. En el caso-límite, basta para la consumación de las coacciones incluso la prolongación de una no-conducta, así, p. ej., cuando en el caso recién mencionado el autor, más tarde, vuelve a golpear a la víctima para que no se despierte y no pueda continuar lo que estaba haciendo.

En conclusión, "actuar, tolerar u omitir" deben ser interpretados en el contexto de un delito contra la libertad y no según la jurisprudencia de conceptos (además, ¿qué concepto de acción, según la estructura del delito, debería aplicarse: el causal, el final u otro?): la víctima es forzada a no utilizar el ámbito de libertad que le corresponde y que utilizaría si no existiera tal coerción; no se exige más que eso. Por tanto, el homicidio es la violencia más grave,[54] a menos que de todos modos la víctima se halle en un estado de inconsciencia irreversible. Por último, se pueden formular, entonces, unas palabras de conciliación frente a la doctrina tradicional, que ha sido tan

[53] *Köhler*, Nötigung als Freiheitsdelikt, en: Kerner *et al.* (comps.), Festschrift für Heinz Leferenz, 1983, p. 511 ss.; *Hruschka*, Nötigung (nota 6), p. 737 ss.; MüKo-*Sinn* (Joecks *et al.* [comps.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. 4, 2.ª ed., 2012), § 240, nota 10; *Paeffgen*, Überlegungen (nota 34), p. 454.

[54] *Paeffgen* (Überlegungen [nota 34], p. 454), no obstante, alega que el autor de un atentado no coacciona a su víctima a tolerar la muerte. Pero esto soslaya el problema: lo que se coacciona es que la víctima abandone ulteriores decisiones de voluntad, es decir, que modifique su conducta a la manera del cambio de una conducta voluntaria a una no-conducta.

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
http://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/

regañada aquí: las coacciones contra la libertad afectan —según la doctrina tradicional—[55] la protección de la *actuación* libre de la voluntad, pero también la protección de su libre *formación*.[56]

VI. Nota final

Es posible, entonces, ordenar la mezcolanza de la doctrina tradicional —concepto impreciso de violencia, amenaza con una conducta permitida en un delito contra la libertad, reprochabilidad como concepto jurídico— de tal manera que se logre un continuo, es decir, un orden que oriente estos elementos hacia lo *jurídico*: violencia como quiebre de *derechos* garantizados, amenaza con una conducta permitida como coacción no lesiva de la libertad pero sí *abusiva*, reprochabilidad como perturbación de la fuerza monitoria de instituciones *jurídicas*. La doctrina tradicional, sin embargo, no piensa en una renuncia tal, sino que continúa nutriéndose de las fuentes históricas y la costumbre, absolutamente insuficientes.

[55] LK-*Altvater* (nota 1), § 240, n.º m. 1, con referencias.

[56] Divergentes, los mencionados en la nota 53, quienes, no obstante, en el caso principal (el autor quiebra la custodia de la víctima mediante su homicidio doloso) difícilmente podrán construir un robo con consecuencia de muerte (§ 251, StGB).

DR © 2018. En letra. Derecho penal
https://www.enletrapenal.com/