



## TESINA EN DERECHO

DISCRIMINACIÓN Y DERECHO PENAL: UN ANÁLISIS DESDE LA CULPABILIDAD.

Autor: Valentina Pavez Zavala.

Profesor Guía: Emanuele Corn.

NOVIEMBRE, 2012.

## TABLA DE CONTENIDOS

▪ Tabla de contenidos.....	2
▪ Tabla de abreviaturas.....	5
▪ Resumen.....	6
▪ Palabras clave.....	6
▪ Introducción.....	7

### CAPÍTULO I DE LA DISCRIMINACIÓN Y EL DERECHO PENAL.

1. Antecedentes.....	9
2. Principios.....	9
3. Reconocimiento normativo en contra de la discriminación.....	10

### CAPÍTULO II DE LA DISCRIMINACIÓN Y EL JUICIO DE REPROCHE.

1. Definición. Un punto de partida.....	12
2. Teorías y concepciones sobre la culpabilidad. Una breve mención en torno al problema del motivo.....	13
3. Los elementos o fundamentos del juicio de culpabilidad.....	16
4. Fines y motivos. Una distinción relevante.....	22

4.1. Los elementos subjetivos del injusto. Descripción y comparación con los motivos.....	23
4.2. Consecuencias de la agravación por los motivos.....	26
4.3. Casos: ejemplo de regulaciones penales agravadas por una finalidad y por motivos.....	27
5. Críticas a la agravación por los motivos en el marco de una regulación contra la discriminación.....	29
6. Regulación penal de los motivos en el Código Penal chileno.....	30
6.1. Circunstancias atenuantes.....	30
a. Art. 11, circunstancia cuarta.....	30
b. Art. 11, circunstancia décima.....	31
6.2. Circunstancias agravantes.....	31

### CAPÍTULO III

#### DEL EXAMEN SOBRE LA INCORPORACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA 21<sup>a</sup> AL ART. 12 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO.

1. Generalidades.....	34
2. Estructura.....	35
3. Naturaleza.....	36
4. Comunicabilidad.....	37
5. Incompatibilidades.....	37
6. Problema: ¿Puede resultar aplicable la circunstancia cuando efectivamente la víctima no pertenecía a un grupo o categoría establecido por la ley?.....	38

▪ Conclusiones.....	40
▪ Bibliografía.....	42

## TABLA DE ABREVIATURAS

- PIDCP/ ICCPR: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- DUDH/ UDHR: Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- ICERD: Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.
- CEDAW: Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- DD. HH: Derechos Humanos.
- ICC: Corte Penal Internacional (CPI).
- E.R: Estatuto de Roma.
- Cap.: Capítulo.
- Art.: Artículo.
- Pág.: Página/s.
- SS.: Siguietes.

## RESUMEN

En este trabajo se responde la interrogante acerca de si la intervención del Derecho Penal en contra de la discriminación puede resolverse en sede del elemento *culpabilidad*. Para ello se parte por adoptar una concepción sobre este elemento del delito y en base a ella se analiza si un acto típico y antijurídico que resulta discriminatorio obedece a una mayor culpabilidad.

En este examen resolveremos a favor de la culpabilidad y fundaremos dicha decisión en los elementos que la constituyen.

A continuación se estudia la ley 20.609 que establece medidas contra la discriminación, en relación a la incorporación de la agravante 21<sup>a</sup> del Código Penal, respecto a la cual aportaremos una mirada crítica analizando su descripción legal, sus elementos y las consecuencias de su aplicación práctica.

## PALABRAS CLAVE

Acto discriminatorio – motivos - fines – culpabilidad – agravación

## INTRODUCCIÓN

Existe un elemento constante que va anido a la historia del hombre y que surge de vez en cuando con mayor o menor intensidad según las dichas o desventuras de aquella historia. Se trata de la discriminación y cómo ella invade la esfera que generan las relaciones entre los individuos miembros de una sociedad.

Desde lejanas épocas la discriminación ha exigido la intervención del Derecho, pues como ya señalaba Sócrates la igualdad es la médula de la justicia, de manera que el reconocimiento del Derecho al principio de igualdad tiene nutridos antecedentes. Actualmente, es una declaración constante e invariable en la mayoría de los ordenamientos, pues constituye uno de aquellos principios que sustentan el imperio del Estado de Derecho en las sociedades modernas.

En este contexto surgen nuevas formas de protección al principio de igualdad, entre ellas, la intervención penal como la más enérgica medida de tutela del ordenamiento jurídico. En razón de esta respuesta penal, nos abocaremos a lo largo de este trabajo, ocupándonos del estudio de una situación concreta, a saber el acto típico y antijurídico que resulta ser discriminatorio. Veremos, por tanto, en qué consiste dicho componente, en qué elemento del delito debemos ubicarlo, y cuáles serán las consecuencias de esta decisión.

Dentro de un panorama general, en las páginas que siguen procuraremos describir el supuesto en el que nos basaremos, el cual parte por determinar qué es lo que se castiga cuando el sujeto activo obra en forma discriminatoria; posteriormente, analizaremos dicho supuesto a partir de la pregunta sobre si aquel acto añade un plus de injusto o un mayor reproche, para lo cual daremos revista a las concepciones de la culpabilidad, especialmente la que adoptaremos y sus detractores, para finalizar por entregar los fundamentos que nos harán responder la pregunta a favor de este último elemento del delito.

