

NOTAS ACERCA DEL CHANTAJE Y DE LA CLÁUSULA DE OPORTUNIDAD EN SU PERSECUCIÓN (*)



Jesús Barquín Sanz

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Granada

[Pulse aquí para escribir al autor](#)

SUMARIO:

I. Luis Portero, en el recuerdo

II. Notas sobre el delito de chantaje

III. Sobre el principio de oportunidad en la persecución del chantaje y la atenuación facultativa de la pena correspondiente al delito revelado

I. Luis Portero, en el recuerdo

§1 He escogido el presente tema como asunto de mi pequeña aportación al homenaje a Luis Portero por motivos sentimentales que creo justifican suficientemente -junto al dato de que cualquier materia penal tiene, casi por definición, implicaciones de derechos fundamentales y libertades públicas, sin que el delito de chantaje sea una excepción- el apartarse ligeramente de la temática general de derechos humanos que orienta este volumen. En el verano del año 2000 estaba preparando unos materiales sobre los delitos de amenazas en general, destinados a un trabajo de más amplio alcance que debe ver la luz en el próximo futuro, y en unos apuntes en los que pergeñaba el plan de trabajo escribí una nota personal referida al párrafo tercero del artículo 171 CP que decía literalmente así: "Tengo que hablar con Luis Portero de este tema". No me cabía la duda, no me podía caer la duda de que, como tantas otras veces, Luis tendría la paciencia de sentarse conmigo y explicarme los pormenores prácticos de la aplicación en la realidad procesal cotidiana de una norma que atribuye a la fiscalía gran protagonismo. En lugar de llamarle justo a la vuelta de las vacaciones, pensé que sería menos abusivo de mi parte esperar a que el comienzo del curso nos hiciera coincidir necesariamente en el Departamento de Derecho Penal. Fue un error imprevisible que lamento en lo más profundo, ya que me privó de un último encuentro, una última conversación con Luis que ahora guardaría entre mis más preciados recuerdos, como forma parte de ellos la imagen serena y la voz suave pero firme de un gran hombre al que tuve la suerte de tratar como amigo y cuya memoria contribuye a reforzar la convicción de cuánto importa aspirar a ser honestos, leales e íntegros. Porque Luis Portero era un hombre ejemplar que siempre estará en el recuerdo de quienes lo conocimos.

II. Notas sobre el delito de chantaje

§2 Los delitos de amenazas de los artículos 169 a 171 CP se construyen en general a través de la combinación de seis criterios fundamentales, cuya presencia o ausencia determina la calificación concreta que procede en cada caso, así como la penalidad:

- a) El primero de ellos es el más complejo: anuncio de un mal, que debe estar referido a unos determinados valores, a unos determinados sujetos y que tiene que alcanzar cierto nivel de gravedad.
- b) El mal anunciado puede ser constitutivo de delito, o bien no constituir delito.
- c) La amenaza puede establecerse en términos condicionales o directos (amenaza simple, no condicional).
- d) En los casos de amenaza condicional, puede suceder que el amenazado cumpla la condición exigida o bien que no la cumpla.
- e) En ocasiones el tipo tiene en cuenta el medio empleado para comunicar la amenaza.
- f) Por último, también puede ser relevante que la amenaza esté dirigida a atemorizar a un colectivo.

De todos estos elementos, el chantaje descrito en el número segundo del artículo 171 CP (1) toma los más relevantes y prescinde de los identificados con las letras b) (2), e) y f), al tiempo que encuentra su especificidad en la identificación del mal con que se amenaza, de la clase de condición exigida y de la coincidencia entre la víctima del chantaje y el destinatario del mal anunciado, entre otras cuestiones menores. De modo que la estructura profunda del chantaje es equivalente a la de los tipos de amenazas condicionales de los artículos 169.1º y 171.1 CP: el hecho desvalorado consiste en hacer pender la ejecución de un mal sobre una persona, a la que se exige el cumplimiento de una condición como precio para no causar el perjuicio (3). A su vez, la gravedad del delito expresada a través de la pena que lleva aparejado va a depender de si el autor de la amenaza o chantaje consigue o no su propósito, ya consista éste en el cobro de una cantidad, ya en la obtención de otro beneficio. Éste es el esquema básico del chantaje, como lo es de la amenaza condicional de delito y de la amenaza condicional de mal no delictivo. Ahora bien, puesto que el mal con que se amenaza en el chantaje necesariamente tiene que ser o bien constitutivo de delito o bien no constitutivo de delito, se ha puesto en duda el acierto de la decisión politicocriminal de calificar de forma independiente en el Código Penal los atentados contra la libertad de voluntad de la víctima que vienen asociados a un ataque contra la intimidad (4). En todo caso, de la combinación del desvalor de la amenaza y del atentado contra la intimidad y el honor surge, a juicio del legislador, un injusto contra el sentimiento de tranquilidad del amenazado que merece especial tutela, aspectos en los que radica el fundamento de esta figura (5).

§3 Hasta su reciente tipificación expresa en el número 2º del artículo 171 CP, el tratamiento jurídico-penal del chantaje -concebido como exigencia a alguien de una prestación, usualmente económica, a cambio de no divulgar hechos no conocidos y perjudiciales para la persona del sujeto pasivo, bien por afectar a su reputación, bien porque puedan dar lugar a una reacción del ordenamiento jurídico en su contra, o por cualquier otro motivo- venía siendo objeto de discusión en la doctrina española, en ocasiones como un problema relativo al ámbito de aplicación de las amenazas condicionales de mal no delictivo (6), aunque debe señalarse que en el ámbito del chantaje entran también las amenazas de descubrimiento y revelación de secretos, o de injurias y de calumnias (infracciones que tanto antes como ahora están entre las relevantes en las amenazas de delito), por lo que su calificación vendría a poder ser tanto la de amenaza condicional de mal delictivo cuanto la de amenaza condicional de mal no delictivo en el supuesto de que no existiera el tipo del artículo 171.2 CP (7). Por otra parte, el tipo del artículo 171.2 CP no abarca todos los supuestos considerados chantajes en el lenguaje común, al restringir su operatividad a la amenaza de revelación de hechos ocultos relativos a la vida privada o las relaciones familiares, y al restringirla

asimismo a la exigencia de una cantidad o recompensa. Si, por ejemplo, se amenaza condicionalmente con la difusión de datos sobre la liquidez de una sociedad anónima, estaremos normalmente en el ámbito del artículo 171.1 CP (o del artículo 169.1 CP, en el caso de que el mal con que se amenace sea subsumible en alguno de los tipos de descubrimiento y revelación de secretos) (8). Del mismo modo, si se exige a un sujeto el cumplimiento de una obligación de hacer derivada de un contrato como condición para no difundir datos sobre sus relaciones sexuales extraconyugales, estaremos, en su caso, ante un supuesto subsumible en el número primero del artículo 171 CP, y no en el número segundo, por no poderse reconducir los hechos a la exigencia de cantidad o recompensa.

En el presente escrito nos centraremos en los problemas específicos que plantea el chantaje tal como se regula en el artículo 171.2 CP, pero conviene comentar previamente un par de cuestiones de alcance más amplio, que afectan en general a los delitos de amenazas y que se presentan con especial relevancia en el chantaje: la licitud de la condición, eventualmente combinada con la licitud del mal anunciado, y la exigencia de una condición consistente en una conducta debida.

§4 En cuanto a las condiciones lícitas, el tema de si puede integrar un delito de amenazas el anuncio de cualquier tipo de males, lícitos e ilícitos, o sólo los que comportan infracción de una norma jurídica, ha sido objeto de intensa polémica doctrinal (9). En favor de la primera opción se han manifestado tradicionalmente los partidarios de dar cabida al chantaje entre las amenazas condicionales. Sin embargo, a esta idea se oponía la observación de que, quien amenaza con causar un mal lícito, tiene derecho a producirlo, por lo que se puede afirmar que el que "amenaza" a otro con causarle un mal que tiene derecho de producir si no cumple cierta condición, está ofreciendo la renuncia a un derecho propio a cambio de ciertas ventajas, lo que es, en sí mismo, perfectamente lícito y no puede considerarse delito, "y ello es especialmente claro en los supuestos donde la condición impuesta es también lícita" (10).

