

Título: Robo y extorsión: ¿dos tipos penales inconciliables?

Autor: Muchnik, Javier Darío

Publicado en: LLPatagonia. 2008 (agosto), 01/01/2008, 339

Cita: TR LALEY AR/DOC/2139/2008

Sumario: SUMARIO. I. Introducción.- II. La tesis del fallo.- III. Los tipos penales.- IV. Colofón.

I. Introducción

Los argumentos valorativos tendientes a restringir el alcance de algún tipo penal resultan condescendientes con los principios de legalidad y reserva, también con la función de ultima ratio que cabe asignarle al derecho penal. Asimismo resultan tributarios del principio de lesividad, en cuyo mérito solo puede considerarse al injusto penal como aquel que implica la lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico tutelado [\(1\)](#).

En este sentido la tipicidad se nutre para su conceptualización, de los límites que surgen de ambos principios en virtud de los cuales cabe referir que una conducta (comisiva u omisiva) solo puede resultar típica si comprende a los términos utilizados por el legislador para su concreción.

El expediente de acudir a interpretaciones que busquen limitar los alcances de un tipo objetivo no resulta, en este esquema, censurable en tanto estén orientados a hacer mas asequible los fines del derecho penal; el cometido de política criminal que lo concibe como ultima ratio [\(2\)](#) y los límites derivados de los principios de legalidad y reserva, adunado para el caso el principio de lesividad como base esencial para estimar la perspectiva material de afectación al bien jurídico, en el análisis de un hecho delictivo.

Otro ámbito de relevancia a los fines de hallar pautas normativas para limitar el alcance de un tipo penal resulta ser la distinción entre un "tipo de texto" y un "tipo de interpretación"[\(3\)](#), en virtud del cual o como consecuencia del cual se intenta "despejar" del tipo penal aquellas consecuencias fundadas en la literalidad de los términos utilizados por el legislador y así, acercar el derecho al hecho que se trata de juzgar. La idea es dejar fuera de la tipicidad aquellas conductas que, aún cuando puedan ser subsumidas en el tipo objetivo, resulten desfasadas de una aplicación razonable del juicio de subsunción. Así se suele echar mano de conceptos como: "expendibilidad de la moneda falsa"; "idoneidad del ardid"; "idoneidad de la falsedad documental"; "seriedad e importancia de la amenaza", etc. Se trata en síntesis, de situaciones donde el intérprete busca, en aras de los principios de política criminal y los principios limitadores del ius puniendi, incluir en el tipo penal aquellas conductas que en esencia motivaron su tipificación y, dejar fuera, aquellas que aún cuando se vinculen semánticamente, no se encuentren en el horizonte de proyección propio del injusto penal.

II. La tesis del fallo

El caso en comentario encierra la singularidad de su cautivante sencillez, frente a algunos interrogantes que pueden plantearse como consecuencia de su resolución.

La tesis defendida por el Tribunal, en cuanto aquí interesa, resulta ser aquella que predica la atipicidad del delito de extorsión, sobre la conducta del sujeto que luego de consumar el delito de robo, solicita o requiere una suma de dinero al damnificado o perjudicado por el hecho, a fin de indicar o facilitar el hallazgo de los objetos robados. Si bien, tal es la descripción que surge expresamente de la secuencia narrada en el fallo en comentario respecto del denominado "segundo hecho", referido al delito de tentativa de extorsión, más adelante en ocasión de ir precisando el hecho, se agregó una secuencia que podría importar otra manera posible de resolver el caso. Concretamente cuando se aludió al encuentro del autor con la víctima en la plaza de la localidad de Lamarque a efectos de ponerse de acuerdo en la devolución de los objetos robados a cambio de la entrega del dinero pedido: "...para obtener la devolución de las cosas robadas y que debía entregar el dinero en forma rápida porque los objetos de su propiedad que fueron sustraídos iban a ser llevados a otro lugar y en consecuencia no iba a poder recuperarlos".

La argumentación en tal sentido fue armada a partir del siguiente esquema: a) La intimidación propia del delito de extorsión resulta ser la misma que la exigida para el delito de coacción; b) el mal amenazado, característico de dicho delito, debe ser futuro; c) la ofensa producida por el hecho del robo resultó pretérita. Como consecuencia de ello no resulta posible intimidar a alguien mediante la amenaza de algo que ya ocurrió.