Como adelantamos, el estudio concluirá con una breve reseña de la incorporación de la agravante a nuestra legislación, poniendo sobre la mesa sus ventajas y desventajas, como su objeto, naturaleza y estructura.

En síntesis, este trabajo invita a un recorrido por la dogmática penal, con especial atención en la culpabilidad, sus elementos y fundamentos, y en su relación con el principio de igualdad que subyace en el acto discriminatorio<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> NÁQUIRA, JAIME (2008): “Principios y Penas en el Derecho Penal Chileno”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 1695-0194, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile. Pág. 25.

## I. CAPÍTULO I: DE LA DISCRIMINACIÓN Y EL DERECHO PENAL.

### 1.- Antecedentes.

A lo largo de la historia, las sociedades han optado por valores que culturalmente se consideran preponderantes, y mediante el Derecho, se han propuesto fines específicos con arreglo a los cuales se generan normas y principios, de manera de ir graduando aquellos valores, asignándole un determinado mecanismo de protección.

Ahora bien, esta concepción adquiere mayor rigor cuando se trata del Derecho Penal, pues aquí se encuentra la sede más implacable del Derecho, como explicare RIVACOBBA “por proteger de manera y con intensidad especial los bienes que en cada sociedad, o tipo de sociedad, jurídicamente organizada se considera más valiosos e importantes, y por hacerlo amenazando su lesión o puesta en peligro con la privación o afectación también de los bienes del infractor, privación o afectación las más severas que consientan las valoraciones sociales que animan el respectivo ordenamiento y plasmadas en él.”<sup>2</sup>

### 2.- Principios.

En este contexto, la libertad y la igualdad son los valores que sirven de base para comprender una eventual intervención del Derecho ante un acto de *discriminación*. En otras palabras, sólo si comprendemos que la sociedad o grupo organizado, que se rige por determinado conjunto de normas, principios y directivas, está compuesto por individuos libres e iguales, sólo en tal caso habremos de llegar a la conclusión que dichos valores pueden ser vulnerados mediante un acto que se considerará contrario a derecho y en particular, que resulta arbitrario.

Se señala, que la dignidad humana sería el fundamento último de la introducción de medidas punitivas contra el denominado derecho a la no discriminación. De esta opinión es SERGIO POLITOFF quien advierte “debo subrayar, con todo, que –aunque en la

---

<sup>2</sup> DE RIVACOBBA, MANUEL (2002): *Violencia y Justicia*, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile. Pág. 128. Libro compilatorio. Texto citado: “Poder, derecho y justicia en el marco de la reforma penal”.

determinación del bien jurídico tutelado a través de las figuras de *discriminación punible* no haya necesariamente coincidencias de nomenclatura en las legislaciones y existan también algunas variaciones según sea la forma de la descripción legal- no se discute que en la base de esos tipos delictivos está siempre el principio de la *dignidad e igualdad* de las personas, expresado en un *derecho a la no discriminación*.<sup>3</sup>

### 3.- Reconocimiento normativo en contra de la discriminación.

Dicho esto, revisemos lo que la legislación internacional y nacional ha entendido por *discriminación*, con el objeto de ir en busca de un significado que posteriormente se aplicará -a través de su vulneración- mediante el delito.

El Derecho Internacional ha reconocido a través de Convenios y Declaraciones que la *no discriminación* consiste en un Derecho de que gozan todos los individuos y que su protección abarca no sólo su privación o vulneración, sino además, su puesta en peligro. En el PIDCP se adelanta que: “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley. Artículo 20 (2).”, y luego, más explícitamente, señala en su artículo 26: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Estos instrumentos internacionales, junto a la Carta de las Naciones Unidas, La Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>4</sup>, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial<sup>5</sup> y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>6</sup>, entre otros, nos indican que además de fundar en la igualdad un derecho reconocido a todo individuo, ese derecho

---

<sup>3</sup> POLITOFF, SERGIO (1999): “Informe sobre los delitos de discriminación en el Derecho Penal Comparado. (A la luz del Proyecto de Ley sobre Discriminación Racial y Étnica (Boletín N° 2142-17))”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Talca, Chile, año/vol. 5, N°002. Pág.193-213. Pág. 194.

<sup>4</sup> Especialmente los Artículos 1º, 2º y 7º, DUDH.

<sup>5</sup> Especialmente Art. 4º, ICERD.

<sup>6</sup> Especialmente preámbulo y deberes de los Estados (Parte II), CEDAW.

se define por negación. Es decir, el derecho a la no discriminación se construye toda vez que un individuo no se vea afectado en el libre ejercicio de otro derecho a causa de una discriminación sin justificación aceptada por el Derecho. Esto en el plano Constitucional, civil, mercantil, administrativo, laboral, no presenta mayores discusiones que las propias entre colisión de derechos y su solución, mas en el Derecho Penal, implica además de un escenario complejo en cuanto al bien jurídico tutelado, una respuesta sobre si la discriminación arbitraria añade un plus de injusto o un mayor reproche.