La jurisprudencia tiende a resolver el asunto por la vía de la relación entre el derecho que se ostenta y la contraprestación que se exige (teoría de la relación, con origen en ENGELHARD y defendida en España a partir de RODRÍGUEZ DEVESA y QUINTANO (11)). No considera que lo relevante sea si el mal o la condición es lícito cada uno por su parte, sino si existe una correlación entre uno y otro. Así, cuando se exige dinero por un juez sustituto como condición para no enviar la policía a controlar el horario de cierre de unos locales nocturnos, aunque tan legítima sea una cosa como la otra, el hecho será punible por ausencia de tal correlación (12). A nuestro modo de ver, esta solución apunta en el sentido acertado, aunque tal como está formulada por los tribunales resulta demasiado amplia (13). Lo relevante no ha de ser si el sujeto tiene derecho en abstracto a actuar en el sentido de la amenaza -esto es, si el amenazador tiene dentro de su ámbito de disposición la ejecución del mal-, por lo que podrá haber amenaza típicamente relevante en casos en que el mal que se anuncia es perfectamente lícito. Pero tampoco ha de llegarse al extremo de convertir en ilícito todo anuncio condicionado de una conducta cuya efectiva realización sería legítima. La cuestión está en un doble criterio que ha de combinarse para decidir en los casos de amenaza de mal lícito si el hecho es típicamente relevante: a) si el sujeto tiene o no derecho a traficar jurídicamente, a disponer de la ejecución de la conducta perjudicial que se anuncia (14); b) la seriedad del mal que se hace pender y la correlación entre éste y la condición exigida. Nos explicamos.

En primer lugar, la mayor parte de los casos en los que parece claro desde un punto de vista de política criminal que la combinación de una condición lícita con un mal lícito está abarcada por el tipo, son supuestos en los que el amenazador no se encuentra en una relación de derecho, sino de deber: por ejemplo, amenaza del funcionario de poner en marcha el expediente sancionador que procede por la actuación de una empresa. Pero nos interesa más en el contexto del chantaje un caso como el consistente en amenazar con denunciar a la autoridad -y, de modo implícito, revelar públicamente- ciertos hechos delictivos conocidos por el que la profiere, materia en la que se ha producido un cambio normativo a raíz del CP 1995, puesto que el antiguo artículo 338 bis.2 CPTR 73 tipificaba la conducta consistente en abstenerse de comunicar a la autoridad en el plazo más breve posible un delito perteneciente a serie concreta de ellos, mientras que el vigente artículo 450 CP no castiga tal omisión. Pero el contenido y la naturaleza de las relaciones jurídicas entre los particulares

y de los particulares con los poderes públicos no es asunto exclusivo, como resulta obvio, del Código Penal y, a pesar de la destipificación de esta conducta omisiva, creemos que traficar con la posibilidad de denunciar hechos cometidos por otras personas implica la vulneración de obligaciones cívicas genéricas que se encuentran en la base de la convivencia. Además, en estas ocasiones, no se puede afirmar propiamente que el mal sea lícito, pues se está negociando ilícitamente con la denuncia, que normalmente no se configura como un derecho, sino como un deber, independientemente de que su infracción haya dejado de ser típica (15).

En segundo lugar, habrá ocasiones en las que la gravedad de los hechos (téngase en cuenta la naturaleza circunstancial que tienen los delitos de amenazas con carácter general) justifiquen el recurso al criterio de la correlación, pero siempre con gran cautela de no restringir desde el punto de vista penal libertades reconocidas en otros ámbitos jurídicos, máxime cuando se hace por vía de interpretación no literal, en atención a las necesidades de protección de los bienes jurídicos en juego.

§5 En cuanto a la segunda cuestión, en el número 1º del artículo 171 CP se contiene la exigencia típica expresada en términos negativos de que la condición no ha de consistir en una conducta debida. Esta cláusula tiene el alcance de, por un lado, dejar por completo fuera del tipo aquellos casos en los que la condición tiene una relación inequívoca con la ejecución del mal y también aquellos otros en que consiste en la exigencia del cumplimiento de una obligación: si no accede a cumplir las cláusulas del contrato, lo consideraré resuelto (16), si no retira esas afirmaciones, "le empapelo" (17); si no paga, le demando; si no cierra usted a la hora que las normas disponen, le denuncio; pero también, si no me paga lo que me debe, denunciaré al ayuntamiento los ruidos molestos que en la madrugada provoca su negocio. Asimismo, es un indicio de que el legislador deja abierta la puerta para estimar relevantes en el marco de este delito condiciones que, examinadas en términos absolutos, son lícitas. Pero una cosa es que una condición lícita pueda integrarse en estos delitos y otra que necesariamente deba integrarse; no creemos que se deba extraer la conclusión a sensu contrario de que todas las demás clases de condiciones imaginables distintas de las conductas debidas sí sean relevantes a los efectos del tipo. Ya hemos explicado los criterios que deben presidir, a nuestro juicio, la aplicación de los delitos de amenaza condicional en los casos en los que la condición no sea ilícita, con la omnipresente evaluación de la seriedad de la amenaza y de la gravedad de los hechos a la luz del conjunto de circunstancias relevantes.

Algunos autores, como FERRERO & RAMOS, después de haber explicitado que, al tratarse de un tipo agravado, debe cumplir todos los requisitos del tipo básico (artículo 171.1 CP) (18), defienden que la condición no puede consistir en una conducta debida, en cuyo caso "la conducta estaría justificada y no nos encontraríamos ante el tipo de amenazas que estamos analizando" (19). Por el contrario, alguna jurisprudencia, como la SAP Baleares 30 septiembre 1999, a pesar de considerar expresamente que el anuncio de mal constitutivo de delito en ningún caso constituye chantaje, sino, en su caso, delito del artículo 169 CP, descarta que la cláusula relativa a la exclusión de la relevancia típica de la exigencia del cumplimiento de una conducta debida incluida en el número 1 del artículo 171 CP sea aplicable al chantaje del artículo 171.2 CP (20). Por un lado, es criticable la incongruencia, dado que no podrá el tipo del párrafo primero ser básico con respecto al del párrafo segundo y, al mismo tiempo, construirse este segundo de modo independiente. No obstante, y precisamente por el carácter autónomo que la regulación del chantaje tiene, creo correcta la observación de que la cláusula de la conducta debida no es aplicable a los delitos de chantaje en los mismos términos estrictos que a las amenazas condicionales de mal no delictivo, sino que es más adecuada la teoría ya expuesta de la relación que tradicionalmente viene siendo empleada en nuestro Derecho, con las matizaciones que explicamos supra.

Por último, cabe efectuar una observación en el sentido de que, en ocasiones, el dato de que el autor de una amenaza exija una condición a la que la víctima está jurídicamente obligada deberá hacer inaplicable la modalidad condicional de la amenaza, pero dejará subsistente el delito de amenaza simple. Obviamente, para que esto sea así, resultará necesario que la amenaza lo sea de mal delictivo (artículo 169.2 CP) (21), lo que, por otra parte, nos aleja del tipo que estamos examinando.

§6 Para que una amenaza sea constitutiva de chantaje, será preciso que el mal cuya producción se anuncia tenga determinadas características expresadas por el tipo. De esta serie de notas, la primera es que en su núcleo se encuentra el anuncio de causar un mal, que necesariamente ha de consistir en la difusión pública de hechos que desmerezcan la reputación de la víctima. Pero no basta con la amenaza de revelar cualquier dato que responda a esta descripción, sino que el tipo es aun más estricto en su formulación: debe tratarse de "hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés". PRATS CANUT afirma -acertadamente a nuestro juicio- que es superflua a referencia a la fama, crédito o interés de la víctima y que lo relevante será "la revelación de datos personales o familiares sobre los cuales, por su contenido, el titular tenga un derecho de exclusión frente a terceros", a lo que añade la exigencia de relevancia suficiente de tales datos o informaciones como para que la amenaza de su revelación intimide al chantajeado (22), lo que implica poner el acento no en la protección de la fama o el honor, sino en la de la libertad, que es el bien jurídico protegido por el tipo.

No obstante, la jurisprudencia (23) no siempre es coincidente con el anterior punto de vista y, en las escasas resoluciones disponibles, tiende a centrar la construcción del tipo en la idoneidad de la revelación para afectar la reputación del amenazado (24). Éste es el caso, por ejemplo, de la SAP Barcelona 21 julio 1999, que insiste en que la prueba debe acreditar "el hecho de que esa revelación de la relación íntima pudiera afectar efectivamente a la fama, crédito o intereses" de la víctima (25).