III. Los tipos penales

El tipo penal previsto en el artículo 168 del código penal castiga a quien: "... con intimidación...obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o la de un tercero...dinero...". El medio comisivo o coactivo resulta ser la intimidación, que por definición es aquella provocación que busca influir en la persona del sujeto pasivo a efectos de que éste deba optar entre dos males: O decide entregar el dinero o asume la posibilidad cierta de verse afectado por el mal puesto en perspectiva por el agente. En rigor, puede aceptarse que

nos encontramos frente a una coacción especificada por el objetivo perseguido por el autor.

El delito de coacción, previsto en el artículo 149 bis, 2do párrafo, del código penal, ostenta una sutil diferencia en tanto el medio comisivo o coactivo resulta ser el uso de una amenaza con el fin de obligar a la víctima a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. Aquí se hace referencia al "uso de una amenaza", en tanto en la extorsión se alude a la intimidación. La diferencia puede estar presente si se acepta que esta última busca incidir concreta y específicamente en la persona, en tanto la amenaza proferida puede no haber encontrado eco puntual en la víctima y no obstante resultar típica (4). Esto permitiría efectuar una distinción al momento de evaluar un hecho bajo el tipo de extorsión, cual es que a dichos fines los estándares normativos previstos por el delito de coacción no resulten tan lineales en su traslado.

En la coacción, la utilización o el uso de la amenaza permitirían sostener la necesidad de hallar pautas objetivas de imputación, a los fines de merituar el mal o daño con el que se amenaza, que se desentiendan de las particulares características del sujeto pasivo. En la extorsión, el medio coactivo previsto, nos está ya indicando sobre la relevancia de poner la mirada en la víctima, para observar la influencia que el mal anunciado le provocó. Lo paradójico del caso, desde una visión sistemática, es que el primero se encuentra incluido entre los delitos contra la libertad, en particular, contra la libertad individual. Y el segundo dentro de los delitos contra el patrimonio, con lo que la objetividad que se insinúa para un caso resulta contrastada con la individualidad del bien jurídico afectado y, por otro lado, la sustancia objetiva del bien jurídico patrimonial, se encontraría afectada por una situación atinente al sujeto perjudicado. De todas maneras resulta claro que la finalidad consumativa en la extorsión, cuyo objeto es el patrimonio ajeno, tiene en la intimidación solo al medio que debe utilizarse para dicho fin.

No es discutido sin embargo, que los requisitos del mal puesto en perspectiva por el agente, tanto en la coacción como en la extorsión, deba reunir ciertas características. Así se ha recurrido a las exigencias de que las amenazas sean graves, futuras, injustas, reales, se anuncien con seriedad, que el mal amenazado sea posible en su realización, etc. La sinonimia con la que se comprende a la intimidación como amenaza y a ésta como una intimidación, constituye la pauta por la que son aceptados tales requisitos a la hora de analizar la importancia, o mejor aún, la relevancia jurídico penal del mal puesto en perspectiva por el agente, tanto para el delito de amenazas como para el de coacción y desde allí a aquellos tipos penales que incluyen tal modalidad comisiva o coactiva (5). Esto permite aceptar también que no existan mayores disensos al momento de conceptuar a los delitos de amenazas y coacciones (arts. 149 bis 1º y 2º párrafo del código penal), como tipos penales residuales respecto de aquellos tipos penales que incluyen a los medios coactivos como nexos previos al resultado lesivo buscado por el agente. En éstos, el bien jurídico libertad que se encuentra también afectado, sede su espacio frente al bien jurídico preponderantemente lesionado (integridad sexual o patrimonio, por caso). Y es justamente lo que alerta al intérprete en la utilización de ejemplos extraídos de doctrina o jurisprudencia anterior al año 1968, momento a partir del cual recién adquieren delimitación autónoma en el código penal los delitos de amenazas y coacciones (6).

Las mencionadas exigencias requeridas para conceptuar el mal o daño que se profiere, resultan contestes con la idea referida al "tipo de interpretación", mediante el cual se busca dejar fuera de la tipicidad aquellas conductas que no admitan la razonabilidad de abarcar situaciones carentes de eficacia amenazante.

El fallo en comentario relevó a los dichos del acusado como insustanciales a los fines del delito de extorsión, en tanto se estimó que como el mal o daño con el que se quiere intimidar debe ser futuro, en el caso en juzgamiento la ofensa o mal ya había acontecido al momento de consumarse el delito de robo antecedente, motivo por el cual la no devolución de los objetos previamente robados no constituyó un "mal" amenazado a futuro.

