

ALCANCE DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL DELITO DE CHANTAJE (ART. 171, 2 Y 3, CP)

JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO

Profesor Titular de la Universidad de Extremadura (Cáceres)

Resumen: En el delito de chantaje se presenta la singularidad, frente a los demás delitos, de que la víctima no puede recurrir en su defensa al auxilio del Estado, ya que ello implicaría ejecutar ella misma el mal con cuya amenaza se pretendía atentar contra su libertad, y tiene por tanto que utilizar sus propias fuerzas para repeler ocultamente el ataque. Sin embargo, la doctrina ha negado prácticamente todos los elementos de la legítima defensa en estos casos, sosteniendo p. ej. que el chantajeado ha provocado él mismo la situación defensiva, que el ataque no es actual o que ante una reacción defensiva clandestina la comunidad nunca podrá esclarecer la acción típica como ejercicio de legítima defensa. Tras desvirtuar estos argumentos, se mantiene la legitimidad de la legítima defensa frente al chantaje, propugnando para los casos leves la aplicación del principio de proporcionalidad.

Abstract: Blackmail shows the peculiarity, compared to other crimes, that its victim can't resort in his defence to the Stat's help, since it would imply to execute by himself the evil with whose threat it was attempted to restrict his freedom, and is therefore left to his own devices to repel the attack secretly. Nevertheless, the doctrine has denied nearly all the elements of self-defence in these cases, having maintained for example that the very blackmail victim is to blame for the defensive situation, that the aggression has already come to an end or that, faced with a clandestine defensive reaction, society will never be able to clear up the typical action as a result of legitimate self-defence. After challenging all these arguments, the

legitimacy of self-defence against blackmail is held, with the nuance of applying the proportionality principle to minor cases.

Palabras clave: Chantaje, amenazas condicionales, legítima defensa, defensa clandestina, actualidad del ataque, proporcionalidad de la defensa, necesidad de la defensa.

Key words: Blackmail, conditional threats, self-defence, clandestine defence, presence of an aggression, proportionality of the defence, necessity of the defence.

I. Introducción

La regulación legal de la legítima defensa tradicional en el CP español exime de responsabilidad criminal a todo aquel que obre, como reza el actual art. 20.4º, «en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos», esto es, para poner fin a cualquier agresión ilegítima contra cualquiera de los objetos referidos. Pero de esta suerte se extiende el ámbito de una causa de justificación originalmente concebida para justificar la realización de tipos delictivos en defensa de bienes jurídicos susceptibles de agresión violenta (vida, integridad, libertad sexual,...), hasta abarcar la defensa de «derechos», de otros bienes jurídicos adicionales en peligro de perecer, siempre que sean de carácter *individual*. En concreto, al delimitar los requisitos que han de concurrir para apreciar la eximente, en el apartado primero del mismo precepto se define el concepto de ataque ilícito a los *bienes* y la *morada*¹.

Es evidente, pues, que incluso el patrimonio representa un bien jurídico susceptible de defenderse justificadamente frente a una agresión antijurídica y, con mayor razón que los dos bienes jurídicos expresamente aludidos en el precepto, lo será p. ej. la libertad de decidir y ejecutar lo decidido. Podrá discutirse hasta dónde está permitido intervenir en los bienes del agresor en la reacción defensiva destinada a proteger los bienes o la libertad, pero parece cierto que tales intereses resultan en general susceptibles de legítima defensa. Por lo tanto, nada se opone a que quepa la causa de justificación en delitos como los de secuestro, extorsión, robo violento o amenazas condicionales, en que se protegen ambos bienes jurídicos.

La cuestión empieza a perder obviedad cuando se trata, no de hacer frente a cualquier amenaza condicional con condición lucrativa, sino de reaccionar frente a una amenaza con mal no delictivo sujeta a

¹ Cfr. al respecto LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, pp. 432 y ss.

una condición no debida (art. 171.1 CP), y en particular en el denominado chantaje, cuando, exigiendo una cantidad o recompensa, el mal amenazado en caso de incumplimiento de tal condición consiste en desvelar hechos de la intimidad ocultos que puedan perjudicar «la fama, crédito o interés» del sujeto pasivo (art. 171.2 CP), singularmente si se trata de hechos delictivos (art. 171.3 CP, desde la perspectiva procesal). Piénsese simplemente en la amenaza, dependiente de la entrega de algún elemento patrimonial, de revelar hechos como adulterios, prácticas homosexuales (en la medida en que se practique una doble vida), prevaricación, cohecho o en general cualquier otro delito.

La singularidad del delito de forzar la voluntad de otro al pago del «precio del silencio» reside en que el propio daño con que se amenaza, que afectaría a la reputación o en general al interés de la víctima, coloca a ésta en una situación de aislamiento, de vulnerabilidad o indefensión cualificada con respecto a la que produce cualquier otro ataque ilícito anunciado. Así, frente a cualquier otro mal con cuya producción se amenace, y por mucho que se haya encarecido el silencio en la propia amenaza, el sujeto pasivo puede recurrir al auxilio del Estado, de los agentes de la autoridad, o bien de terceros. Tal es el caso de la amenaza condicional con mal delictivo, como p. ej. amenazar a un empresario con destrozarse sus instalaciones si no abona determinada cantidad. Pero en el caso de estas peculiares amenazas condicionales con un mal no delictivo contra su reputación o interés, se impide al sujeto recurrir a la instancia a la que en primer lugar acudiría ante la amenaza de cualquier mal, y ello porque así lo único que conseguiría es convertirse él mismo en instrumento para realizar, e incluso incrementar, el daño para la reputación —por no hablar, en su caso, de las posibles negativas consecuencias jurídico-penales— que constituía el contenido de la amenaza. En suma, la reacción de defensa habitual frente a amenazas en este caso resultaría contraproducente hasta el punto de determinar la propia materialización del mal anunciado.

De esta manera, el chantajeado se ve dejado a sus propias fuerzas para repeler el ataque a su libertad y a su patrimonio. Lo que significa que, o debe resignarse a asumir la agresión, o alternativamente sólo puede recurrir a una especie de «lucha en la oscuridad»², esto es, a medidas clandestinas de autodefensa que como mínimo entrañan someter a presión al propio chantajista (amenazarlo) y como máximo emplear la violencia contra la libertad, la integridad física o la vida de éste. Esta confrontación, por su propia naturaleza, sin embargo, ha

² HAUG, *MDR* 1964, pp. 548 y ss.; Amelung, *GA* 1982, p. 383.

de quedar oculta a la comunidad, que no podrá: *a*) reaccionar contra el delito de chantaje, ni *b*) conocer que la lesión de bienes jurídicos obedece al ejercicio de una causa de justificación.

Dado que la reacción defensiva ha de ser necesariamente *propia*, ¿a qué se debe entonces la renuencia a aceptar la legítima defensa frente al chantaje? Pues en la medida en que la víctima ve cortado su acceso al auxilio de la autoridad frente a la agresión ilícita³, parecería que en ningún otro delito sería más razonable la justificación.

Y sin embargo, en relación con la denuncia de delitos, cabe pensar que frente a tal amenaza el chantajeado se defendería sólo de modo antijurídico, al preservar así su libertad frente a la intervención legítima de los órganos del Estado por la sospecha de haber cometido un delito. Bien es verdad que podría invocarse en contra el derecho constitucional a no autoincriminarse, pero ésta nunca podría interpretarse de forma tan amplia que amparase estos supuestos de defensa (sobre todo violenta) frente a un futuro proceso penal, y posible condena.