Si bien es posible que esta disquisición resulte un tanto artificiosa en la mayor parte de los casos, dado que cabe establecer una relación directa entre la idoneidad de la amenaza para perjudicar la fama de la víctima y su idoneidad para condicionar la libertad de decisión de ésta, también es cierto que lo que constituye el núcleo desvalorativo del tipo es el atentado contra la mencionada faceta de la libertad (26), de modo que parece razonable dejar anotada la conveniencia de hacer recaer directamente sobre este aspecto la delimitación del tipo y no sobre aquel otro valor intermedio que, en este caso, viene a identificarse como fama o reputación de la persona objeto de chantaje.

Por otra parte, aunque el concepto de vida privada debe entenderse en términos comprensivos (27), sobre todo en atención a la implícita e inequívoca inclusión de las actividades delictivas dentro de la misma por parte del artículo 171.3 CP, parece claro que en todo caso deberá tratarse de actividades realizadas directamente por el sujeto, con lo que quedarán fuera, por ejemplo, actividades empresariales o mercantiles de sociedades en las que éste tenga participación pero que no formen parte de su quehacer personal.

§7 Es irrelevante que la eventual comisión del hecho de cuya ejecución se advierte sea constitutiva de delito. En la regulación del viejo código, los casos de chantaje habían de ser necesariamente (28) ubicados en una de las dos figuras típicas de amenazas condicionales, a pesar de la ya comentada tendencia a identificar chantaje y amenaza de mal no delictivo, olvidando que, por ejemplo, las amenazas de mal constitutivo de delito contra el honor -que constituyen algunos de los supuestos clásicos de chantaje (29)- pertenecían al ámbito típico de las amenazas de delito, por lo que en el código derogado su calificación podía ser tanto la de amenaza condicional de mal delictivo cuanto la de amenaza condicional de mal no delictivo (30). En esta misma línea, pero pensando en la regulación vigente, apunta la argumentación de CARBONELL & GONZÁLEZ CUSSAC (31) y de otros autores (32) sobre la calificación conforme al artículo 169.1 CP de los casos de chantaje en los que el mal es delictivo, aplicando aparentemente el principio de pena más grave para la solución del concurso de normas (33). También la escasa jurisprudencia disponible en materia de chantaje parece inclinarse por esta solución cuando se detiene a considerar con algún detenimiento el asunto. Así se ha pronunciado expresamente la SAP Baleares 30 septiembre 1999: "mediante la tipificación articulada en el art. 171.2 CP se ha tratado de configurar una modalidad agravada de las amenazas condicionales no constitutivas de delito" (34). En la misma línea se pronuncia el auto de la AP Lleida 17 diciembre 1999, según el cual el chantaje es "una suerte de amenaza condicional de mal no constitutivo de delito que consiste en la revelación de datos sensibles cuya difusión pública no sería constitutiva de delito contra la intimidad, pues de ser así, debería aplicarse el tipo de la amenaza

condicional de mal constitutivo de delito contra la intimidad previsto en el art. 169 CP" (35).

Se trata de una opinión que se puede considerar mayoritaria, casi unánime (36), a pesar de lo cual no la compartimos. A nuestro juicio, no se trata de una solución correcta conforme a la vigente normativa, pues parece preferible acudir al principio de especialidad y estimar que, dada la expresa tipificación del chantaje, toda conducta subsumible en la descripción del artículo 171.2 CP merecerá tal calificación penal aun cuando conlleve también los elementos típicos característicos de las amenazas condicionales de delito. Dada la semejanza de penalidad, la solución no resulta en un tratamiento punitivo excesivamente privilegiado por esa parte, mientras que tiene la indudable ventaja de permitir la aplicación de la cláusula de flexibilidad u oportunidad procesal recogida en el número 3 de este artículo 171 CP (37). Además, debe tenerse en cuenta el carácter difuso de los delitos contra el honor, en los que, resultando difícil normalmente establecer si se han infringido los límites de la libertad de expresión cuando constan claramente las manifestaciones proferidas y por las que se plantea una persecución penal, parece que será por lo común empeño de diabólica dificultad el de determinar si la aún no expresada realmente sino simplemente anunciada divulgación de hechos que pueden perjudicar la reputación de una persona merecería en su caso la calificación de injurias o de calumnias (38). Por ende, aunque creemos que el problema es más hipotético que real, en todo caso parece más razonable estimar que el delito de chantaje del artículo 171.2 CP goza de autonomía descriptiva frente a la amenaza de mal no delictivo descrita en el párrafo anterior y que abarca el anuncio de todo tipo de atentados contra la pública estimación del amenazado, sin distinguir si su eventual ejecución constituiría delito o no.

§8 Siempre ha de tratarse de una amenaza condicional, si bien la condición está restringida a la exigencia de una cantidad o recompensa. De aquí algunos autores deducen que la condición debe ser siempre lucrativa (39), a lo que se oponen otros (40). El problema dista de estar resuelto, máxime teniendo en cuenta la escasa jurisprudencia disponible sobre esta figura delictiva. A nuestro juicio, no procede plantearse la cuestión en términos cerrados y, cuando el tipo abre la posibilidad (recompensa) a que la contraprestación sea distinta de una cantidad, da cabida tanto a la entrega de objetos y bienes económicamente valorables como a la obtención de otros beneficios. Ahora bien, parece razonable entender que la recompensa debe consistir en algo identificable, más o menos concreto, por lo que no podrá subsumirse en el tipo la amenaza suspendida bajo condición de retornar a la vida en común (41) o de renunciar a la custodia de un menor, o de hacer depender la revelación de una relación extraconyugal del cumplimiento de las cláusulas de un contrato por parte del amenazado, y otros casos equivalentes.

§9 Es relevante el dato de que el sujeto a quien se chantajea entregue lo exigido, aunque sea tan sólo parcialmente, en cuyo caso la pena es más grave que si el chantajista no consigue ningún rédito patrimonial de su conducta ilícita. Llama la atención que en el artículo 171.2 CP se redacte este elemento típico como "conseguir la entrega de todo o parte de lo exigido", frente al artículo 171.1 CP: "conseguir su propósito" y al artículo 169.1º.1 CP: "hubiere conseguido su propósito". De esto se podría derivar, en principio, que el logro sólo parcial del propósito en el ámbito de los artículos 169.1 y 171.1 CP, implica que no deba entenderse conseguido el propósito. Pero también podría estimarse que no hay que darle mayor importancia y que la ausencia de referencia expresa en esas otras disposiciones no significa necesariamente que el régimen jurídico sea diferente. Según esto, al tratarse de una cláusula innovadora, los autores del Código Penal se habrían planteado las cuestiones con mayor precisión que con respecto a otras clásicas como son las relativas a la regulación genérica de las amenazas; además, este tipo exige que la condición consista en la entrega de una cantidad o recompensa, mientras que en los otros la condición puede ser más amplia y en ocasiones no puede cumplirse parcialmente (42). Lo que está claro es que, a los efectos del chantaje, el pago o la entrega parcial de lo exigido vale como cumplimiento de la condición y que el texto legal deja sin resolver expresamente esta cuestión con respecto a los tipos clásicos de amenazas, lo que deja un mayor margen de apreciación (43).

§10 Plantea algunos problemas de coherencia sistemática (44) la exigencia legal de que, en el chantaje, la amenaza y el cumplimiento de la condición han de pender sobre la misma persona a cuya

fama o crédito perjudicaría la ejecución del mal anunciado. Alguna jurisprudencia ha llevado esto a extremos discutibles, al declarar el sobreseimiento de la causa por la falta de la referida identidad (45). Es acertada la observación de que no puede apreciarse un delito de chantaje allí donde una persona recibe el mensaje y la condición mientras que es otra, sea cual sea la relación que una a ambas, la que resultaría perjudicada por la pública revelación de datos o hechos que le conciernen; ahora bien, esto no debería implicar necesariamente la automática impunidad y consiguiente archivo de las actuaciones, sino que habrá de valorarse si la conducta es subsumible en alguno de los tipos de amenazas condicionales de los artículos 169.1 y 171.1 CP. Esta solución viene impuesta por la manifiesta referencia típica a exigir "de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares", lo que excluye del tipo aquellos supuestos en los que los hechos sean referentes a la vida o relaciones de un tercero.

No se especifica que unos medios de comunicación de la amenaza sean más o menos relevantes que otros. Tampoco se prevé agravación por el dato de que el chantaje pueda desplegar sus efectos sobre un grupo o colectivo.