Que el delito de robo importó la existencia de un daño o mal para la víctima, no puede discutirse. Que como consecuencia de ello podría esta albergar la expectativa de que los objetos robados le sean restituidos, también podría aceptarse. Y que la frustración certera de que ello ocurra podría ser interpretada como una consecuencia futura o al menos la renovación de un mal ya ocurrido (7), es lo que en su caso nos permitiría en cambio poder encuadrar la conducta de quien mediante la intimidación de destruir o hacer desaparecer a los objetos robados, pretenda obtener dinero del damnificado por el robo para que ello no ocurra, como constitutiva del delito de extorsión. Piénsese en el caso de un objeto que ostentando un escaso valor en el mercado, sin embargo guarde una especial consideración, aún afectiva, para la víctima.

Aun cuando en el caso juzgado por el alto Tribunal de la Provincia de Río Negro, la conducta del acusado, descripta al argumentar sobre el "segundo hecho", no se avizora como constitutiva de una intimidación concreta, en términos de poner en perspectiva frente al sujeto pasivo la amenaza de perder definitivamente la posibilidad de recuperar los objetos robados —extremo que en cambio sí se detalló más adelante en el fallo—, o que su

recuperación imprescindible hubiese importado una circunstancia pasible de ser allí valorada, lo cierto es que al fundar la atipicidad de la conducta en que la ofensa ya ocurrió, se corre el riesgo de dejar al margen de la tipicidad aquellas situaciones donde, no obstante haber ya acontecido el desapoderamiento, se renueve la voluntad delictiva contra el mismo patrimonio, aprovechando la "situación de privilegio" que esgrime quien tiene los objetos robados en su poder, para obtener así mayores beneficios.

En este sentido si el mal amenazado resulta ser la puesta en perspectiva de la imposibilidad de recuperar los objetos robados, por la vía legal correspondiente, es evidente que quien efectúa la amenaza tiene la posibilidad cierta de concretar el "nuevo" daño. También resultan admisibles el resto de requisitos que debe reunir el mal o daño con el que se intimida, en tanto la gravedad e importancia de la amenaza no encontrarían obstáculos para su concreción, en términos de poner a la víctima ante la disyuntiva de entregar el dinero para obtener sus objetos robados o no hacerlo y perder una opción concreta de recuperarlos. Aquí podría sostenerse en contrario, que dicha opción no puede asumirla el damnificado por el robo, ya que tratándose de un delito de acción pública, cae en cabeza del Estado, a través de sus representantes, la obligación de investigación y elucidación del hecho delictivo y, como consecuencia, de búsqueda de reparación de los efectos del delito. En éste sendero solo podría dicha víctima aguardar esa posibilidad y a lo sumo constituirse como parte querellante en el proceso y como tal impulsar, en forma autónoma o adherente (8), la investigación para lograr obtener las reparaciones del caso. Sin embargo no debe perderse de vista que la acción típica del delito de extorsión es "intimidar", para obligar a la víctima a entregar, por caso, una suma de dinero. Y tal conducta debe ser idónea para dicho fin. Y que la idoneidad si bien debe medirse con los parámetros objetivos ya indicados (posibilidad de realización; seriedad; gravedad; perspectiva futura del mal amenazado, etc.), también es cierto que ellos deben ser analizados desde la situación concreta en que se encuentra la víctima, ya que es ella a quien se busca intimidar. No en términos subjetivos si se quiere, por las dificultades probatorias que dicho criterio ostenta, pero sí en tanto se trate de analizar el hecho específico que evidentemente tuvo a la víctima como protagonista. Es decir que no se trata de bucear en el inconsciente de ésta o en lo que pensó internamente el autor, sino en analizar si en el caso concreto tal víctima, en el hecho, pudo encontrarse obligada por la intimidación.

Además no es descaminado imaginar que el damnificado por el robo tenga serios reparos sobre las posibilidades que el sistema le brinda para volver a recuperar los objetos sustraídos. Así, la alternativa que le plantea el autor del hecho, puede fácilmente encontrar un terreno fértil en el que la obligatio se manifieste como una opción perturbadora para la víctima. En este aspecto, el delito de extorsión, como el de coacción, se manifiestan como delitos dolosos de comisión, en donde su autor busca su cometido contra la voluntad de la víctima (9). El dinero pedido, bajo esas condiciones —mediante la amenaza de no volver a recuperar las cosas previamente robadas—, no resulta así una opción que pueda ser evaluada libremente por el damnificado.