No es de extrañar, pues, que la doctrina haya puesto en duda tanto la propia posible aplicación de la legítima defensa como, en particular, que esta causa de justificación ampare la reacción *violenta* contra la persona (vida o integridad física) del chantajista. Para negar tal aplicación, no hay prácticamente requisito de la legítima defensa cuya ausencia no se haya mantenido en estos supuestos. Esas razones contrarias a admitirla, que analizaremos en detalle *infra*, oscilan entre afirmar la provocación de la situación por parte del sujeto pasivo, al haber cometido el hecho contrario a su reputación, hasta la necesidad intrínseca de que la acción de defensa se mantenga secreta en su carácter de legítima defensa, al no poderse revelar a la colectividad la razón de la reacción defensiva, pasando por negar la actualidad del ataque, la propia necesidad de la defensa, o en afirmar que el interés del extorsionado en que se le preserve frente a la divulgación de un delito no merece una protección penal irrestricta⁴.

Antes de analizar los razonamientos en concreto, conviene recordar, pues parte de la doctrina parece perderlo de vista, que queda fuera de la discusión el hecho de que no puede verse en un supuesto de-

³ Que por eso en ningún otro delito resulta tan elevada la «cifra negra» de criminalidad lo resaltan p. ej. Fernández Rodríguez, *El chantaje*, 1995, pp. 12 y 249, así como Muñoz Conde en el prólogo a la referida obra.

⁴ Al respecto, extensamente, dos tesis doctorales: Kroß, *Notwehr gegen Schweigegelderpressung. Zugleich ein Beitrag zu den Grundprinzipien der Notwehr*, 2004, y Seseo, *Notwehr gegen Erpressung durch Drohung mit erlaubtem Verhalten*, 2004. Revisión de ambas por Kaspar, en *GA* 2006, pp. 718 y ss.

recho a la reputación de que se goza, o a la tranquilidad frente a la persecución penal, el objeto de la defensa. En efecto, los anuncios no condicionados de que se va a denunciar por un delito, o a revelar un hecho deshonoroso de la intimidad forman parte de la libertad garantizada socialmente del sujeto y no constituyen por tanto agresión antijurídica frente a la que reaccionar en legítima defensa. En el caso de la denuncia de delitos, existe incluso un deber reconocido en la LECrim. de denunciar los delitos que se hayan presenciado (art. 259) o que se conozcan (art. 264). No puede invocarse, pues, un derecho protegible a ver impoluta la propia reputación (aparente) o a no ser denunciado por delito.

Desde luego, con carácter general no cabe estimar que, con su comportamiento reprobable anterior, el destinatario del chantaje «se lo ha buscado» y tiene que atenerse a las posibles consecuencias. Porque de acuerdo con la protección dispensada a la libertad en nuestro CP, sí tiene que atenerse a algunas consecuencias, pero no a cualesquiera. Tiene que tolerar, sin reacción por su parte, la denuncia o revelación no condicionadas. Pero se habrá traspasado el límite de lo antijurídico, y se producirá por tanto una agresión ilícita, cuando el anuncio de esas posibles acciones se utilice como instrumento para doblegar la voluntad del sujeto pasivo, y ello aun cuando el mal representado por el cumplimiento de la condición (pagar) sea subjetivamente menor que aquel que vendría obligado a tolerar (denuncia o divulgación). Desde ese momento se lesiona su libertad y se pone en peligro p. ej. su patrimonio, bienes indudablemente defendibles ejerciendo la legítima defensa, sobre todo si se tiene que cuenta que las exigencias económicas del chantajista pueden no tener fin, de suerte que la libertad de la víctima queda indefinidamente en sus manos; esto es, que la víctima ni siquiera asumiendo la pérdida patrimonial tiene la seguridad de que concluya la situación coactiva para su libertad de decidir.

Hay que mantenerse en guardia, pues, ante la idea implícita de que por el reproche moral al sujeto derivado de su conducta deshonorosa o delictiva pierde, o debe ver limitado⁵, su derecho a defenderse frente a la extorsión, como también ante la de que, una vez manifestada la amenaza condicional, lo único que la víctima puede ya perder es la reputación⁶, siendo así que su libertad continúa condicionada.

⁵ Así, sin embargo, expresamente Roxin (*Derecho Penal. Parte General I*, trad. de la 2.^a ed. alemana por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remesal, 2001, § 15, n.º marg. 87): «...el chantajado tiene algo que ocultar ante la opinión pública y ya por esa razón es alguien poco apropiado para salvaguardar los intereses preventivos de aquélla.» Cfr. al respecto *infra*.

⁶ En tal sentido, no obstante, Kaspar, GA 2007, pp. 44-46.

Veamos, pues, si al manifestarse una amenaza condicional con mal no delictivo se dan los elementos de la legítima defensa en favor de la víctima⁷, y en caso afirmativo si cabe establecer restricciones a su ejercicio y en función de qué criterios.

II. Concurrencia de los requisitos de la legítima defensa

La presencia de la situación de legítima defensa requiere con carácter general, como es sabido, que medie una agresión antijurídica y actual.

a) *Existencia de ataque*

Si se entiende por agresión la lesión o puesta en peligro, por obra humana, de un bien jurídico del sujeto, parece razonable admitir en estos casos la existencia de tal agresión.

Ha de descartarse la tesis de Jakobs que niega en este caso directamente la existencia de acción típica, sobre la base de que el Derecho penal sólo protege la libertad jurídicamente garantizada y, p. ej. en los casos de previa comisión de delitos o de acción deshonrosa, la propia víctima del chantaje ha quedado vinculada a la consecuencia establecida por el Derecho para tal conducta, habiendo sufrido por tanto un recorte de la libertad jurídicamente garantizada⁸. Y ha de descartarse esta tesis por contraria al Derecho positivo, que tipifica expresamente el chantaje, garantizando precisamente la libertad de decisión frente a la presión del chantajista, con independencia de cuál haya podido ser el comportamiento anterior de la víctima⁹. Resulta

⁷ Así, LUZÓN PEÑA (op. cit., p. 443) afirma con carácter general la defendibilidad de la libertad de formación de la voluntad, si bien deja abierta la cuestión de si se dan los requisitos de actualidad de la agresión, idoneidad de la defensa o necesidad del medio defensivo.

⁸ *Festschrift für Karl Peters*, 1974, pp. 79 y ss.

⁹ En vista de la regulación positiva resulta un sarcasmo la afirmación de Jakobs (*Festschrift für Karl Peters*, p. 82) de que el chantajista amplía la libertad de la víctima, al ofrecerle una posibilidad de sustraerse a la revelación del secreto deshonroso. En sentido parecido, Fernández Rodríguez (op. cit., p. 150) descarta la tesis de Jakobs en los supuestos de amenaza con revelar la comisión de un delito señalando que el Derecho, aun cuando prevé la posibilidad de exigir responsabilidad penal y en este sentido recorta su libertad, no deja de proteger la libertad frente a los ataques de los particulares.

obvio que sin comportamiento anterior que incidiría negativamente en la reputación del sujeto no habría temor a la revelación. Tal comportamiento es precisamente el presupuesto del delito de chantaje, no en cambio una forma en que el sujeto limita su libertad con garantía jurídica.