§11 En cuanto a la penalidad de esta figura, viene a ser intermedia, pero no del todo, entre la de las amenazas condicionales de delito y de mal no delictivo. De la comparación entre la penalidad del chantaje y la de la figura delictiva que lo precede en el artículo 171 CP, se obtiene que la pena del delito del párrafo segundo es más grave que la del párrafo primero en casi todos los casos (46), tanto en la comparación de los mínimos (47), como en la de los máximos (48). Algo más compleja es la comparación con la penalidad de la amenaza condicional de delito, pues esta figura típica viene distorsionada por la toma en cuenta de factores ausentes del chantaje, como el empleo de determinados medios de comunicación e, incluso, la semifantasmagórica agravación del artículo 170.1 CP. En todo caso, viene a cumplirse aproximadamente el otro requisito para considerar el chantaje un tipo intermedio entre la amenaza de delito y la amenaza de mal no delictivo: que las penas del artículo 171.2 CP sean inferiores a las del artículo 169.1 CP. En efecto, en esta última disposición se puede llegar a un máximo de cinco años (si se logra el propósito) o de tres años (si no se logra) de prisión frente a los límites máximos del chantaje, que son, respectivamente, de cuatro y dos años. En cuanto a los límites inferiores hay algo más de confusión, ya que los mínimos del artículo 169.1 CP varían significativamente según el medio empleado para comunicar la amenaza y aunque la figura básica lo establece en un año y seis meses respectivamente, según se logre o no el propósito (49), dado que no será extraño que concurra el requisito de que la amenaza se exprese por algún medio interpuesto, distinto de la directa comunicación verbal, será frecuente aplicar la modalidad agravada (mínimos de tres años y de un año y nueve meses, respectivamente) (50).

III. Sobre el principio de oportunidad en la persecución del chantaje y la atenuación facultativa de la pena correspondiente al delito revelado

§12 El número tres del artículo 171 CP (51) incluye una previsión normativa que suele interpretarse acertadamente como el reconocimiento expreso del principio de oportunidad en la persecución del chantaje. En este punto hay acuerdo general, mas no sucede lo mismo en cuanto a la valoración de la norma. Frente a las opiniones en contra (52), a nuestro juicio, dado el carácter casi cotidiano e incluso inevitable del recurso más o menos consciente a criterios de oportunidad en las decisiones del Ministerio Fiscal y a veces también de los órganos judiciales instructores, no creemos que sea intrínsecamente criticable una disposición como ésta, sino todo lo contrario (53) (54).

§13 Esta norma no constituye sólo una cláusula procesal (55), sino que, además, incluye una regla penológica atenuatoria (56). Estas dos previsiones están defectuosamente puestas en relación una con la otra, en una estructura lógica que resuelve menos problemas de los que plantea. Del dato de que la pena de prisión correspondiente al delito con cuya revelación se amenaza sea superior o no a dos años (57), se extraen por el legislador dos consecuencias alternativas que son heterogéneas en su concepto y que, por otra parte, no se excluyen mutuamente: si la pena es de hasta dos años de prisión, puede el fiscal abstenerse de acusar; si es superior, el tribunal podrá atenuar la pena. Esto

deja al descubierto un número de supuestos problemáticos y obliga, como en tantas ocasiones, a esfuerzos interpretativos superiores a lo razonable en un ordenamiento penal que se supone regido por el principio de legalidad, por muy relajadamente que se venga entendiendo en estos tiempos. Consideremos algunas de tales cuestiones.

§14 El número 3 del artículo 171 CP sólo afecta a algunas clases de chantaje: los relacionados con la amenaza de revelar o denunciar un delito, expresión que DÍEZ RIPOLLÉS propone se interprete en sentido amplio, comprensiva también de las faltas (58), basándose en la ausencia de argumentos similares a los que aconsejan semejante restricción en el ámbito del artículo 169 CP (59). Estamos de acuerdo con la conclusión: no puede excluirse la aplicación de las reglas del número tercero del artículo 171 CP al chantaje en el que se amenaza con denunciar o revelar hechos constitutivos de falta, pero el referido razonamiento a contrario nos parece insuficiente; en realidad, si hubiera que atender a criterios de racionalidad lógica, la ausencia de argumentos debería hacer inclinarse la balanza en el sentido de mantener una interpretación consistente de la misma expresión delito dentro de un capítulo único cuyas disposiciones mantienen indiscutibles relaciones sistemáticas entre sí, en una manifestación clara de la regla interpretativa que proscribe la polisemia no justificada de los términos jurídicos (60). Esto es, para que la voz delito signifique una cosa en el artículo 169 CP y otra distinta en el artículo 171 CP, tiene que haber una justificación normativa. A nuestro juicio, se dan los presupuestos de tal justificación y son de orden sistemático: por un lado, la cuestión es irrelevante en lo que se refiere a la segunda parte del precepto, puesto que en las faltas el juzgador no está vinculado por las reglas de determinación de la pena (61); por otro lado -y esta razón también sería aplicable a la atenuación facultativa en uno o dos grados en caso de que se rechazara la observación previa-, parecería del todo incoherente que fuera posible para el Ministerio Fiscal decidir la no persecución de un delito de hurto del artículo 234 CP (castigado con la desmesurada pena de seis a dieciocho meses) pero le fuera inevitable impulsar el procedimiento por una falta de hurto del artículo 623.1º CP, cuando, además, la única diferencia entre una y otra infracción viene determinada por el valor de lo sustraído. De lo que se sigue que la voz delito, en el ámbito del artículo 171.3 CP, es comprensiva de toda clase de infracciones penales.

§15 Otros problemas planteados tienen que ver con lo que sucede si se presenta una querrela, o ¿podría el juez iniciar el proceso de oficio en algún caso a pesar de la abstención del fiscal?, o ¿qué sucede si se trata de un delito perseguible sólo a instancia de parte? Algunos autores, basándose en una implícita respuesta afirmativa a la cuestión de si en estos casos debe prosperar el proceso, denuncian la inoperatividad de la cláusula (62). En nuestra opinión, las dos partes de que consta el precepto no han de examinarse por separado a estos efectos, sino que procede una lectura integrada: por un lado, se habilita al Ministerio Fiscal para no perseguir; por otro, se dirige al juzgador una instrucción para la atenuación de la pena. Pues bien, la primera previsión de no proceder cuando se estime oportuno en relación con delitos castigados con penas de hasta dos años de prisión, debe entenderse en términos algo más amplios que los referidos estrictamente al Ministerio Fiscal, de modo que el juzgador deberá valorar la oportunidad de la efectiva persecución del hecho y decretar el archivo en su caso a pesar de que exista acusación particular o ejercicio de la acción popular, del mismo modo que, eventualmente, deberá absolver libremente en la sentencia si se dan los presupuestos de esta norma (63). Si no se entendiera así, se produciría la inaceptable paradoja de que, en relación con los hechos más graves, el órgano judicial tendría la posibilidad de atenuar la pena incluso en dos grados, mientras que los hechos menos graves no recibirían ninguna atenuación en los casos en que, a pesar de la ausencia de acusación del ministerio público, el proceso ha sido instado por otra vía (64). Por supuesto, deberá en todo caso comprobarse con extremado rigor la concurrencia de los requisitos de aplicación exigidos por el párrafo tercero del artículo 171 CP. En cualquier caso, estos problemas vienen causados por la señalada deficiente estructura interna de la norma.

§16 En coherencia con otras normas similares sobre las que existe jurisprudencia del Tribunal Supremo (65), en estos casos será obligatorio bajar al menos un grado la pena del delito con cuya denuncia se amenazaba (66). Pero debe insistirse en que, para respetar adecuadamente la previsión

legal, así como para evitar un uso torticero de la misma, será preciso acreditar los requisitos expresados en el artículo 171.3 CP: que haya habido realmente chantaje y que la persecución del mismo esté facilitada por la atenuación, en su caso, del delito supuestamente cometido por la persona chantajada (67). Con lo cual pierden en gran medida su sentido la mayor parte de las críticas que ha recibido esta discutida cláusula del número 3 del artículo 171 CP, pues no se trata de una automática y ciega atenuación o ausencia de persecución de delitos que pueden ser incluso gravísimos, sino que en todo caso debe producirse un previo proceso de ponderación de los intereses en juego.

NOTAS

1 Art. 171 CP: "2. Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de seis meses a dos años, si no lo consiguiera".

2 No obstante, para la mayoría de la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, el criterio referido al carácter delictivo o no del mal anunciado sí es tomado en cuenta implícitamente por el artículo 171.2 CP, como se discutirá infra.