## II. CAPÍTULO II: DE LA DISCRIMINACIÓN Y EL JUICIO DE REPROCHE.

### 1.- Definición de culpabilidad. Un punto de partida.

Dentro de las muchas definiciones que los autores han elaborado sobre la culpabilidad, parece interesante comenzar por la que se considera el punto de partida de esta investigación.

Así las cosas, MEZGUER ha señalado que “La culpabilidad es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. La acción aparece, por ello, como expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del agente”<sup>7</sup>.

Asimismo, JIMÉNEZ DE ASÚA defiende que “La culpabilidad es el reproche que se hace al autor de un concreto acto punible, al que le liga un nexo psicológico motivado, pretendiendo con su comportamiento un fin, o cuyo alcance le era conocido o conocible, siempre que pudiera exigírsele un proceder conforme a las normas”<sup>8</sup>.

Estas definiciones dibujan claramente el desarrollo de las teorías normativas de la culpabilidad, a partir del componente objetivo que se introduce en este elemento del delito. Sin embargo, como corolario de ambas, es necesario aludir a RIVACOBBA cuando la define como “la posibilidad intrínseca o inherente a un acto típicamente antijurídico de formular por él un juicio de reproche, es decir, un juicio negativo de valor, o lo que es igual, un juicio de disvalor, a su autor, capaz de conocer el deber jurídico y de obrar conforme a él, porque, pudiendo consiguientemente exigírsele, no lo ha hecho motivo de su acto, y fundándose para ello en la relación psíquica de conocimiento y voluntad-dolo o culpa- que le liga con dicho acto, en los motivos determinantes de éste y en que el mismo sea

---

<sup>7</sup> MEZGER, EDMUNDO. (1957) *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Tercera edición, Revista de Derecho Privado Madrid, Madrid. (Traducción de JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ). Pág. 9-11.

<sup>8</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS (1976): *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, Tercera edición, Losada, S.A, Buenos Aires, Argentina. Pág. 92.

expresión adecuada, esto es, genuina de su personalidad, o lo que es igual, expresión jurídicamente desaprobada de ésta”<sup>9</sup>.

2.- Teorías y concepciones sobre la culpabilidad. Una breve mención en torno al problema del motivo.

En base a estos conceptos podemos elaborar un trinomio capaz de reunir los ejes que sostienen esta concepción, se trata pues, de la *libertad de voluntad del sujeto*; la *reprochabilidad basada en la libertad de obrar*; y, por último, la *retribución como sentido y fin de la respuesta punitiva*<sup>10</sup>.

Estas ideas nos guiarán para descifrar el cometido de este trabajo, ya que, se verá, que toda conclusión depende del punto de partida. Así, si miramos desde una perspectiva distinta, distintas serán también las consecuencias. Por lo pronto, como teoría contrapuesta a la esgrimida, y como una vertiente de la concepción normativista, se encuentra el funcionalismo Jakobsniano, que precisamente traslada al hombre desde el centro hacia un subsistema, instrumentalizándolo, en pos de un solo fin: la confianza en el Derecho<sup>11</sup>. Esta distinción es de suma importancia, ya que según cada concepción, la teoría del delito se estructura de forma diferente. A modo puramente ejemplar, se encuentra en franca oposición, el autor alemán WINFRIED HASSEMER, concediendo un valor preponderante al principio de personalidad al analizar la distinción entre imputación objetiva y subjetiva<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> DE RIVACOBA, MANUEL (1969): *La Obediencia Jerárquica en el Derecho Penal*, Edeval, Valparaíso, Chile. Pág. 124.

<sup>10</sup> Ob. Cit. JIMÉNEZ DE ASÚA. Pág. 229; DE RIVACOBA, MANUEL (1993): *Función y aplicación de la pena*, Depalma, Buenos Aires, Argentina. Pág. 33-34; Ob. Cit. MEZGER. Pág. 26-29.

<sup>11</sup> BARATTA, ALESSANDRO (1985): *Integración-Prevención: Una “Nueva” Fundamentación de la Pena dentro de la Teoría Sistémica*, en Criminología y Sistema Penal, Cap. I, Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina. Pág. 22-23. Este razonamiento no deja lugar a dudas en el artículo de JAKOBS (2010): *¿Daño social? Anotaciones sobre un Problema Teórico Fundamental en el Derecho Penal*, en *Cuadernos de política criminal*, segunda época N° 100, Dykinson, España. (Traducción de MIGUEL POLAINO- ORTS). En tanto, abre dicho artículo reconociendo la validez del punto de partida de AMELUNG, es decir, la teoría de sistemas de PARSONS y como él mismo señala “del primer LUHMANN”, preguntándose enseguida “¿Por qué se refiere AMELUNG al sistema social y no a la persona? Él mismo [AMELUNG] responde: Si el Derecho penal ha de garantizar las condiciones de la vida humana en comunidad, entonces la reflexión debe tener su origen necesariamente en el sistema social, y no en la persona.”