Tampoco ha faltado quien niegue la propia existencia de ataque en los casos que nos ocupan. Así, Müller¹⁰ estima que han de separarse los dos bienes jurídicos en presencia, y que a efectos del ataque lo decisivo es la afcción de la libertad de decidir, mientras que no así el patrimonio, puesto que en otras modalidades de amenazas condicionales con condición de otra clase éste se encuentra ausente, sin que se modifique la solución. A partir de aquí, indica que la lesión del patrimonio sólo se produce cuando se entregan valores patrimoniales, y la lesión de la libertad de decidir, no cuando la amenaza condicional añade un nuevo motivo rector de la decisión a los preexistentes, sino sólo cuando se adopta la resolución pretendida por el chantajista, como lo demostraría el hecho de que si la víctima no se pliega a las exigencias, no resulta lesionada la libertad de decidir. Con respecto a los dos bienes jurídicos, aun cuando cabría replicar que también es posible la legítima defensa frente a acciones de tentativa, Müller subraya que ocurre que el autor del chantaje no tiene en sus propias manos la lesión de ambos bienes jurídicos, sino que se sirve de la víctima como instrumento, sustraído a su dominio y que decide independientemente si se llega a lesionar el bien jurídico. Concluye que no se da, como requiere la legítima defensa, un ataque actual directo por parte del autor, sino una situación estructuralmente distinta.

Sin embargo, entiendo incorrecto concluir de la situación característica que el chantajista no domine la lesión del bien jurídico, pues ello presupone en general que no puede darse la lesión de bienes jurídicos cuando su materialización última está en manos de su titular. Por el contrario, ya al procurar utilizar a la víctima como medio para alcanzar sus fines, comienza la agresión (tentativa de chantaje). Que el chantajista consiga o no sus fines, que la víctima se pliegue o no a su imposición, no puede cambiar el hecho de que el ataque ha comenzado y, lo que es más importante, aún perdura. La tesis de Müller llevaría al absurdo de negar la legítima defensa, por falta de agresión antijurídica, en los casos de autoría mediata coactiva, sólo porque en definitiva la lesión directa está en manos del instrumento y éste siempre puede resistirse a la coacción¹¹.

¹⁰ *NStZ* 1993, pp. 367 y ss.

¹¹ *NOVOSELEC, NStZ* 1997, p. 219.

Desde el punto de vista del Derecho español, se ve reforzada la existencia de situación defensiva por el hecho de que en el art. 171.2 CP está expresamente tipificada tanto la mera manifestación del chantaje como la consecución de lo exigido por el chantajista, de manera que no cabe negar la presencia de un peligro que acecha a la libertad de decisión, conjurable mediante defensa, en el tiempo que media desde que se anuncia la amenaza condicional (tentativa expresamente tipificada) hasta que se consigue doblegar la voluntad del chantajeado (consumación castigada como si fuera un tipo cualificado).

En definitiva, en los supuestos de chantaje parece que ha de afirmarse la presencia de agresión.

b) Ilícitud del ataque

La realización de la exigencia de una cantidad con la amenaza de desvelar hechos deshonorosos o delictivos en caso de no atenderla resulta ilícita porque realiza un tipo penal (doloso) y no está justificada. En efecto, el mero exigir una cantidad condicionadamente queda subsumido en los tipos del art. 171 CP en la alternativa típica en que el autor no ha conseguido su objetivo, la cual no constituye sino una tentativa de la otra modalidad, la de aquella en que el autor ha conseguido la entrega de todo lo exigido o parte de ello¹².

No se entendería que se considerara agresión antijurídica la realización de robo violento (art. 242 CP), extorsión (art. 243 CP) y amenaza condicional con mal delictivo (art. 169.1º CP) y no en cambio el chantaje, cuando su estructura es prácticamente la misma.

c) Actualidad del ataque

En el CP español, a diferencia del alemán (StGB), no se menciona expresamente este requisito, si bien lo exigen la doctrina y jurisprudencia unánimes. Cabe derivarlo con facilidad del requisito esencial de esta causa de justificación: la necesidad de defensa¹³. De ésta se deduce que la agresión debe representar como mínimo un peligro pró-

¹² Para el caso de que el hecho deshonoroso constituya delito, la regulación procesal contenida en el art. 171.3 CP viene a reafirmar el carácter delictivo («para facilitar el castigo de la amenaza») del anuncio de revelación condicionado.

¹³ Así, Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 7.ª ed., 2004, p. 433, con más referencias.

ximo y como máximo no debe haberse agotado ya. Si aún no se ha manifestado el peligro, o éste se ha agotado, sin posibilidad de repetirse, no aparece la necesidad de defenderse.

Que en la exigencia vinculada a amenaza característica del chantaje falte la actualidad del ataque a un bien jurídico lo han negado Baumann¹⁴ y Arzt¹⁵, quienes consideran que no se da aquí un ataque actual a la reputación de la víctima, pues el chantajista no piensa ejecutar inmediatamente su amenaza, incluso prefiere no hacerlo y conseguir su objetivo patrimonial; y que, en cambio, sólo se da un peligro de ataque, de manera que, de poder aplicar alguna causa de justificación, la apropiada sería el estado de necesidad. Como Müller, Arzt separa el ataque contra la libertad del ataque contra el patrimonio, indicando que mientras éste puede conjurarse simplemente no pagando, el ataque contra la libertad quedó ya consumado al expresar la amenaza, y las contramedidas que se adoptaran serían de restitución al estado anterior a la amenaza («tomarse la justicia por su mano»), no de evitación de una lesión, de manera que no quedarían cubiertas por la legítima defensa. Para entender esta afirmación hay que tener en mente que, a su juicio, la amenaza condicional no es un delito permanente, sino de creación de estado, asimilable a las injurias, en que sólo cabe la legítima defensa en caso de riesgo de repetición de la lesión¹⁶.

Con razón se ha opuesto la doctrina mayoritaria a este planteamiento¹⁷, considerando que en esta figura delictiva el ataque a la libertad constituye un puro medio para el ataque al patrimonio y que sólo desde un punto de vista puramente físico cabe entender concluida la amenaza condicional con su comunicación a la víctima, si se tiene presente que lo decisivo es que sus efectos psicológicos comienzan en ese momento y perduran. Y no sólo ello, sino que lo que se trata de proteger es la decisión libremente adoptada como consecuencia de una libre formación de voluntad. Así ocurre en los §§ 240 y 253 StGB, y en el tipo cualificado del art. 171.2, primera alternativa, CP («...será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido todo o parte de lo exigido»)¹⁸. En la medida en que to-

¹⁴ MDR 1965, 346.

¹⁵ MDR 1965, 344.

¹⁶ Suppert (*Studien zur Notwehr und «notwehrähnlicher Lage»*, 1973, p. 277) ha replicado a este argumento que la referida distinción sólo cabe aplicarla a delitos consumados, siendo así que en los supuestos analizados se trata de una *tentativa* de amenazas condicionales, en que no cabe negar la actualidad.

¹⁷ Suppert, op. cit., 277 y ss.; Roxin, *Derecho Penal. Parte General I*, § 15, n.º marg. 28, con más referencias bibliográficas en nota 58.