3 Por ejemplo, exigir al presidente de un gran banco la entrega de dos mil millones de pesetas (€12.000.000) (sic) a cambio de no difundir la supuesta existencia de una hija habida por él fuera del matrimonio, con la excusa de que su entidad se había beneficiado de la expropiación de los activos del holding de empresas que era propiedad del chantajista: así en la SAP Madrid 14 diciembre 1999 (núm. 560/1999, Ponente COMPAIRED PLO), que calificó conforme al artículo 494 CPTR 73, dado que los hechos eran anteriores a la entrada en vigor del CP 1995.

4 Está abiertamente en contra de la inclusión del chantaje en el Código Penal de 1995 DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (1998): "Amenazas y coacciones", en Bajo Fernández (dir.) et al., Compendio de Derecho Penal (Parte Especial), vol. II, Madrid, pág. 68. DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. (1997): El delito de amenazas en el nuevo Código penal. Análisis doctrinal y jurisprudencial: requisitos y modalidades, Valencia: Editora General de Derecho, pág. 68, expresa reparos a la decisión politicocriminal de tipificar expresamente el chantaje y propone como mejor alternativa la inclusión de cláusulas específicas de agravación de las figuras genéricas de amenazas. MAQUEDA ABREU, M.L. (1988): Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas. Notas para un estudio doctrinal y jurisprudencial, Granada: Aedeon, pág. 26, también oponía reparos a la eventualidad de la tipificación expresa del chantaje: "quizás no fuera siquiera deseable".

5 Así, MUÑOZ CONDE, F. (1999): Derecho penal. Parte especial, 12ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 163, para quien la ratio del precepto se encuentra precisamente en el mayor desvalor que implica el ataque contra la intimidad y el honor. También JORGE BARREIRO, A. (1997): "Capítulo II. De las amenazas", en Rodríguez Mourullo (dir.), Comentarios al Código Penal, Madrid: Civitas, pág. 493, quien no obstante discrepa del acierto de su expresa tipificación.

En cambio, según CALDERÓN CERREZO, A. & CHOCLÁN MONTALVO, J. A. (1999): Derecho Penal. Parte Especial, Barcelona: Bosch, pág. 665: "el fundamento de la punición autónoma radica en la dificultad que encuentra el amenazado a la hora de perseguir estos hechos, por las consecuencias desfavorables que la publicidad del proceso le pueden irrogar". Por su parte, como motivos que han llevado al legislador a la expresa tipificación del chantaje apuntan FERRERO HIDALGO, F. & RAMOS REGO, M. Á. (1998): Delito de lesiones y contra la libertad y seguridad individual, Barcelona: Bosch, pág. 347: mayor rigor punitivo de algunas amenazas condicionales cuando se hacen con fin lucrativo, concreción del ámbito típico de las amenazas condicionales de mal no delictivo e introducción del principio de oportunidad procesal.

6 Así, DEL RÍO, como en nota 4, pág. 67; MUÑOZ CONDE, como en nota 5, pág. 163.

7 Así ya QUINTANO RIPOLLÉS (1972): Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, 2ª ed., puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, 1972, pág. 1077; más recientemente, MAQUEDA, como en nota 4, pág. 26; CONDE-PUMPIDO (1990): "Artículos 493 a 495", en VVAA, Código Penal comentado, Madrid, pág. 943. Véase in extenso FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D. (1995): El chantaje, Barcelona: PPU, págs. 125 y ss., pássim.

8 En esta línea, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, como en nota 7, págs. 120-121, maneja un concepto más amplio de chantaje que el consagrado por el legislador de 1995, incluyendo la amenaza de divulgar cualquier secreto que perjudique a la víctima e incluyendo asimismo las condiciones de cualquier naturaleza.

En cambio, críticamente sobre una concepción amplia del chantaje, JAREÑO LEAL, Á. (1997): Las amenazas y el chantaje en el Código penal de 1995, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 90 y s.

9 SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L. (1991): "El injusto de las amenazas condicionales con mal no delictivo (criterios de delimitación)", CPC, 44, 1991, págs. 421 y ss., pássim, se ha ocupado extensamente del asunto.

10 CARBONELL MATEU, J.C. & GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (1996): "Artículos 169 a 172", en Vives Antón (coord.), Comentarios al Código penal de 1995, vol. I, Valencia, pág. 878. Véase asimismo CARBONELL MATEU, J.C. &

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (1999): "Delitos contra la libertad (y II): Amenazas. Coacciones", en Vives / Boix / Orts/ Carbonell / González Cussac, Derecho penal. Parte especial, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 194, reafirmando la tesis expuesta por ambos autores y, antes, por COBO & CARBONELL respecto al antiguo Código Penal.

11 Véase ampliamente DEL RÍO, como en nota 4, págs. 63 y ss.

12 STS 17 marzo 1992, Ar. 1992\2359: FJ CUARTO: "A primera vista pudiera parecer que, si la condición impuesta es lícita y el mal con que se amenaza también lo es, la antijuricidad no existiría, y, por tanto, no habría delito de amenazas. Desde luego, si el mal con que se amenaza es lícito y la amenaza es simple (art. 494-2.º), no cabe hablar de delito. Pero no cabe decir lo mismo si de amenazas condicionadas se trata, porque la amenaza con un mal lícito, cuando se impone una condición asimismo lícita, puede constituir delito cuando falta la debida correlación entre el mal y la condición, porque, aunque se tenga derecho a realizar el mal (por ejemplo, denuncia de un delito en verdad existente, demanda legítima de desahucio, cese de unas relaciones comerciales o amorosas no exigibles) y el sujeto pasivo también esté autorizado a hacer aquello que se le exige (por ejemplo, otorgar sus favores sexuales, o entregar una suma de dinero), es claro que hay infracción penal de esta clase cuando a virtud de ese derecho con cuyo ejercicio se amenaza no se está facultado para exigir esa conducta a la que la condición se refiere, porque lo ilícito viene determinado en este caso por pretender imponer a quien a ello no está obligado una conducta que es extraña al contenido de ese derecho que se tiene y cuyo ejercicio constituye el mal con el que se amenaza. Ciertamente no habrá delito de amenazas condicionadas cuando se dice que se va a presentar una demanda en reclamación de cantidad si no se paga el dinero adeudado. Pero podrá existir tal delito si se anuncia el propósito de presentar esa misma demanda en el caso de que la deudora no acceda a las relaciones amorosas pretendidas por el acreedor. Por eso, el anteproyecto de Código Penal ahora en estudio, en su art. 175.1, para que las amenazas condicionadas de un mal que no constituye delito sean delictivas, exige que "la condición no consistiere en una conducta debida". También citan esta sentencia JORGE, como en nota 5, pág. 492; ESCOBAR JIMÉNEZ, R. (1998): "Artículos 169 a 172", en Serrano Butragueño (coord.), Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia), Granada, pág. 1034.

13 Por ejemplo, no parece razonable considerar punible toda petición de favores sexuales a cambio de renunciar a una deuda, contra lo sugerido por la tesis discutida.

14 Es lo que sucede si se "amenaza" con denunciar la conducta de una persona si la misma opta por perseverar en un actuar antijurídico. Si bien en términos estrictos quedan fuera del chantaje, son similares los casos en que la "amenaza" lo es de incoar un expediente disciplinario a quien está actuando de forma irregular: véase, aunque no se observa así expresamente en la resolución, la STS 2 noviembre 1999, núm. 1526/1999 (Ar. 1999\8091), FJ Séptimo: "el hecho e) está constituido por un escrito dirigido por el acusado a la querellante en que la conmina con la incoación de un expediente disciplinario -que posteriormente sería sobreseído- y le prohíbe reunirse con los portavoces de la oposición municipal. No hacen falta muchos razonamientos para desechar la pretensión de que (...) pueda ser constitutivo de delito de coacción o amenazas ni de otra infracción alguna. (...) Puede ser considerado también un acuerdo legítimamente adoptado en el ejercicio de la jefatura de personal que corresponde al Alcalde de cualquier Ayuntamiento sin que, por lo demás, la advertencia de la posible incoación de un expediente disciplinario pueda ser, en modo alguno, confundida con la amenaza de un mal injusto".