IV. Colofón

La posibilidad de aceptar, en consecuencia, que el autor o partícipe de un robo pueda cometer luego otro hecho delictivo independiente, en el caso el delito de extorsión, por el que pretenda la obtención de una suma de dinero a cambio de no frustrar la expectativa de la víctima de recuperar los objetos sustraídos, no parece que pueda ser desvalorada a los fines requeridos por el tipo objetivo, mediante la utilización del argumento atinente a que la ofensa o mal puesto en perspectiva ya ocurrió y que por tanto no reúne el requisito de tratarse de una ofensa o amenaza a futuro.

Ciertamente nadie pone en discusión que la "amenaza" debe estar orientada a presentar una ofensa ex nunc, hacia adelante, desde que tal requisito es consustancial a ella, esta en su propia naturaleza, ya que esa precisión permite definir su propia existencia. Se amenaza con algo que puede acaecer o que va a ocurrir, no con lo que ya sobrevino o pudo haber ocurrido.

Sin embargo considerar entonces que quien fue víctima de un robo "ya fue ofendido" y que por ello nunca puede resultar intimidado, puede importar enervar estáticamente la posibilidad de que esa víctima se vea damnificada esta vez por un mal que ahora puede avizorarse con distinto alcance: La definitiva frustración "garantizada", ni mas ni menos por quien tiene las cosas en su poder, de no volver a recuperarlas.

Cabría no obstante efectuar alguna distinción. Si la víctima del hecho del robo, no hubiese efectuado la denuncia ¿podríamos de todas formas seguir manteniendo ésta tesis? Es evidente que aquí podría cuestionarse la idea de "frustración" en la expectativa de la víctima, en esperar que sus objetos sean recuperados; luego, no podría sentirse amenazada por la ocurrencia de algo que le resulte inocuo.

Sin embargo lo que cabe diferenciar no es ya que no pueda resultar "futuro" el mal contenido en la amenaza, porque el robo aconteció en el pasado, sino antes bien, que en realidad no exista intimidación.

Por intimidación, en el ámbito del delito de extorsión, debe entenderse un medio de compulsión, que la doctrina mayoritaria califica como "puramente moral", que consiste en la amenaza de un mal para lograr una

prestación de carácter patrimonial (10). La palabra "moral" se utiliza para diferenciarse de la palabra "físico", que alude al contacto entre el ofensor y su víctima, situación más compatible con el delito de robo y que por cierto se encontraba presente en la anterior formulación típica del delito de coacción por ley 17.567. Pues bien, ese mal que se pone en perspectiva frente a la víctima concreta de cada caso, debe contener la capacidad de obligarla a actuar contra su voluntad. Y dicha obligación surge como consecuencia del estado de necesidad en que se encuentra, ya que debe escoger entre dos males: El que se le presenta en perspectiva y el que ocurriría si no hace lo que se le pide. Este último es el que tiene, en nuestro caso, correlación con el hecho pasado, ya que de no actuar aquel "mal" se consolida. El primero en cambio siempre mira hacia el futuro, toda vez que busca ocasionar una nueva lesión en el patrimonio ajeno, que no había ocurrido con anterioridad y que consiste en la suma de dinero cuya entrega se procura.

Lo dicho, no obstante, requiere evidentemente de la compulsión de dos males, ya que si solo ponderamos el que ya ocurrió, entonces nunca podría extorsionarse a la víctima de un robo. Pero distinto es el supuesto si no hay intimidación, esto es una verdadera conducta del agente que comunicativamente introduzca un mal posible, serio y futuro en perspectiva. La intimidación debe ser la amenaza expresa efectuada por el agente. No cabe aquí especular con la posibilidad de que la víctima, frente al mero y aislado pedido de dinero se hubiese ella sentido intimidada a darlo, bajo la suposición, introducida por su imaginación de no recuperar los objetos robados. Ello podría significar la posibilidad de admitir intimidaciones "implícitas" y el tipo penal solo previó la posibilidad específica de la intimidación engañosa que no es del caso analizar aquí. Pero lo concreto es que a los fines del delito de extorsión previsto en la primera parte del artículo 168 del código penal, para que el agente se haga entregar una suma de dinero, debe mediar una intimidación, capaz de poner a la víctima frente a las opciones de los males referidos. Si ello no ocurre, si no hubo anuncio de mal alguno, de manera específica, en rigor, "intimidatoria", entonces no habrá tipicidad por falta de este requisito, sin perjuicio de que el hecho pueda constituir la amenaza prevista en el primer párrafo del artículo 149 bis del código penal, si de todas formas del supuesto de hecho pudiera aceptarse que la situación alarmó o amedrentó al sujeto pasivo, en otras palabras, si le infundió miedo o temor, descartado entonces que no pudo haber una intimidación para obligarla a actuar.