¹⁸ Críticamente con respecto a la regulación diferenciada, ya presente en el anterior CP, Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 191 y ss.

davía no se haya adoptado decisión alguna, existe un doblegamiento inminente de la voluntad que se puede aún evitar; se ha creado y se mantiene un estado antijurídico de presión permanente sobre la libertad ajena al que el autor puede poner fin en cualquier momento¹⁹. Dicho metafóricamente: el chantajista mantiene confinada a la víctima en la prisión del dilema que le ha planteado.

Se produce aquí, pues, un ataque lesivo directo para el bien jurídico libertad y un ataque mediato contra el patrimonio. Y en tanto que perduran, el ataque sigue siendo actual hasta tanto no se haya producido la terminación²⁰.

Como ejemplo de contraste puede servir el de la amenaza simple, en que no se atenta contra la libertad, sino contra el sentimiento de seguridad, poniendo de manifiesto que se realizará un ataque en el futuro contra un bien jurídico de cierta importancia, como p. ej. la vida o la integridad física. En este caso sí que la amenaza como tal concluye sus efectos al expresarse, en tanto que no se trata de influir psíquicamente en la conducta de la víctima como medio para lesionar otro bien jurídico, mientras que en relación con el ataque anunciado contra la vida habrá que analizar si aún no ha alcanzado probablemente ni siquiera la fase de los actos preparatorios, o por el contrario la agresión física va a realizarse con carácter inmediato o inminente.

Así pues, la actualidad de la agresión concurre en estos casos, pero en concreto requiere que se haya concretado suficientemente el dilema ante el que se sitúa a la víctima, ya que sólo entonces alcanza la requerida intensidad, y desaparece si ésta ya ha pagado por el silencio, siempre que el chantajista —como suele ocurrir— no vuelva a plantear inmediatamente nuevas exigencias como pago al mismo silencio.

d) Falta de provocación suficiente

La legitimidad de la defensa viene condicionada legalmente a que quien obra amparado por esta causa de justificación no ha de haber creado la situación de defensa, ya que de lo contrario obrará con abuso de derecho. Concretándolo en nuestro caso, con la previa rea-

¹⁹ EGGERT, *NStZ* 2001, p. 226; Seesko, op. cit., p. 79. Por «poner fin» entiéndase renunciar a coartar la libertad de la víctima, no necesariamente a denunciar o divulgar, conductas por sí solas lícitas.

²⁰ Considera el cumplimiento de la condición como terminación material del delito Jareño Leal (*Las amenazas y el chantaje en el Código penal de 1995, 1997*, pp. 34 y ss.), admitiendo la posibilidad de legítima defensa hasta tal momento en tanto que se sigue dando la actualidad de la agresión (p. 39).

lización del comportamiento deshonroso o incluso delictivo, ¿cabe considerar que el sujeto, al convertirse en chantajeable, ha provocado la agresión antijurídica posterior, y por tanto la situación de defensa? Si fuera así, contaríamos con un argumento para fundamentar la reducción del merecimiento de autoprotección de la víctima: el de haber contribuido ésta a producir la situación de defensa.

A tal efecto, el comportamiento previo necesitado de mantenerse oculto debería constituir una causación «reprobable» —dolosa o, como mínimo, imprudente— de la legítima defensa. En principio, cabe afirmar que se da la relación causal, pero falta una estrecha relación espacio-temporal entre comportamiento previo y agresión ilícita²¹.

Asimismo, con carácter general puede partirse, con Jakobs, de que no constituyen provocación los comportamientos que no representan ni agresión antijurídica ni invitación a ésta, como ocurre con las actitudes sociales raras o descorteses, e incluso inmorales, p. ej. el propiciar la infidelidad de una pareja ajena, conociendo la agresividad del otro²².

A partir de este principio general, ha de negarse la provocación en los supuestos analizados porque, desde una perspectiva jurídica, el hecho deshonroso o delictivo previo no constituye una agresión antijurídica para el chantajista, ni una invitación a que éste lleve a cabo la agresión inherente al chantaje. Gráficamente: la víctima aquí no encaja en el prototipo del camorrista. En efecto, las consecuencias que cabe esperar de la conducta deshonrosa o delictiva previa son que ésta llegue a ser conocida por sí sola, o que pueda divulgarla quien llegue a conocerla o tenga pruebas de su acaecimiento. No representa una consecuencia jurídica y socialmente esperable, en cambio, la utilización del hecho deshonroso o delictivo como objeto de chantaje, o, dicho de otro modo, la conducta previa no legitima en modo alguno condicionar la libertad de decidir ajena, ni da derecho a aprovechar la situación de debilidad que el tener algo que ocultar acarrea a un semejante.

En definitiva, la virtualidad del comportamiento previo se reduce a que el sujeto presente una alta vulnerabilidad frente a determinado

²¹ KASPAR (GA 2007, pp. 38 y ss.) niega que la conducta deshonrosa o delictiva previa constituya provocación de legítima defensa sirviéndose de criterios propios de la imputación objetiva, con su amplitud característica, tales como la falta de previsibilidad de la reacción agresiva, el fin de protección de la norma (el comportamiento previo no es reprochable en el sentido de que pueda dar pie a extorsión) y la autopuesta en peligro responsable por parte del chantajista.

²² Op. cit., p. 488.

tipo de ataque. Encuadrar en el concepto de provocación el tener algo que ocultar y el no poder recabar ayuda ante quien amenace con su divulgación, equivaldría a afirmar la provocación en la víctima de constitución débil o que transita por determinada zona. Es justamente en relación con ataques contra personas especialmente vulnerables para los que está pensada la legítima defensa. Por eso se ha hablado con razón de que es más bien el chantajista el que «provoca» la reacción de legítima defensa²³.

Además, como se indicó en el apartado a), el tener algo que ocultar constituye precisamente condición previa para la existencia del tipo de chantaje, y lo que posibilita que exista el tipo no puede al mismo tiempo excluir la posibilidad de defenderse de la realización de éste.

e) *Necesidad de la defensa*

Con la concurrencia de los requisitos anteriores parece fuera de duda la necesidad genérica o *en abstracto*, en sí, de una reacción defensiva para evitar o disminuir el riesgo de que el ataque actual se convierta en lesión. Necesaria en abstracto, en el sentido del art. 20.4º, es la acción defensiva que permite esperar una evitación segura del ataque actual y antijurídico. De la existencia de una situación defensiva se deriva que el agredido no tiene que asumir el menoscabo de sus bienes jurídicos ni, con carácter general, tomar en consideración eludir el ataque.

Más compleja resulta en los casos que nos ocupan determinar qué acciones defensivas resultan necesarias *en concreto*²⁴, de manera que utilizar un medio más lesivo en lugar de otro menos lesivo disponible, que no hubiera disminuido de modo relevante las posibilidades de éxito de la defensa, daría lugar a un exceso intensivo en la legítima defensa. Pero la auténtica dificultad se plantea cuando, existiendo indudablemente la necesidad de defensa en sí, sólo hay disponible como medio eficaz uno tan drástico como el de dar muerte al agresor.

No parece haber problema en encuadrar en el ámbito de lo necesario en concreto contraataques como los consistentes en amenazar

²³ Kroß, op. cit., p. 78.