15 En este sentido cabe interpretar la STS 11 enero 1968: "si lícito e incluso obligado debe ser el presentar una denuncia, no puede el ejercicio de tal derecho condicionarse a que el presunto denunciado acceda, para evitarla, a realizar un acto que era contra su voluntad".

16 Véase SAP Murcia 29 enero 1998, núm. 5/1998 (Ar. 1998\145), FJ Primero: "Con independencia de que, tal como sostienen los recurrentes, el acusado manifestara a los denunciados que "si no firmaban las escrituras en unas condiciones determinadas, en las suyas, dejaría de pagar el préstamo hipotecario existente sobre las mismas y el banco ejecutaría las casas", ha de tenerse en cuenta que el nuevo Código Penal de 23 noviembre 1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996\777), aplicable al caso según la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica 10/1995, que lo aprueba, dispone en su artículo 171.1 que "las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, atendidas la gravedad y circunstancias del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiera en una conducta debida". Es por ello que, además de los acertados razonamientos de la sentencia que se impugna, ha de recordarse que el Código Civil dispone que deben constar en documento público los actos y contratos referidos a transmisión de bienes inmuebles (artículo 1280.1.º), pudiendo compelerse recíprocamente los contratantes para llenar tal formalidad (artículo 1279), por lo que, en principio, la elevación a Escritura Pública de un contrato celebrado en documento privado es una conducta debida".

17 Véase SAP Granada 16 febrero 1999, núm. 99/1999 (Ar. 1999\310), FJ Segundo: "La amenaza de un mal consistente en el ejercicio de acciones amparadas por el derecho ha sido siempre atípica; y así lo ha considerado tradicionalmente nuestra doctrina, fuese en razón de la invocación del aforismo jurídico "quien usa de su derecho a nadie daña", fuese por ausencia de antijuricidad en el comportamiento. Consideraciones que ha recogido expresamente el nuevo artículo 171 del CP para que no quedara duda alguna, exigiendo que la condición no consista en una conducta debida, quedando así excluidos del ámbito del tipo aquellos casos en que el mal conminado es lícito. Sólo cuando a virtud de ese derecho cuyo ejercicio se amenaza, no se está facultado para exigir la conducta a la que la condición se refiere, podrá existir el delito. En el supuesto enjuiciado no se conoce otra amenaza de los acusados señores P. M. y V. G. dirigidas a los firmantes del escrito presentado ante el Juzgado de Instrucción número Dos de los de Motril y especificados en la relación de hechos de esta sentencia distinta al ejercicio de acciones legales, por lo que los hechos no resultan incardinables en el tipo de las

amenazas. Al igual que sucede con la que dirigen al señor G. P.; aun cuando a efectos dialécticos admitiésemos como cierto que el señor V. G. le manifestó al señor Alcalde de Polopos cuando tuvo conocimiento del contenido del documento de 5 de abril que, en referencia a su Teniente Alcalde, lo iba a denunciar o a "empapelar" -expresión esta última que, en lenguaje coloquial y dentro del contexto empleado, no podía significar algo distinto a su disposición, a emprender acciones penales contra el señor G. P.- seguiríamos encontrándonos al margen de las previsiones legales sobre los elementos del delito pues siempre se trataría de amenazas consistentes en el ejercicio de acciones autorizadas por la ley".

18 FERRERO & RAMOS, como en nota 5, pág. 347.

19 FERRERO & RAMOS, como en nota 5, pág. 348.

20 SAP Baleares 30 septiembre 1999 (núm. 161/1999, Ponente: TERRASA GARCÍA).

21 Por ejemplo, el arrendador amenaza al arrendatario que lleva dos años sin pagar la renta de la finca que tiene en explotación con quemarle la cosecha si no le paga. Una vez comprobada la exigibilidad de tal deuda, el ordenamiento jurídico no puede tutelar situaciones contrarias a Derecho como lo es la falta del pago debido. Ahora bien, esto no afecta al injusto de la amenaza simple, no condicional.

22 PRATS CANUT, J.M. (1996): "Artículos 169 a 172", en Quintero Olivares (dir.) et al., Comentarios al nuevo Código penal, Pamplona: Aranzadi, págs. 836 y s.

23 Que, por otra parte, resulta muy escasa. Entre las resoluciones más recientes, tienen especial interés las siguientes: STS 26 enero 2001 (núm. 49/2001, Ponente: GARCÍA ANCOS); Auto AP Lleida 17 diciembre 1999 (núm. 643/1999, Ponente: VILLACAMPA ESTIARTE); SAP Madrid 14 diciembre 1999 (núm. 560/1999, Ponente COMPAIRED PLO); SAP Baleares 30 septiembre 1999 (núm. 161/1999, Ponente: TERRASA GARCÍA); SAP Madrid 6 septiembre 1999 (núm. 363/1999, Ponente: COMPAIRED PLO) Ar. 1999\4223; SAP Barcelona 21 julio 1999 (Ar. 1999\3827); SAP Tarragona 4 noviembre 1998 (núm. 591/1998, Ponente: SOSPEDRA NAVAS); SAP Madrid 16 octubre 1998 (núm. 1187/1998, Ponente: GUIJARRO LÓPEZ); SAP Barcelona 9 febrero 1998 (núm. 106/1998) Ar. 1998\1000.

24 Por otra parte, sólo este punto de vista acerca del tipo del artículo 171.2 CP puede ofrecer un asidero normativo, aunque notablemente débil, a la poco comprensible apreciación de la continuidad delictiva en estos delitos en algunas resoluciones judiciales, en la medida en que se puedan acoger a la excepción a la excepción establecida en el artículo 74.3 CP para los delitos contra el honor. Véanse por ejemplo la SAP Madrid 16 octubre 1998 (núm. 1187/1998, Ponente GUIJARRO LÓPEZ) y la SAP Tarragona 4 noviembre 1998 (núm. 591/1998, Ponente: SOSPEDRA NAVAS).

25 SAP Barcelona 21 julio 1999 (Ar. 1999\3827), FJ Primero: "el art. 171.2 del CP no exige la efectiva afectación de la fama, crédito o intereses de la víctima, sino que los hechos íntimos cuya revelación se amenaza, puedan suponer tal afectación, probada la amenaza de revelar hechos íntimos relativos a una persona que no sean públicamente conocidos, la posibilidad para producir esa afectación se desprende del propio contenido y naturaleza de los mismos. Consistiendo los hechos íntimos en las relaciones sexuales habidas entre el señor Jorge J. y una de las acusadas, la idoneidad de la amenaza de revelarlos a la esposa de éste y a la exigencia de la prueba de acreditación del hecho de que esa revelación de la relación íntima pudiera afectar efectivamente a la fama, crédito o intereses del señor Jorge J. Los hechos de autos deben de ser subsumidos en el tipo agravado previsto y penado en el art. 171.2 del CP, y no en el tipo básico previsto y penado en el punto 1 del citado precepto".

Un caso similar en SAP Barcelona 9 febrero 1998, núm. 106/1998 (Ar. 1998\1000), en la que se absuelve por falta de pruebas.

26 Ampliamente, nuestra posición sobre el bien jurídico y el injusto de las diferentes modalidades de amenazas, en BARQUÍN SANZ, J. (2001, en prensa): "Artículo 169", en Cobo del Rosal (dir.), Comentarios al Código Penal, t. V, Madrid: EDERSA.

27 Así JAREÑO, como en nota 8, pág. 89.

28 Salvo que se estimaran atípicos o de tan escasa relevancia que se defirieran a alguna de las faltas del antiguo artículo 585 CPTR 73: amenaza leve de mal no delictivo, o coacción o vejación leve, figuras estas últimas que funcionaban de hecho como un cajón de sastre para una variedad de conductas ilegítimas de escasa entidad.

29 Como lo confirma la vigente regulación: "amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés".

30 Véase supra, nota 7.

31 CARBONELL & GONZÁLEZ CUSSAC, como en nota 10, 1996 pág. 879, 1999 pág. 195.

32 Véase JORGE, como en nota 5, pág. 493; POLAINO NAVARRETE, M. (1996): "Delitos contra la libertad (II). Amenazas y coacciones", en Cobo (dir.) et al., Curso de Derecho Penal español. Parte especial I, Madrid: Marcial Pons, págs. 255 y s.; PRATS CANUT, como en nota 22, pág. 836; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (1996): Derecho penal español. Parte especial, 3ª ed., Barcelona: J. M. Bosch, pág. 106; SERRANO GÓMEZ, A. (2000): Derecho Penal. Parte Especial, Madrid: UNED, pág. 170; CALDERÓN & CHOCLÁN, como en nota 5, pág. 665. En realidad, la formulación que

realizan CALDERÓN & CHOCLÁN está expresada en términos equívocos, en los que se confunde la ilicitud de la condición con la ilicitud del mal anunciado: "la nota distintiva (del chantaje) reside en la imposición de una condición ilícita lucrativa, que no ha de constituir delito, pues en tal caso se tipificaría como amenaza condicional de un mal constitutivo de dicha infracción punible" (se han añadido las cursivas). Véase también la nota siguiente.