En caso contrario, es decir, si en rigor no hubo ninguna manifestación de voluntad del agente, tampoco en el sentido de infundir un temor a la víctima, entonces la mera manifestación de pedir o solicitar dinero resultará también atípica, so riesgo de ampliar el tipo a situaciones no previstas, como sería la hipótesis de amenazas "encubiertas" o "larvadas", difíciles de incluir ya en el "tipo de texto" (11), en tanto los términos "hacer uso de amenazas", nos está indicando sobre su específica concreción, con independencia de su forma externa (verbal, escrita, real o simbólica), la que de todas maneras debe contener la posibilidad de que esté expresada para que sea entendida por la víctima, ya que si no, no estaría enderezada a amedrentar (12).

(1) Conf. ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, "Derecho Penal-Parte General", Ed. Ediar, Buenos Aires 2000, página 119.

(2) Circunstancia que llevó a Soler a comprender al derecho penal como un ámbito discontinuo de ilicitudes.

(3) Conf. BACIGALUPO, Enrique, "Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal", Ed. Akal, Madrid 1994, p. 8.

(4) Vgr. El código penal español de 1995 donde se utiliza la expresión "intimidación" en lugar de amenazas. "La amenaza no deja de serlo por haberse enderezado a una persona imperturbable y tranquila", nos ilustra el Maestro SOLER. Conf. "Derecho Penal Argentino-Tomo IV", Ed. Tea, Buenos Aires, 1983, p. 73.

(5) Vgr. Delitos contra la integridad sexual, artículo 119 del código penal-abuso sexual. Y delitos contra el patrimonio, artículo 168 del código penal-extorsión.

(6) Conf. DONNA, Edgardo Alberto, "Derecho Penal. Parte Especial- T. II-B", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2001, p. 212.

(7) Conf. CREUS, Carlos, "Derecho Penal-Parte Especial-T. I, 4ª edición actualizada, Ed. Astrea, Buenos Aires 1993, p. 350, donde al momento de definir el contenido de la amenaza en el delito homónimo indicó: "...no es típica la mención de un mal que hubiera podido ocurrir en el pasado (te hubiese matado)", o de un mal presente que actualmente se está sufriendo, pero sí lo puede ser el anuncio de la renovación de un mal que se ha sufrido o se está sufriendo".

(8) No es del caso plantear aquí la actual discusión al respecto, que ofrece interesantes aristas con relación a las posibilidades del querellante de iniciar por su solo impulso una instrucción penal. No obstante y para el específico caso del delito de amenazas el proyecto elaborado por la Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal, resoluciones MJyDH, 303/2004 y 136/2005,

prevé en su artículo 50 que tal delito sea de acción pública dependiente de instancia privada.

(9) Conf. GONZALEZ GUERRA, Carlos M. "¿Amenaza, coacción o libertad? Una propuesta de distinción entre los tipos penales de amenazas y coacciones", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Ed. Lexis Nexis, 2/2007, p. 213 y sgtes. Impecable abordaje de la cuestión, de imprescindible lectura, donde se busca consolidar la dogmática construida sobre la parte general del derecho penal a su parte especial, con óptimas consecuencias para la obtención de diferencias entre los delitos que trata.

(10) Conf. DONNA, Edgardo Alberto ob. cit, p. 210 y su referencia a NUÑEZ.

(11) El "tipo de texto" que nos está aludiendo al tenor literal, constituye el punto de partida para la interpretación teleológica —ámbito trabajado por los aportes de Jesús María Silva Sánchez—, que permite nutrir el contenido del "tipo de interpretación".(12) Conf. SOLER, Sebastián, ob cit, p. 73.