²⁴ En el sentido del requisito segundo de la regulación de la legítima defensa en el art. 20.4º CP: «necesidad racional del medio empleado» para impedir o repeler la agresión ilegítima, necesidad racional, interpretada mayoritariamente en nuestra doctrina según un baremo objetivo *ex ante* (cfr. Baldó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 307 ss.).

al chantajista con denunciar el delito de chantaje, incluso en su caso consiguiendo las pruebas incriminatorias de manera típica (p. ej., grabación de conversaciones telefónicas o directas). Ahora bien, esta posibilidad probablemente presente escasa capacidad de disuadir al chantajista de su proceder extorsionador, pues materializar la denuncia acarrearía más males al propio chantajeado. Así pues, mientras que queda cubierta por el requisito de la necesidad la amenaza condicional al chantajista, en caso de fracasar ésta como medio de evitar que se consuma la agresión, no puede exigírsele a la víctima que emplee como acción defensiva la denuncia al chantajista, por la lesión de intereses propios que llevaría aparejada²⁵.

Para los supuestos de amenaza con denunciar delitos, la regulación procesal del art. 171.3 CP, que, «para facilitar el castigo de la amenaza», contiene la posibilidad de que el Ministerio Fiscal no persiga (en los delitos con pena de prisión de hasta dos años) o de que el órgano judicial puede rebajar la pena en uno o dos grados (en el resto de los delitos más graves, en que no se entendería la renuncia a la persecución penal sólo por haber sido objeto de chantaje), no desvirtúa lo acabado de afirmar, pues al denunciar al chantajista la víctima no consigue impedir o repeler los efectos de la agresión, ya que no cuenta con un *derecho* a no ser perseguida o a la rebaja de la condena, sino con una mera *posibilidad* sujeta a múltiples limitaciones, entre ellas a la discreción del Ministerio Fiscal (principio de oportunidad) —posibilidad que, por lo demás, no obsta a que la acusación particular impulse el proceso²⁶— o del órgano judicial, además de que en cualquier caso al divulgarse la comisión del hecho delictivo se consumaría la lesión de la reputación que precisamente se trata de evitar.

Creo que de esta medida de política criminal, además de aplicación sólo facultativa por los órganos de persecución penal, no puede deducirse que el único medio que ofrece al chantajeado el ordenamiento jurídico sea recurrir a la protección del Estado, y no en cam-

²⁵ Sin embargo, ARZT (*MDR* 1965, p. 344) niega la necesidad de defensa al estar disponibles como medios menos lesivos tanto la negativa a pagar como la denuncia al chantajista. Pero como con razón ha replicado Suppert (op. cit., p. 285), tales opciones no constituyen una defensa, sino tolerar el ataque.

²⁶ Como ha señalado Prats Canut, en Quintero Olivares (dir.) / Morales Prats (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2.ª ed., 2001, p. 845. Tampoco otras medidas procesales, como la celebración excepcional de la vista a puerta cerrada (cfr. así ya Cuello Calón, *ADPCP* 1952, p. 23; Fernández Rodríguez, op. cit., pp. 249 y ss.), en los términos de los arts. 680 ss. LECrim., alcanzan a obviar el inconveniente consustancial de que denunciar al chantajista conlleva una autodenuncia. Piénsese además en que incluso en el mejor de los casos (el de que el Ministerio Fiscal se abstenga de perseguir), puede subsistir responsabilidad por infracciones administrativas, p. ej. por delito fiscal, por contrabando o, en general, por delitos socioeconómicos.

bio ejercer la legítima defensa propia, a cuyo ejercicio se cerrara el paso²⁷. La denuncia incentivada no constituye un sucedáneo específico de la legítima defensa. De la existencia de un estímulo para que el chantajeadado colabore con la Administración de Justicia en la persecución de este género de delitos, para lo cual se estima preponderante luchar contra el chantaje con respecto a luchar contra el delito previo, no puede deducirse que le sea exigible utilizar tal vía como *única* medida de reacción frente al chantaje, con exclusión de la defensa necesaria derivada de la existencia de una situación de legítima defensa, sobre todo porque el principio de la solidaridad humana mínima o de la mayor consideración posible para con los bienes del agresor no puede implicar que la víctima de la agresión deba sufrir el menoscabo de sus bienes jurídicos.

En suma, que mediante disposiciones procesales se haya abierto la única vía factible para poder perseguir un delito en otro caso casi imposible de perseguir —puesto que genera su propia clandestinidad, al convertir consustancialmente a la víctima en tan interesada o más que el autor en mantener oculto el delito—, no debe cercenar la posibilidad general de defenderse —clandestinamente— frente a esa agresión ilegítima.

Para llegar, sin embargo, a la tesis restrictiva criticada, se parte de que, puesto que existe la posibilidad de denunciar ante los órganos de persecución penal, la única pérdida de bienes jurídicos que amenaza producirse ya es la referida a la reputación (así como el posible procesamiento, en el caso de previa comisión de delitos)²⁸, y lo que es más importante: el interés de la víctima de chantaje en mantener secretos hechos deshonorosos o delictivos no es merecedor de protección, y su pérdida no resulta conjurable en legítima defensa.

Con esta afirmación parece olvidarse que exigir la denuncia del chantaje como única vía que ofrece el Derecho supone que la víctima tenga que asumir la lesión, no de la reputación (inmerecida), sino del bien jurídico libertad de decisión. No se olvide que, como antes se indicó al analizar la presencia de ataque actual, en tanto que la víctima no ceda a las exigencias del chantajista (momento en que se consuma la lesión del bien jurídico), la libertad está en peligro, puesto que hay un ataque en curso contra ella, aún inconcluso. Para la tesis criticada, en cambio, una vez planteada la amenaza condicional, se le

²⁷ En tal sentido Arzt (*MDR* 1964, p. 345), que habla de que se trata de una especie de sustitutivo de la legítima defensa debido a la no defendibilidad de los bienes, y Kaspar (*GA* 2007, pp. 44 y ss., con más referencias en notas 41-45), con respecto al similar § 154 c de la ley procesal alemana.

²⁸ KASPAR, *GA* 2007, pp. 44-46.

estaría sugiriendo a la víctima que las únicas opciones legítimas disponibles consistirían en cumplir la condición que se le ha impuesto o ejecutar ella misma el mal (autodenunciarse al denunciar al chantajista)²⁹. ¡Pero el ordenamiento jurídico no puede pedirle a una víctima que o bien sirva de instrumento para autoinfligirse el mal de una amenaza ajena, o bien doblegue su voluntad! Luego al afirmar tal alternativa se da por descontado que la víctima chantajeada pierde en todo caso la libertad de decisión.

Otros medios que pueden resultar necesarios, en caso de ineficacia o inexigibilidad de emplear los anteriores, serían la recuperación del material incriminatorio mediante robo con fuerza en las cosas, allanamiento de morada o robo violento, amenaza con emplear la violencia contra el autor y, de no ser eficaz el mero anuncio, empleo efectivo de la violencia, ya sea para cometer lesiones, coacciones o detención ilegal.

A este respecto puede ser ilustrativo el caso del que se ocupó el Tribunal Supremo croata comentado por Novoselec³⁰. Se trataba de un atracador que había sustraído más de 136.000 marcos en un asalto a un furgón blindado. Su tío se hizo con un diario en que el atracador relataba el asalto y lo utilizó para exigirle el pago de 60.000 marcos, amenazándole con denunciarlo a la policía en caso contrario, así como con volar su casa. El chantajeado fingió plegarse a tales exigencias, pero en vez de ello secuestró al mensajero enviado por su tío para recoger el dinero, con la finalidad de presionar a su tío para obtener la devolución del diario. Ante el giro inesperado de los acontecimientos, el chantajista acudió a la policía, que detuvo al secuestrador. El TS de Croacia le condenó por secuestro, rechazando la invocación de la legítima defensa.