33 Expresamente en este sentido, ESCOBAR, como en nota 12, pág. 1035: "la solución puede pasar por entender que tan especial es el delito del artículo 169.1º como el del artículo 171.2, y, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 8, regla 4, observar la norma que resulte más grave". Véase FERRERO & RAMOS, como en nota 5, pág. 347: alternatividad.

34 SAP Baleares 30 septiembre 1999 (núm. 161/1999, Ponente: TERRASA GARCÍA), Fundamento de Derecho 2º.

35 Auto AP Lleida 17 diciembre 1999 (núm. 643/1999, Ponente: Villacampa Estiarte), Fundamento de Derecho 2º. De modo implícito, la misma idea subyace al razonamiento de la SAP Tarragona 4 noviembre 1998 (núm. 591/1998, Ponente: Sospedra Navas), véase Fundamento de Derecho 2º; el caso trataba de un individuo que hace a un hombre de mayor edad pagar ciertas cantidades de dinero a cambio de no difundir unas fotos realizadas mediante engaño en las que la víctima aparece con una chica de dieciséis años, ambos desnudos de cintura para arriba.

36 No obstante, JAREÑO, como en nota 8, pág. 91, plantea ambiguamente la solución de la especialidad.

37 En este sentido, SEGRELLES DE ARENAZA, Í. (2000): "Delitos contra la libertad (II). Amenazas y coacciones", en Cobo del Rosal (dir.) et al., Compendio de Derecho Penal Español (Parte especial), Madrid / Barcelona: Marcial Pons, pág. 154.

38 Máxime, cuando también en las infracciones contra el honor se introduce un criterio de gravedad / levedad que separa los delitos de las faltas (que no son delitos a los efectos del artículo 169 CP). A menudo se plantea un supuesto similar en relación con la amenaza de agresión: anunciar a otro que le van a partir la cara, o que se va a acordar, o que se atenga a las consecuencias, etcétera, dada su inespecificidad frente a la concreción de los tipos de amenazas, obligará a calificar los hechos por la vía de las amenazas de mal no delictivo, aparte de ser un dato que la jurisprudencia suele manejar para calificar conforme a la falta del artículo 620.2 CP: véase SAP Valencia 12 mayo 1999 (núm. 152/1999, Ponente: JULIA IGUAL): "Si no bajas, atente a las consecuencias".

Por otra parte, cabe añadir la observación (con expreso reconocimiento de la ausencia de estudios estadísticos que la avalen) de que los protagonistas públicos del proceso penal tienen cierta tendencia no exenta de racionalidad a restringir el número de procedimientos sustanciados ante el Tribunal del Jurado y la calificación de esta clase de chantajes como amenazas condicionales de delito hará competente a éste, según lo previsto por la L. O. 5/1995 en su artículo 1.2.

39 Véase CARBONELL & GONZÁLEZ CUSSAC, como en nota 10, 1996 pág. 879, 1999 pág. 195; FERRERO & RAMOS, como en nota 5, pág. 349; JAREÑO, como en nota 8, pág. 89 y s.; JORGE, como en nota 5, pág. 493; SERRANO GÓMEZ, como en nota 32, pág. 170.

40 Véase SEGRELLES, como en nota 37, pág. 152, basándose en la expresión recompensa. DÍAZ-MAROTO, como en nota 4, pág. 69, entiende incluidas aun las contraprestaciones de carácter sexual o laboral.

41 Por ello, correctamente rechazó la pretensión de la parte acusadora descrita en los términos siguientes por la SAP Madrid 6 septiembre 1999, núm. 363/1999 (Ar. 1999\4223), FJ PRIMERO: "El vocablo recompensa del art. 171.2º del Código Penal es de orden económico pero no necesariamente significa pago o compensación en metálico, sino que puede referirse a "provecho", ventajas, beneficios o privilegios evaluables o no con precisión en su "quantum" pero que resultan lucrativos para quien los recibe. Señalándose igualmente que si la interpretación del término "recompensa" fuera tan estrictamente sinónimo de cantidad, sobraría en el texto del art. 171.2º del CP uno de los dos. En este supuesto la compensación económica equivaldría al precio del silencio, a cambio de una conducta indebida, la de mantener viva o reanudar la relación afectiva interrumpida y su consiguiente status social y económico, al menos. Por consiguiente en la Sentencia se infringe por falta de aplicación el art. 171.2º del Código Penal".

42 Quizá también podría pensarse que, como hoy en día casi todo el mundo escribe literatura, incluso probablemente los redactores del Código Penal, les pareciera más elegante redactar de otra forma este apartado y no reiterar la fórmula empleada en dos ocasiones previas. Pero semejante juicio de intenciones sería inverificable. En cualquier caso, sería bueno que se hubiera cuidado un poco más el estilo y la corrección gramatical de la disposición. En la misma frase, se incurre en una doble discordancia, cuando se opone "si ha conseguido la entrega" a "si no lo consiguiera". Obviamente, debería decir "si consiguiera la entrega (...) si no la consiguiera", o cualquier otra de las variadas alternativas morfosintácticas aceptables.

43 Véase JAREÑO, como en nota 8, pág. 93, quien se expresa críticamente contra este doble rasero y defiende, con un argumento pro reo, que la ausencia de previsión expresa en los otros tipos de amenazas condicionales debe interpretarse en el sentido de que el cumplimiento sólo parcial de la condición equivale a su no cumplimiento a los efectos del subtipo aplicable.

44 En este sentido, JAREÑO, como en nota 8, págs. 88-89.

45 Véase el Auto AP Lleida 17 diciembre 1999 (núm. 643/1999, Ponente: Villacampa Estiarte), fundamento de Derecho 2º: "No duda esta Sala de que la denunciante pueda sentir como una afrenta a su crédito, fama o interés la revelación de tales datos no públicos, sin que ello implique una conducta objetivamente atentatoria contra su dignidad. No obstante, tal

circunstancia no es suficiente para la comisión del delito, pues es necesario, según la redacción del tipo, que la solicitud de "cantidad" o "recompensa" se haga bajo amenaza de revelar datos relativos a la vida privada del "solicitado", tal como se deduce del posesivo "su", y no de la vida privada de tercero. A entender de esta Sala, en el presente supuesto se pretende conseguir cantidad o recompensa de Xavier, condición que no aparece claramente explicitada en la carta aportada con la denuncia, mediante amenaza de hacer pública la relación que su ex-esposa, aquí denunciante, había mantenido con el denunciado. No se produce, pues, la necesaria correlación entre persona de la que se solicita satisfacción y aquella cuyos datos íntimos van a difundirse. Faltando un elemento esencial del tipo objetivo, considera esta Sala que no puede proseguirse la tramitación del procedimiento por la posible comisión de este delito"

46 POLAINO, como en nota 32, pág. 257, critica en el chantaje la "euforia punitiva desacompasada, conculcadora de la proporcionalidad penal y la igualdad constitucional".

47 Si el culpable no consigue el propósito, los respectivos mínimos son: multa de doce meses en el artículo 171.1 CP, prisión de seis meses en el artículo 171.2 CP. Si lo consigue, los mínimos son: multa de dieciocho meses en el artículo 171.1 CP, prisión de dos años en el artículo 171.2 CP.

48 En el artículo 171.1 CP, la pena máxima es, tanto si se consigue el propósito como si no, de dos años de prisión. En cambio, en el párrafo segundo, el máximo será de cuatro años de prisión si el culpable consigue su propósito, y de dos años de prisión si no lo consigue. Esta última coincidencia es la única excepción a la regla según la cual la pena del chantaje es más grave que la de la genérica amenaza condicional de mal no delictivo.

49 Lo que significa unos mínimos inferior e idéntico, según el caso, a los del chantaje.

50 En cuyo caso, sí se cumplirá que las penas de la amenaza condicional de delito son superiores a las del chantaje.

51 Art. 171 CP: "3. Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito, el Ministerio Fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito con cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere sancionado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el Juez o Tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados".