<sup>12</sup> HASSEMER, WINFRIED (2009): *Perché punire è necessario Difesa del Diritto Penale*, Il Mulino, Edizione originale: “Warum Strafe Sein Muss: Ein Plädoyer” Berlín, Ullstein Verlag. Pág. 200 – 201 “[...] L'imputazione soggettiva presuppone dunque l'imputazione oggettiva. Senza di essa, non avrebbe alcun

En definitiva, según esta premisa, podremos analizar si alguna de ellas nos permite resolver el problema de los motivos en sede de culpabilidad.

La teoría de GÜNTHER JAKOBS normativiza al extremo el elemento culpabilidad, pues introduce, a partir del componente normativo de la culpabilidad, criterios puramente objetivos para adscribir la responsabilidad al agente. En palabras del propio autor “[...] es un hecho indiscutible que la medida según la cual se determina la culpabilidad es una medida completamente objetiva, pues es absolutamente imposible que algo pueda servir de medida de sí mismo.” “Con otras palabras, la individualidad sólo opera en beneficio del sujeto, en la medida que con ello no se perturbe el efecto generalizante del Derecho, y ello porque el conflicto se puede resolver de otro modo, sin recurrir a la imputación.

Por lo tanto, con la medida de la culpabilidad no se mide un sujeto, sino una persona, precisamente la persona más general que cabe imaginar, aquélla cuyo rol consiste en respetar el Derecho. Más allá de este mínimo no hay disculpas que valgan. Sólo en la medida que ese rol no se ve cuestionado, se pueden tomar en consideración los datos ajenos al mismo.”<sup>13</sup>

Estas líneas ya nos adelantan que no es posible identificar más elementos que los que el autor esboza, de manera que, para esta concepción de la culpabilidad, lo determinante es que el autor haya obrado en contra de la norma, amenazando con ello, la estabilidad del sistema penal y la confianza en el Derecho, y por consiguiente, la parte subjetiva y el móvil del agente no encuentran asidero, por lo menos, en este elemento del delito. Esta afirmación se justifica, pues no obstante, la importancia que han dedicado las teorías antes mencionadas a la *motivación* dentro de la culpabilidad normativamente

---

*senso, le sue domande cadrebbero nel vuoto, sarebbe uno sforzo inutile. L'imputazione soggettiva realizza la concezione della personalità, va oltre la nuda responsabilità «per il risultato» («Erfolgs»- Haftung) nel momento in cui si chiede se la persona che ha causato l' evento ne avesse anche colpa, se ne sia stata responsabile (o, più precisamente, se possa esserne considerata responsabile).” [...] “Il fatto che tracciamo questa differenza prova che anche nel controllo sociale viviamo e giudichiamo in base al principio di personalità. La differenza che qui è in gioco è infatti incentrata esclusivamente su un elemento personale: l' atteggiamento del soggetto agente nei confronti di quel che sta facendo. Il danno, il «risultato conforme alla fattispecie», come il danno alla salute della vittima, è certamente lo stesso, indipendentemente dal fatto che sia stato causato dolosamente (§ 223 co. 1 St GB in connessione con il § 15 StGB) o colposamente (§ 229 StGB). La distinzione si basa esclusivamente sui livelli di vicinanza interiore dell' agente alla sua azione.”*

<sup>13</sup> JAKOBS, GÜNTHER. (2000): *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, España. (Traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ y BERNARDO FEIJÓO SANCHEZ). Pág. 64-65. Título alemán: «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts?».

entendida, ésta corresponde a un elemento caracterizador de la misma, pero asociado – como ya se ha visto- a un concepto jurídico generalizador, es decir, para ellas se trata de una *motivación normal o anormal* según defina o no la reprochabilidad<sup>14</sup>, comprendiendo que el contenido de dicha motivación consiste en la obediencia al Derecho. Así lo explica GOLDSCHMIDT cuando expresa “[...] la norma de deber sólo es observada si el motivo de deber se ha mantenido contra los motivos que se le han opuesto, y sólo se ha violado si ha sucumbido. Pero él sucumbe solamente cuando se ha realizado una actuación de voluntad contraria al deber, dirigida hacia un resultado antijurídico”<sup>15</sup>.

En el plano nacional, un sector de la doctrina sigue la vertiente alemana, identificándose como finalistas, por cuanto trasladan la valoración de dolo y culpa al elemento *acción*, lo que a su vez trae como consecuencia una normativización de la culpabilidad -impidiendo con ello- toda posibilidad de identificar más elementos que el mero reproche como señalamos más arriba. En esta posición se encuentran los autores ALFREDO ETCHEBERRY<sup>16</sup> y ENRIQUE CURY<sup>17</sup>, quienes a pesar de reconocer que ambos elementos de la culpabilidad deben ser considerados también en la determinación del reproche, construyen una concepción del delito fundado en la pertenencia de la *voluntad de la acción* al propio elemento *acto*, con lo cual no nos cabe más que comprender que la voluntad de contrariedad a la norma o al deber debe analizarse en dicho elemento.

En consecuencia, pareciera que *motivación* y *móvil* resultan ser dos conceptos que entrañan ideas diferentes.