En último término la muerte del chantajista podría ser necesaria, en el sentido descrito de *no existir un medio menos lesivo* de evitar con seguridad que se consume la agresión iniciada. Éstos son precisamente los supuestos más controvertidos, dada la ostensible desproporción de los bienes jurídicos en juego.

Tal es el caso sobre el que recayó una sentencia del TS alemán (BGH) de 12 de febrero de 2003³¹. M chantajeaba al acusado por tra-

²⁹ Situación parecida puede presentarse en el delito de amenazas condicionales con mal delictivo, en que ciertamente puede acudir a la policía, pero precisamente recabar el auxilio policial puede desencadenar la materialización del mal delictivo, como previamente puede haber advertido el autor de las amenazas.

³⁰ NStZ 1997, pp. 266 y ss.

³¹ Comentario de Schneider en NStZ 2003, pp. 425 y ss.

ficar éste con copias ilegales. El día de autos, M —junto con A, procesado en otra causa— fue a buscar al acusado, le exigió de nuevo el pago de 5.000 marcos, y le amenazó con denunciarle a la policía y con destruir su vivienda, al tiempo que pisoteaba el alijo de discos compactos. En ese momento, el acusado le entregó a A la cantidad exigida, en tanto que M permanecía con las manos en los bolsillos en el dormitorio. Inesperadamente, el acusado le acometió por detrás, con intención de matarle, airado porque M le quería arrebatar todo su dinero y destruirle la vida. Con gran rapidez le echó hacia atrás la cabeza, le golpeó repetidas veces y le degolló con una navaja que sacó del bolsillo. El tribunal de instancia condenó al acusado por asesinato con alevosía, al haber actuado por sorpresa, sin posibilidad de que la víctima se apercibiera para el ataque, rechazando la existencia de situación de defensa por el hecho de haber concluido ya la controversia, incluida la destrucción de algunos discos compactos, una vez satisfechas las exigencias del chantajista M. El BGH niega la alevosía y aprecia la legítima defensa, matizando no obstante que no se trata sólo de una reacción frente a un puro chantaje, sino frente a una extorsión, razón por la que queda abierta la cuestión aquí objeto de análisis.

La necesidad *en concreto* de la acción defensiva referida a las reacciones más drásticas, basadas en restricciones ético-sociales a la legítima defensa, la ha negado Amelung³², en cuanto que trascienden a las meras relaciones chantajista-chantajeados y nunca podrían esclarecerse de cara a la sociedad. En efecto, la necesaria clandestinidad de la reacción defensiva se opondría al principio del prevalecimiento del Derecho, fundamento (junto a la defensa de bienes jurídicos individuales)³³ de la legítima defensa. Pero como para el chantajeado la reacción defensiva violenta (p. ej., matar a la víctima) debe por principio mantenerse en secreto, ya que lo contrario equivaldría a que se materializara el mal que se anticipó en la amenaza, la comunidad nunca podrá conocer que el tipo realizado quedaba cubierto por una causa de justificación, teniéndolo por uno no justificado³⁴. A juicio de

³² AMELUNG, GA 1982, pp. 391 y ss.; el mismo, NStZ 1998, pp. 70 y ss.; también Roxin, *Derecho Penal. Parte General* I, § 15, n.º marg. 87. Ambos reconocen que no cabe negar la presencia de los requisitos de la legítima defensa, incluida su necesidad en abstracto (*Erforderlichkeit*), pero con aplicación de valoraciones globales del ordenamiento jurídico o de consideraciones ético-sociales, discuten, por las razones que se analizan en el texto, que la defensa drástica sea adecuada o indicada en concreto (*geboten*).

³³ Aspecto al que ya se aludió al analizar el requisito de la provocación de la legítima defensa.

³⁴ Esta idea la ilustra Amelung (NStZ 1998, p. 71, nota 14) con una cita de Kant: «todas las acciones que afecten a derechos ajenos, y cuyos principios no puedan darse a conocer a la generalidad, son injustas». Obsérvese, sin embargo, como la idea de Kant podría resultar compatible con la admisión de la legítima defensa en los su-

Amelung, no puede considerarse ejercicio de una causa de justificación, de que prevalega el Derecho frente a lo ilícito, cuando las medidas defensivas no las percibe la comunidad como prevalecimiento del Derecho, sino como su infracción, conduciendo a conmovir la confianza en la vigencia el ordenamiento jurídico³⁵.

Por otra parte, como estima que el interés en el autoencubrimiento del chantajeado, el interés en que se mantenga oculto su comportamiento, no goza de una protección ilimitada (como en el Derecho español lo prueba el propio art. 171.3 CP, que no concede un derecho a la impunidad por las conductas objeto de chantaje), tal interés debe ceder ante el mantenimiento de la confianza en la vigencia del ordenamiento jurídico³⁶. De esta manera sólo podrían quedar justificadas las medidas defensivas cuyo resultado lesivo no llega a conocimiento de la generalidad, como las que denomina «contramedidas comunicativas» (amenaza o engaño) o la obtención de pruebas del chantaje, y por tanto no conmueven la referida confianza³⁷, a diferencia de la realización de otros tipos, como allanamiento de morada, hurto, daños, lesiones u homicidio, que sí lo harían.

Este planteamiento lo comparte en lo fundamental Roxin, al entender que, si bien concurre la *necesidad* genérica de defensa (puesto que el sujeto no tiene otra opción si quiere preservar sus bienes jurídicos)³⁸, en estos casos la legítima defensa no está *indicada* en tanto que el interés en que prevalezca el Derecho es menor de lo ordinario, por cuanto que desde el punto de vista preventivo no es deseable una defensa violenta, y la víctima que tiene algo que ocultar no puede salvaguardar intereses preventivos de la comunidad jurídica³⁹. Roxin,

puestos que nos ocupan, puesto que el principio es generalizable: la comunidad aceptaría la defensa frente la agresión contra la libertad y el patrimonio, e incluso comprendería las razones de que su ejercicio se mantuviera oculto.

³⁵ En el mismo sentido habla Roxin de que tales medidas no serían deseables desde el punto de vista preventivo; Roxin no obstante se distancia del criterio de Amelung de excluir todas las reacciones defensivas que lleguen a conocerse (en tanto que la justificación nunca será conocida), y amplía por tanto el ámbito de las medidas que considera necesarias en concreto, excluyendo sólo las reacciones violentas, pero admitiendo en cambio la comisión de tipos como los daños, el allanamiento de morada o el hurto.

³⁶ GA 1982, 394-397.

³⁷ AMELUNG, *NStZ* 1998, pp. 70 y ss. Por razones evidentes, en estos casos el chantajista tampoco denunciará los tipos en que ha sido víctima como consecuencia de la defensa.

³⁸ *Derecho Penal. Parte General* I, § 15, n.º marg. 50.

³⁹ *Derecho Penal. Parte General* I, § 15, n.º marg. 87. Incidentalmente, llama la atención la heterogeneidad de una limitación, como ésta, de la legítima defensa en

sin embargo, admite también la justificación de toda conducta defensiva no violenta, como la recuperación del material probatorio mediante tipos como el allanamiento de morada, extremo al que no llega Amelung.