52 Manifiestan reparos de forma expresa o implícita muchos autores, en ocasiones en términos muy críticos: CARBONELL & GONZÁLEZ CUSSAC, como en nota 10, 1996 pág. 880, 1999 pág. 196; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. Á. (1996): "Los delitos contra la libertad", en Rodríguez Ramos, Cobos Gómez de Linares & Sánchez Tomás, Derecho Penal. Parte Especial I, Madrid: Universidad Complutense, pág. 133, § 36; matizadamente, DÍAZ-MAROTO, como en nota 4, pág. 69; ESCOBAR, como en nota 12, pág. 1035; JAREÑO, como en nota 8, págs. 94 y s.; JORGE, como en nota 5, págs. 493 y s.; MUÑOZ CONDE, como en nota 5, pág. 164; POLAINO, como en nota 32, pág. 257; PRATS CANUT, como en nota 22, pág. 837 y s.; SERRANO GÓMEZ, como en nota 32, pág. 171. Uno de los reparos menos plausibles es, a nuestro juicio, lo que ESCOBAR (ibidem) denomina "espurios conciliábulos entre particulares para conseguir impunidad o importantes rebajas de las penas legalmente previstas", lo que nos parece más bien improbable que se produzca en la práctica salvo de modo puntual y excepcional.

53 También a favor DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1997): "Artículos 169-171", "Artículo 172", "Artículo 620", en Díez, Gracia & Lorenzo, Comentarios al Código penal. Parte especial, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 812 y s.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, como en nota 7, págs. 252 y s.; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. & SERRANO GÓMEZ, A. (1995): "Delitos contra la libertad y seguridad", en Derecho Penal español. Parte especial, Madrid: Dykinson, pág. 304; con muchos reparos QUERALT, como en nota 32, pág. 107.

54 Adoptan un punto de vista neutral acerca de esta previsión DEL RÍO, como en nota 4, pág. 69; PAZ RUBIO, J. M. & COVIÁN REGALES, M. (1997): "Capítulo II. De las Amenazas", en VVAA, Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, Madrid: Trivium, págs. 2061 y s.; SEGRELLES, como en nota 37, pág. 152.

55 Así lo señalan correctamente, en términos críticos, CARBONELL & GONZÁLEZ CUSSAC, como en nota 10, 1996 págs. 879 y s., 1999 págs. 195 y s.

56 De lo cual, junto a otros datos típicos, POLAINO, como en nota 32, págs. 257 y s. extrae la difícilmente compartible conclusión de que la disposición del número tercero del artículo 171 CP constituye un tipo privilegiado de chantaje. En el mismo sentido, CARRETERO SÁNCHEZ, A. (1996): "El delito de amenazas", La Ley, 3-1996, pág. 1308. Parecen compartir este punto de vista, al menos parcialmente, CALDERÓN & CHOCLÁN, como en nota 5, pág. 665, según se colige de la tipología que atribuyen a las diversas modalidades de chantaje. Pero obsérvese que la cláusula del artículo 171.3 CP no afecta al chantaje en sí, sino a otros delitos eventualmente cometidos y con cuya revelación se amenaza.

57 Con acierto, a nuestro juicio, critican QUERALT, como en nota 32, pág. 107, implícitamente y CARBONELL & GONZÁLEZ CUSSAC, como en nota 10, 1996 pág. 880, 1999 pág. 196, expresamente que no se haya recurrido a los criterios de gravedad de las penas establecidos en el artículo 33 CP. En el mismo sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, como en nota 53, pág. 814.

58 Véase DÍEZ RIPOLLÉS, como en nota 53, pág. 813.

59 A saber, que la relación de delitos del párrafo introductorio del artículo 169 CP sigue de forma casi literal la secuencia de rúbricas de los delitos y prescinde de la de las faltas (DÍEZ RIPOLLÉS, como en nota 53, págs. 791 y s.).

60 Véase WRÓBLEWSKI, J., (1985): Constitución y teoría general de la interpretación jurídica, Madrid: Civitas, págs. 47 y ss. Asimismo, SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (1999): La violencia en el Derecho Penal, Barcelona: Bosch, págs. 45 y ss., especialmente pág. 47.

61 Así expresamente DÍEZ RIPOLLÉS, como en nota 53, pág. 813, nota 185. Podría ser, no obstante, discutible, dado que el artículo 638 CP tan sólo excluye expresamente las reglas de individualización de los artículos 61 a 72 CP, pero estimamos relevante la referencia genérica la prudente arbitrio del órgano judicial, así como el dato de que, por debajo de la pena de la mayor parte de las faltas susceptibles de entrar en juego [según DÍEZ RIPOLLÉS, como en nota 53, pág. 791, nota 69, las de los artículos 617, 620, 623, 624, 625 y 626 CP], apenas si queda lugar para el contenido punitivo. (Ciertamente que la regla de cálculo de la pena inferior en grado: resta de la mitad del límite inferior, imposibilitará llegar jamás al cero absoluto; pero el Derecho Penal -como la rana que cada vez que salta recorre la mitad de la distancia que le falta hasta el borde del estanque- no pertenece al mundo ideal de las matemáticas puras).

62 CALDERÓN & CHOCLÁN, como en nota 5, pág. 665: "previsión que no impedirá que (...) pueda promover el castigo de los hechos la acusación popular". También ESCOBAR, como en nota 12, pág. 1035. En sentido similar, aunque matizando las diferentes alternativas, DÍEZ RIPOLLÉS, como en nota 53, pág. 814. También PRATS CANUT, como en nota 22, págs. 837 y s., quien añade algunas consideraciones de carácter general sobre la (im)procedencia del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento.

63 En sentido matizadamente similar, QUERALT, como en nota 32, pág. 108.

64 DÍEZ RIPOLLÉS, como en nota 53, pág. 814, con una fundamentación similar y acertadamente a nuestro juicio, considera aplicable la rebaja de la pena también a los delitos castigados con pena de hasta dos años de prisión cuando el fiscal decide acusar.

65 Hay abundante jurisprudencia en relación con la individualización de la pena cuando concurre, por ejemplo, una atenuante muy cualificada, supuesto para el que también se prevé una rebaja discrecional de la pena en uno o dos grados (artículo 66.4º CP). Un par de sentencias recientes que sintetizan la doctrina jurisprudencial al respecto: STS 19 febrero 2001 (Ponente: JIMÉNEZ GARCÍA), así como STS 25 febrero 2000, núm. 317/2000 (Ar. 2000\2092): "este precepto otorga al juzgador la facultad discrecional de rebajar la pena señalada al delito en uno o dos grados, pero en el bienentendido -según reiterada doctrina de esta Sala expresada, entre otras, en SS. de 21 de octubre de 1993 (Ar. 1993\7819) y 14 de junio de 1994 (Ar. 1994\4955)- de que es obligatoria la rebaja en un grado y potestativa en dos".

66 De otra opinión, ESCOBAR, como en nota 12, pág. 1035.

67 Lo que a su vez, implica que la amenaza lo sea de revelar los hechos en un contexto que implicaría su persecución. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, como en nota 53, pág. 813 y s.

(*) Este artículo está publicado en versión papel en el volumen colectivo: *Los Derechos Humanos. Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Publicaciones de la Universidad de Granada, 2001.

NOTAS ACERCA DEL CHANTAJE Y DE LA CLÁUSULA DE OPORTUNIDAD EN SU PERSECUCIÓN

Jesús Barquín Sanz: [e-mail](mailto:jesusbarquin@unizar.es)

RESUMEN: *El artículo se divide en dos partes básicamente, después de unas líneas dedicadas a la memoria del Dr. Luis Portero. En la primera parte se realiza un acercamiento genérico al delito de chantaje específicamente tipificado en el art. 171.2 CP español, con especial atención a los problemas de la licitud de la condición, de la eventual licitud del mal anunciado, y de la exigencia de una condición consistente en una conducta debida. El apartado final está dedicado a la cláusula de oportunidad que aparece en el número 3 del art. 171 CP combinada con una regla penológica facultativa atenuatoria. Finalmente, se argumenta una valoración de esta norma en términos menos críticos de los habituales en la reciente literatura penal.*

PALABRAS CLAVES: *chantaje, amenaza, condición, principio de oportunidad, derecho penal, delitos, penas, ministerio fiscal*

FECHA DE PUBLICACIÓN EN RECPC: 8 de enero de 2002