En este mismo orden de ideas, se ha señalado que la individualización del sujeto en pos de realizar el juicio de reproche carece de sentido, es más, resultaría irrelevante adentrarnos en la especialización propia del individuo que obró de tal o cual forma antijurídica. De este parecer, en la doctrina nacional, es CURY quien se muestra

---

<sup>14</sup> GOLDSCHMIDT, JAMES (2002): *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*, en *Colección Maestros del Derecho Penal*, N° 7, B de F, Argentina. (Traducción de MARGARETHE DE GOLDSCHMIDT y RICARDO C. NÚÑEZ). Pág. 87 y ss.

<sup>15</sup> Ídem. Pág. 92.

<sup>16</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO (1998): *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. Pág. 274 y ss.

<sup>17</sup> CURY, ENRIQUE (2005): *Derecho Penal. Parte General*, Séptima edición, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile. Pág. 408 y ss.

verdaderamente incrédulo frente a esta exigencia. En efecto, postula ante dicho requisito la siguiente interrogante: “Pero ¿es posible obtener una individualización como la que ellos reclaman [efectiva] para efectuar el reproche? Porque para satisfacer una exigencia como esa, es preciso hacerse cargo de una diversidad de factores inabarcable de manera que, en la práctica, el juicio que se emitirá sería siempre inseguro; y su resultado, en lugar de garantizar una solución más justa, conduciría, probablemente, a decisiones inciertas y a menudo contradictorias respecto de situaciones aparentemente semejantes”<sup>18</sup>.

Así, y en contraposición a lo dicho, la concepción que configura el trinomio expuesto más arriba, manifiesta que lo decisivo es la voluntad de obrar contra la norma, es decir, como el sujeto goza de libertad y autonomía, como bien puede autodeterminarse y actuar conforme a ello, es posible identificar que obró vulnerando dicha norma penal, en cuyo caso, junto con realizar el juicio de reproche, cabe analizar los elementos subjetivos, pues entrambos constituyen el elemento de culpabilidad.

Esta cuestión resulta determinante, pues el componente discriminación, en principio, parece tener una lejanía irreconciliable con criterios puramente objetivos. En otras palabras, resulta más o menos clara la necesidad de contar con una individualización *efectiva* que nos ayude a desentrañar lo que *mueve* al sujeto a obrar de determinada forma.

### 3.- Los elementos o fundamentos del juicio de culpabilidad.

Hemos llegado al momento de verificar, según la tesis ya planteada, los elementos que constituyen la culpabilidad. En este cometido seguiremos a JIMÉNEZ DE ASÚA, quien identifica como contenido del juicio de culpabilidad<sup>19</sup>: el juicio de reproche referido a un hecho psicológico y basado en los elementos (o si se quiere “partes”) motivadores y caracterológicos. En otros términos, por una parte, al *acto de voluntad del autor*, es decir, la parte psicológica y antes que elemento, objeto del juicio de disvalor; y por otra, a los elementos propiamente tales, *los motivos del agente y su total personalidad* o parte

---

<sup>18</sup> CURY, ENRIQUE (2011): *De la Normativización de la Culpabilidad a la Normativización de la Teoría del Delito*, en Cem Anos de Reprovação. Uma Contribuição Transdisciplinar para a crise da Culpabilidade, Revan, Brasil. Pág. 70.

<sup>19</sup> Ob. Cit. JIMÉNEZ DE ASÚA. Pág. 232-233.

caracterológica del juicio de reproche. Incluyamos, por nuestra parte, a esta enumeración, la inimputabilidad, aunque más que una propiedad del acto, sea una del autor y que, sin embargo, daremos por sentada.

Dentro de los elementos o fundamentos de la culpabilidad, descartaremos desde ya, la parte psicológica y caracterológica, pues representa un estudio que sobrepasa los límites de este breve trabajo, sin embargo, nos quedaremos con la parte motivadora del juicio de reproche, tratando de profundizar en ella para verificar si encontramos allí una solución plausible al tema que nos convoca<sup>20</sup>.

Una vez hecha esta advertencia, digamos que los motivos son aquellas representaciones afectivas que impulsan o *mueven* a obrar -en un determinado sentido- al autor<sup>21</sup>. Serían, por tanto, representaciones que *determinan* el acto del agente.

JIMÉNEZ DE ASÚA, ilustra la función que cumpliría el motivo aludiendo a un ejemplo de FLORIAN, positivista italiano, señalando que “[Distingamos] 1º la *voluntariedad* que mira a la producción del hecho en sí mismo (si se quiere, o no, herir, etc.); 2º, el *motivo*, en razón del cual se quiere el hecho (se mata por odio, por venganza, por amor); 3º, el fin, que se refiere al efecto que, *queriendo* un hecho en razón del motivo, el agente se propuso y trató de conseguir; el fin es el resultado inmediato prefijado al delito.” “Resumiendo pues: voluntario disparo (*voluntariedad*) de un fusil, con objeto de matar a Ticio (*fin*) para vengar a la hermana traicionada (*motivo*)”<sup>22</sup>.