No obstante, no se entiende por qué los miembros de la comunidad, puesto que nadie es perfecto e irreprochable, no han de estar interesados en que la posibilidad de enfrentarse a una reacción de legítima defensa del chantajeado desempeñe una función preventiva que disuada a potenciales chantajistas. Además, la comunidad es consciente de que, consustancialmente, sólo de manera oculta puede neutralizarse el chantaje y no tiene inconveniente en asumir que así sea, puesto que pocos de sus miembros están libres de verse víctimas de tal situación.

El razonamiento basado en la idea de clandestinidad no convence porque, al afirmar la antijuricidad de la reacción del chantajeado, llevaría a afirmar asimismo el carácter justificado de la defensa frente a ella por parte del chantajista, incurriendo así en contradicción interna, pues tampoco el chantajista podría entonces contribuir a esclarecer plenamente los hechos, debido a que ello implicaría autodenunciarse como autor de un chantaje previo, que condujo a la situación defensiva desde su punto de vista.

Pero el principal argumento en contra indica que la necesidad de defensa no puede depender de que el carácter lícito o ilícito del hecho quede sin esclarecer⁴⁰, porque el autor procurase que su autoría (y consiguientemente el haber obrado en legítima defensa) quedase oculta. La idea de preavalecimiento del Derecho no puede entenderse de modo puramente fáctico, en el sentido de que esté ausente si se resiente la seguridad de la comunidad debido a que ésta se forme una idea errónea acerca de la realización de un determinado tipo. El sentir de la comunidad sólo podría tenerse en cuenta en el contexto de juzgar sobre la necesidad de defensa presuponiendo el conocimiento por ésta de la auténtica situación, no de su apariencia. Como con razón se ha señalado, no puede considerarse ilícita una conducta de-

función de su carácter indicado (*Gebotenheit*) pensada *específicamente* para la realización de *un* tipo (el de chantaje), en comparación con los otros tres supuestos tradicionalmente admitidos en la doctrina alemana, que se refieren *genéricamente* a la defensa frente a imputables, frente a agresiones insignificantes y a la defensa en el marco de las relaciones familiares.

⁴⁰ Kroß, op. cit., pp. 73 y ss. También Jakobs (*Derecho Penal. Parte General*, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2.ª ed., 1997, p. 471, nota 49) cuestiona que en todo caso la situación justificante tenga *ex post* que poderse dar a conocer.

fensiva sólo porque suscite una apariencia errónea y conmueve la confianza en el ordenamiento jurídico⁴¹.

La necesidad de defensa es, pues, un requisito de naturaleza puramente objetiva, que depende de elementos también objetivos presentes en el momento del hecho, elementos cuya concurrencia debe enjuiciarse objetivamente *ex ante* (apelando al clásico «tercero sensato en la posición del sujeto»), mientras que a efectos de apreciarla resultan irrelevantes las intenciones subjetivas que puedan concurrir junto con la voluntad de defensa (ésta sí imprescindible), como p. ej. la intención de, por razones de conveniencia personal, mantener oculto el hecho. Tal intención puede darse en multitud de supuestos de legítima defensa con todos sus elementos, por tanto indicada objetivamente (y en tanto que tal, necesaria), en que el autor a toda costa pretende evitar un proceso penal, p. ej. debido a que duda si podrá probar haber actuado defensivamente, o ser creído, al no contar con testigos de lo acaecido. Mantener lo contrario supondría imponer a quien obra en legítima defensa el deber de denunciarse a sí mismo, siendo así que no por ejercerla está obligado a contribuir al esclarecimiento de los hechos. Como tampoco tiene sentido distinguir entre la acción de legítima defensa dirigida desde el principio a mantenerse oculta, como ocurre en el chantaje, y la que sólo después de realizada se estima conveniente mantenerla oculta, como ocurre en los otros casos⁴².

En definitiva, la necesidad de la acción defensiva llevada a cabo se mide por lo objetivamente necesario, esto es, por la existencia de una situación de legítima defensa en términos objetivos, lo que está presente en el caso del chantaje, sin que el no esclarecimiento de los hechos, tendencial o episódico, esto es, la imagen que la comunidad se forma de lo acaecido, pueda influir en la apreciación de tal necesidad.

Por otra parte, desde el punto de vista de la prevención general del delito de chantaje, resulta oportuno que los potenciales autores, que por la propia índole de la agresión antijurídica que llevan a cabo son conscientes de que la víctima no podrá recabar auxilio de la autoridad (por lo contraproducente de que se conozcan los hechos deshonrosos o delictivos), no puedan contar con restricciones al ejercicio de la legítima defensa por parte de dicha víctima, derivadas del carácter necesariamente oculto de tal ejercicio, sino que precisamente por la legitimidad de la potencial reacción defensiva se vean disuadidos de cometer el delito.

⁴¹ KASPAR, GA 2007, p. 40; Seesko, op. cit., p. 100.

⁴² Así, EGGERT, NStZ 2001, p. 229.

También se ha negado la necesidad de la defensa únicamente para algunos supuestos de chantaje. Así, Novoselec⁴³ distingue a estos efectos entre los supuestos de amenaza con divulgar hechos deshonorosos y la amenaza con denunciar por delito, afirmando para los segundos la exclusión de la legítima defensa, basándolo en que nadie tiene derecho a defenderse de un futuro proceso penal, pues de lo contrario se negaría el principio de prevalecimiento del Derecho.

El planteamiento, sin embargo, parece incoherente. Una vez admitido que se da una agresión actual e ilícita frente a un menoscabo de la libertad de elección y del patrimonio, negar la defendibilidad de un supuesto derecho a verse libre de persecución penal no tiene la virtualidad de hacer desaparecer los otros dos bienes jurídicos necesitados de defensa. La necesidad de defensa resulta, pues, innegable, y el agredido no tiene por qué asumir el menoscabo de intereses propios (lo que ocurriría al denunciar el chantaje, y el propio delito, a la autoridad), ya que el principio de necesidad no lo reclama⁴⁴.

Por otra parte, téngase presente que el límite entre ciertos delitos de escasa gravedad y los hechos deshonorosos puede ser muy fluido, por no hablar de ciertos hechos no constitutivos de delito, que sin embargo pueden conllevar consecuencias jurídicas negativas, como los ilícitos administrativos. Piénsese p. ej. en la defraudación fiscal o el contrabando que, de alcanzar cierta entidad, incluso se convierte en delito. La necesidad de que prevalezca el Derecho, persiguiendo los delitos cometidos, no puede hacer desaparecer la necesidad de defender bienes jurídicos como la libertad y el patrimonio.

En el supuesto de amenazar con divulgar hechos deshonorosos, en cambio, Novoselec afirma la necesidad en concreto de defensa cuando no puede recurrirse a la policía, o ésta no interviene, mientras que si la policía puede intervenir contra el chantajista, aun teniendo que asumir el sujeto que la propia policía conozca su secreto deshonoroso, estima ausente la necesidad en caso de que opte por conjurar el peligro atentando contra bienes jurídicos del chantajista.

Sin embargo, no queda claro en estos casos cómo conseguir que el secreto quede sólo en conocimiento de la policía. La remisión al auxilio policial denota una candidez extrema, con olvido de lo característico del chantaje: que recurrir al auxilio policial no ofrece perspectiva alguna de evitar el mal con que se ha amenazado.

En suma, también ha de estimarse presente en los supuestos de chantaje la necesidad de intervención defensiva. En el último apar-

⁴³ *NStZ* 1997, 220 s.