En este sencillo ejemplo subyacen distintas ideas. En primer lugar, a pesar de que el autor emplea una expresión no muy feliz, indicando que las distinciones hechas constituyen los tres momentos del elemento psicológico del delito, debemos comprender esta expresión referida a la culpabilidad como elemento del delito y extraer el fin de dicho elemento. En segundo lugar, y sin perjuicio de lo anterior, la distinción que emplea es importante,

---

<sup>20</sup> Para una visión distinta sobre la estructura de la culpabilidad, véase: RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA (1994): *Derecho Penal Español. Parte General*, Decimoséptima edición, Dykinson, Madrid. Pág. 444. El autor advierte expresamente: “Respecto a ellas [las características de la culpabilidad] conviene adelantar que los *motivos* no deciden nunca otra cosa que el *quantum* de la culpabilidad. Su lugar adecuado ha de estar, por consiguiente, fuera de los elementos esenciales del delito: entre las circunstancias *modificativas*, accidentales, de la responsabilidad criminal”.

<sup>21</sup> Ídem. Pág. 238.

<sup>22</sup> Ídem. Pág. 236. Nota al pie N° 162.

fundamentalmente, por dos cosas: *a.* distingue los motivos del dolo del autor; y además, *b.* distingue los motivos del fin del autor.

Ahora bien, esta distinción resulta ser relevante porque suele confundirse el motivo con la parte psicológica del juicio de reproche que distinguíamos más arriba. En efecto, en el dolo es posible identificar subelementos, a saber: los elementos intelectuales o representativos y los elementos afectivos o volitivos<sup>23</sup>, dentro de estos últimos se pretendería incluir a los motivos. Sin embargo, digamos a favor del dolo que la parte volitiva constituye un proceso psíquico complejo que determinará si quiere o, por lo menos, acepta el resultado que se ha representado, mientras que los motivos nada agregan a este proceso, en cuanto se puede obrar con dolo por impulso de los motivos más altruistas como de los más bajos y no obstante ello, seguirá estando presente<sup>24</sup>. Mas, esta distinción no impide que los motivos jueguen un rol determinante en el obrar del agente y más aún en la culpabilidad, en donde, irremisiblemente tendrá una conexión con el dolo o la culpa y con los demás elementos.

En cuanto a la segunda distinción, nos reservaremos su análisis para el siguiente apartado. Por ahora, enfrentemos la descripción de los *motivos* con la tesis *motivadora* de la corriente normativista que venimos revisando.

ANTÓN ONECA ya explicaba en su Tratado la evolución que había experimentado la teoría de los motivos, él señalaba que: “Una vez que el derecho penal se independizó de la moral, tendió a abandonar la concepción ética del dolo, que implica profundizar en el terreno de los móviles. Sin embargo, estos vuelven a ser tomados en cuenta por la escuela positiva italiana al considerar elemento esencial del delito los motivos antisociales, sin los cuales o no existiría el delito, o debe prescindirse de la pena, sustituyéndola por el perdón judicial (24).

A resultados parecidos llega la teoría normativa de la culpabilidad. Si ésta consiste en un reproche al autor por haber faltado a su deber, anteponiendo sus motivos egoístas a los conformes al orden jurídico, la consecuencia es la admisión como causa general de

---

<sup>23</sup> Ídem. Pág. 415- 498.

<sup>24</sup> Así, a modo de ejemplo, puede ocurrir que una persona haya dado muerte a otra por precio, o bien, porque la segunda le rogó su muerte y el agente se compadeció del pobre infeliz.

inculpabilidad del principio de no exigibilidad de otra conducta, que si en la culpa ha tenido siempre una función en su mismo concepto, también según algunos penalistas normativistas debe ser excluyente del dolo. O sea, que si el sujeto, no obstante querer el resultado, ha procedido por ciertos móviles normales, de modo que el ciudadano medio también hubiera hecho lo mismo en aquellas circunstancias, procede la absolución (25)”<sup>25</sup>.

Este extracto del párrafo que ANTÓN dedica a la apreciación del móvil es revelador de las críticas y vinculaciones que se han realizado a lo largo de la historia a la teoría del móvil, así como también, del cómo la teoría normativista comprende la motivación del sujeto. Esta concepción plantea esencialmente que toda acción es consecuencia de una motivación, y especialmente, cuando nos encontramos en el plano del deber jurídico, la norma impone que el sujeto se motive de tal o cual manera para que obre conforme a ella. En este contexto es que se utiliza la motivación en sede de culpabilidad, incluso se la ha caracterizado como la nota propiamente normativa<sup>26</sup>.

Según la coherencia del sistema lógico que construye la teoría normativista, la motivación -como nos dice GOLDSCHMIDT- también tendría tal carácter. Sobre este punto es posible coincidir plenamente, ya que al mencionado elemento se asocian conceptos puramente objetivos, en palabras de la propia concepción, como explicare un autor más contemporáneo que los revisados, pero igualmente generoso en la claridad de sus palabras, a saber HEIKO HARTMUT cuando despeja –según su propia denominación- las confusiones dogmáticas en el ámbito de la culpabilidad, indicando que: “Dicho en otras palabras, si a quien se tiene en cuenta como destinatario que debe responder a la norma (o motivarse de acuerdo a ella), o como sujeto de la imputación, no es “al hombre específico y concreto”, sino al “concepto abstracto de hombre con capacidades normales o, incluso, al hombre concreto concebido como persona en tanto que ser racional”, entonces lo decisivo para la imputación tampoco es el autor entendido como sistema sicofísico, ni en la imputación de la *culpabilidad* ni en la del *injusto*. Por este motivo, no puede considerarse que lo determinante per se sea su disposición interna en sentido empírico y real, ni en el “impulso

---

<sup>25</sup> ANTÓN ONECA, JOSÉ (1986): *Derecho Penal*, Segunda Edición, Akal. Pág. 229.

<sup>26</sup> Ob. Cit. GOLDSCHMIDT, JAMES. Pág. 87-89.

de la acción” ni en la “dirección de ésta”, ni en la “formación de la voluntad” ni tampoco en su “ejecución”<sup>27</sup>.

En síntesis, el agente se convierte en *persona* (concepto generalizador) y obra impulsado por una *motivación* (norma de deber, imperativo de obediencia al derecho). Sobre esto, que ya parece ser una obsesión en los vocablos, surge brutal y manifiesta la diferencia que a unos hace llegar a construir dichos conceptos, mientras que a otros, realizar una individualización que colme la culpabilidad cual saco henchido de arena, con el fin de que el cargador no lleve un grano más de la cuenta.

Los motivos, por tanto, no serían un presupuesto objetivo universalmente aplicable, sino, por el contrario, constituirían un elemento del juicio de culpabilidad –en palabras de MAX ERNST MAYER- con “sello personal”. Este autor ya nos ilustraba que “La clase y grado de la culpabilidad dependen, fuera del resultado, de la clase y grado de la contrariedad al deber; para apreciar éstas indagamos en el por qué la representación del resultado no ha pasado a ser un contramotivo y hallamos siempre el fundamento en los motivos que efectivamente han determinado al autor.” Luego, nos indica más precisamente que “Ellos [los motivos] son los que (consciente o inconscientemente) impiden la motivación que hubiera debido ser decisiva; por su contenido, por su legitimidad moral y valor social, por la intensidad de los sentimientos y su relación con el carácter del que actúa, según la duración de la actividad y según muchos otros factores, son ellos infinitamente variables y dan, por eso, a la contrariedad al deber, en cada caso concreto, un sello individual”<sup>28</sup>.

Con estas líneas pretendemos aclarar los sentidos en que está tomada la expresión *motivación* y dejar patente su divergencia en la interpretación de los *motivos* como elementos de la culpabilidad.

Comprendiendo, entonces, que se trata de dos expresiones semejantes que invocan distintas ideas, nos preguntamos –ya que es una constante en la concepción normativista- si

---

<sup>27</sup> HARTMUT, HEIKO (2001): *Injusto y Culpabilidad en Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, primera edición, Colombia. (Traducción de RAMÓN RAGUÉS). Pág. 17.

<sup>28</sup> MAYER, MAX ERNST (2007): *Derecho Penal. Parte General*, Colección Maestros del Derecho Penal, N ° 25, B de F, Argentina. (Traducción de Sergio Politiff Lifschitz). Pág. 308.

éstas podrían objetar lo siguiente: que nunca se podría estar seguro de que el autor del acto, al obrar, estaba motivado por un móvil determinado. Esta misma objeción –señala ZAFFARONI- “sería válida para cualquier dato psíquico del infractor, con lo cual se llegaría a la conclusión de que es menester suprimir toda referencia subjetiva en la teoría del delito. No ignoramos que existe una corriente que pretende *normativizar* todo y construir incluso un dolo sin información psíquica, pero la sola pretensión de cancelar toda referencia a la voluntad del agente, a su intención, a su finalidad, a sus motivos, etc., resulta tan irrealizable como intolerable.” Y Agrega, “Pese a lo que puedan afirmar algunos teóricos, no creemos que haya juez en el mundo que se resigne a prescindir de esa información a la hora de sentenciar”<sup>29</sup>.

Para terminar esta breve síntesis de la vertiente del normativismo que hemos propuesto mencionar, es menester clarificar una última cuestión. Se trata sobre la idea de que el juicio de culpabilidad tiene como objeto un acto típico y antijurídico, pero en razón de la actitud interna del agente, una especie de actitud interna jurídicamente defectuosa. Frente a esto, advirtamos que el mayor reproche no es ningún elemento de ánimo ni de disposición interna, como más arriba resumía ANTÓN, pues aquello nos lleva ineludiblemente hacia un derecho penal de autor o de personalidad. Como bien explica ZAFFARONI, “El Derecho Penal de autor corresponde a una distinción amigo/enemigo en el nivel típico o en el de la culpabilidad: pretende juzgar una personalidad, la prohíbe o la reprocha”<sup>30</sup>. En este sentido la regulación punitiva de los motivos no aspira prohibir una personalidad o reprocharla, sino simplemente fundar la propia culpabilidad siempre con complicidad de otros elementos.

---

<sup>29</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL (2008): *Observaciones sobre la Delincuencia por odio en el Derecho Penal argentino*, en Estudios Penales en Homenaje a ENRIQUE GIMBERNAT, Tomo II, Edisofer, Madrid. Pág. 1746.

<sup>30</sup> Ídem. Pág. 1745.