⁴⁴ En tal sentido, Amelung, *NStZ* 1998, p. 70.

tado, dedicado a la toma de posición propia, se analizará si, aun siendo esto así, cabe señalar límites, y en concreto si resulta admisible incluso matar al chantajista, en muchas ocasiones la única posibilidad de garantizar su silencio.

III. Propuesta

Del análisis de los requisitos de la legítima defensa en el Derecho vigente parece desprenderse que, al no estar ausente ninguno de ellos en los supuestos de chantaje, nada se opone a admitir su ejercicio con carácter general.

Es más, del rechazo de la posibilidad de ejercitar la legítima defensa se derivarían consecuencias absurdas. Así, ha de tenerse presente que, negando la posibilidad de ejercicio de la legítima defensa a la víctima del chantaje, su acción para repeler la amenaza condicional sería antijurídica, y frente a ella el chantajista o un tercero podría reaccionar entonces a su vez en legítima defensa o como mínimo en estado de necesidad (agresivo o defensivo), conclusión difícil de asumir.

Lo absurdo del referido rechazo queda de manifiesto sobre todo teniendo en cuenta que para un tercero que observara el delito de chantaje en curso surgiría un deber de intervenir para impedirlo, cuyo incumplimiento daría lugar a responsabilidad por el delito de omisión del deber de impedir determinados delitos del art. 450 CP (entre los que se cuentan los atentatorios contra la libertad, y desde luego indudablemente el de amenazas condicionales). La contradicción no podría resultar más evidente: la defensa propia que se le niega a la víctima no sólo contrastaría con la legítima defensa de terceros que en cambio sí sería admisible, sino que además aquí la legítima defensa de terceros se eleva a la categoría de deber exigible, la omisión de cuyo cumplimiento da lugar a la realización de un delito contra la Administración de Justicia. Como queda claro que frente a la acción exigida de legítima defensa de terceros no se admitiría la reacción defensiva del chantajista (o de quien lo auxiliara), tampoco cabría dicha reacción frente a la defensa propia de la víctima.

Pues bien, una vez dado por sentado que la defensa aparece como necesaria, surge la cuestión de si resulta aconsejable prever restricciones a dicho ejercicio, y en concreto en relación con la muerte del chantajista.

De entrada debe señalarse que al emprender la tarea de establecer y fundamentar las necesarias restricciones no cabe sustraerse a la impresión de practicar creación del Derecho, de estar invadiendo com-

petencias propias del legislador, con el riesgo inherente para el principio de legalidad (por la ampliación del ámbito de la punibilidad para la víctima del chantaje como consecuencia de la restricción del ejercicio de la legítima defensa), así como sobre todo al adoptar las valoraciones subyacentes en el ámbito de la valoración relativa de los bienes jurídicos en juego.

Por otra parte, como criterio restrictivo ha de descartarse la idea genérica de proporcionalidad, propia del estado de necesidad y ajena a la legítima defensa, en la que el agresor se ha situado en una posición hostil al Derecho al pretender menoscabar ilícitamente bienes jurídicos ajenos. Sin embargo, no le falta razón a Amelung⁴⁵ cuando señala que, en la medida en que la legítima defensa se ha ido refiriendo a la protección de bienes distintos que los más valiosos, vida e integridad física, en cierto modo se ha internado en el campo de acción de la idea de la ponderación de intereses.

Pero el principio restrictivo puede venir de la mano del deber de solidaridad mínima que no compromete intereses esenciales del agredido, enunciado en un contexto general por Mir Puig⁴⁶ y Baldó Lavilla⁴⁷, sobre todo apuntando a un deber de elusión. Este deber daría lugar a tener que tolerar la agresión, y a descartar por tanto la legítima defensa plena, cuando, en una situación de necesidad genérica de defensa, el único medio en concreto disponible entraña una intervención en la esfera de intereses del agresor tan *desmesuradamente desproporcionada* que no cabe afirmar con rotundidad la «necesidad racional» (necesidad en concreto) del medio empleado, aun siendo el único (ya) disponible. Nótese que de la propia existencia de desproporción se deriva que no están en juego intereses existenciales, vitales, del agredido (vida, integridad física, salud), y que por tanto no cabe sacrificar bienes existenciales del agresor, y en particular su vida⁴⁸, todo ello en virtud del referido deber de solidaridad mínima.

⁴⁵ GA 1982, p. 381.

⁴⁶ Op. cit., pp. 429 y 437. Mir explica esta aparente «cesión del Derecho ante el injusto» en los casos de desproporción extrema a través del avance desde el idealismo liberal del siglo XIX, para el que el agresor supone simplemente la negación del Derecho, al realismo social actual, para el que el agresor no deja de ser una persona «cuya lesión constituye un mal real, que puede estar justificado pero que a ser posible sería preferible evitar» (p. 429).

⁴⁷ Op. cit., p. 310. Baldó, no obstante, distingue muy nítidamente este principio específico del de proporcionalidad, propio del estado de necesidad, con el que no debe confundirse (pp. 322 y ss.). Por eso aquí la legitimidad sólo excluye los casos de *extrema* desproporción de la lesión con respecto al bien jurídico puesto en peligro por el ataque.

⁴⁸ Demasiado lejos va Bernsmann (ZStW 1992, pp. 326 y ss.) al proponer restringir la licitud de la muerte del agresor a los casos de atentados contra la vida de la víctima,

En los supuestos que nos ocupan, en que acabar con la vida del chantajista representaría el único medio eficaz para evitar la lesión, el ámbito de actuación lícito de la víctima se reduciría, puesto que aquí queda fuera de consideración el eludir el ataque, a tolerarlo. Repárese en que aquí no hablaríamos de eludir la agresión, sino de tener que tolerarla, y que habría que dar por supuesto —lo que no es poco— que la libertad de decidir constituye un bien de valor sumamente inferior al de la vida, y por lo mismo de valor no esencial. El deber de tolerar se concretaría en la cesión a las pretensiones del chantajista, o en la denuncia del delito a la Administración de Justicia. Y la limitación de la libertad de decisión se habría producido en todo caso, al quedar ésta circunscrita a las dos únicas opciones indicadas, derivadas de la ponderación subjetiva entre el patrimonio y la reputación.

Téngase asimismo presente que, al considerar doctrina y jurisprudencia a la necesidad en concreto del medio de defensa empleado como requisito no esencial de la legítima defensa, la muerte del chantajista no calificable como «necesaria racionalmente» podría estar amparada, con todo, por la eximente incompleta (art. 21.1.^a CP, en relación con el 20.4^o).

Sin embargo, en los supuestos de chantajistas que llegan a dominar la vida de la víctima, habiendo reiterado el chantaje en el pasado y existiendo perspectivas de que perdure, entiendo que tolerar la agresión comprometería bienes jurídicos existenciales de la víctima, motivo por el cual desaparecería la desproporción absoluta con la lesión de la vida y volvería a estar presente la «necesidad racional» incluso de un medio defensivo tan drástico como el de dar muerte al agresor para conjurar el peligro del cumplimiento de su amenaza.

o como mucho los de ataques que entrañarían una devaluación permanente de su calidad de vida. En lugar de justificar reacciones defensivas tan drásticas, aun afirmandose la necesidad de la defensa, debido a que se han agotado otros medios menos lesivos o a que no estaban disponibles desde el principio, Bernsmann propone recurrir a la exculpación basada en estados pasionales.