#### 4.- Fines y motivos. Una distinción relevante.

Una de las cuestiones que resultan más importantes para la identificación de los motivos como elemento de la culpabilidad, radica en su distinción de los *fin*es. Por ello, nos ocuparemos en las líneas que siguen de su definición, asimismo, de su tratamiento en la dogmática penal, siempre en los márgenes del tema que nos convoca, y por último, de los ámbitos en los que reciben aplicación, con la finalidad de depurar un complejo escenario que podrá servir de base a nuestra pregunta.

Habíamos adelantado *supra* que los *motivos* son aquellas representaciones afectivas que impulsan a un individuo a realizar algo. Mientras que el *fin* u objetivo se refiere a algo material que se halla por encima del modo de actuación del agente, en tanto que el motivo es interno, no perceptible en el mundo exterior<sup>31</sup>. Por ahora, estas dos ideas nos evocan dos percepciones distintas en el espacio, así, la primera nos indicaría que se encuentra ubicada en el interior del individuo, mientras que la segunda, da a entender que escapa a la propia actuación del agente y simultáneamente, se materializa en el exterior.

También se ha tratado de establecer una diferencia más bien temporal entre *fin*es y *motivos*, de manera que los segundos resultan anteceder cronológicamente a los primeros. De esta posición es nuestro ya citado autor español, cuando expresa ilustrativamente que: “A nuestro entender el móvil está *antes*; el fin, *después*. A menudo el móvil supone la prosecución de un objetivo: matar *por* piedad (móvil), *para* que el sujeto pasivo no sufra más (*fin*)”<sup>32</sup>.

En contribución a estas dos definiciones, agreguemos una que nos parece más completa, pues reúne los dos criterios de diferenciación expuestos; se trata pues, de una definición que abriga un criterio espacio-temporal, a saber: “El motivo es el *motor*, lo que decide la voluntad del agente, el *desde dónde*, en tanto que la finalidad es el *hacia dónde*.

---

<sup>31</sup> Ob. Cít. JIMÉNEZ DE ASÚA. Pág. 489.

<sup>32</sup> Ídem.

Con el motivo nos preguntamos de dónde nace la voluntad criminal y con la finalidad hacia dónde se dirige. El motivo es un *por qué* y la finalidad un *para qué*”<sup>33</sup>.

Esta distinción elemental descifra el gran código que subyace bajo la fórmula empleada: la libertad. Precisamente de ello se trata porque se reprocha en base a la libertad del sujeto, de allí que en razón de dicho presupuesto podamos analizar su obrar. Pero ¿Qué otro tanto ocurre con la igualdad? ¿Cuál será realmente la pregunta que satisfaga este nuevo componente *discriminación*? ¿*Por qué* o *Para qué*? De estas dos últimas preguntas nos encargaremos a continuación.

#### 4.1. Los elementos subjetivos del injusto. Descripción y comparación con los motivos.

Venimos diciendo que la pregunta *por qué* la vinculamos con los motivos, pues en razón de ellos se determina la voluntad y con ello se puede llegar a un resultado antijurídico, que es lo que nos interesa. Sin embargo, vale la pena formularnos la siguiente interrogante: ¿el que actúa discriminatoriamente se motiva en la discriminación misma, o por el contrario, es su finalidad?

Para dilucidar ésta y las demás interrogantes propuestas nos valdremos de la distinción que hace algún tiempo construyó con abrumadora certeza para los defensores de la pura objetividad del injusto, MAYER, cuando sostuvo que el carácter objetivo que se predicaba de la antijuridicidad gozaba de profundos matices. Bien sabido es que el autor comienza su explicación con un ejemplo, utilizando la última escena del drama de *FAUSTO* de GOETHE. Una vez que ha acabado con su relato, pone sobre la mesa la primera premisa “... los procesos subjetivos que hacen antijurídica una acción y aquellos que le imprimen el sello de la culpabilidad no son, necesariamente, idénticos.” “Los elementos subjetivos de la antijuridicidad son auténticos atributos de la antijuridicidad, pero no son atributos de la culpabilidad, ni auténticos ni inauténticos; no tienen un doble carácter [...], sino un carácter único”<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Ob. Cit. ZAFFARONI. Pág. 1742.

<sup>34</sup> Ob. Cit. MAYER. Pág. 232.

De esta distinción surgen los matices de la antijuridicidad, a saber, los denominados elementos subjetivos de lo injusto, en consecuencia, ellos convertirán al mencionado elemento del delito en poseedor de un carácter *predominantemente* objetivo<sup>35</sup>.

En contraposición a esta teoría se ubica NOVOA MONREAL como representante de un sector de la doctrina chilena, pues él comprende que "... esas referencias subjetivas del tipo (que algunos extienden al injusto), por su naturaleza corresponden generalmente a la culpabilidad y deben ser examinadas en relación con ella, -añadiendo correctamente- sin perjuicio de que su ubicación en la descripción típica, obligue al intérprete, en el ángulo práctico, a dar un contenido subjetivo al tipo, que le permite descartar, en ciertos casos, la responsabilidad aun en las etapas iniciales del análisis de ésta"<sup>36</sup>. En definitiva, detrás de esta idea no sólo se encuentra la tradicional caracterización objetivo/subjetivo de la antijuridicidad y la culpabilidad respectivamente, sino además, se incurre en una confusión entre fines y motivos, como el mismo autor evidencia cuando indica "el motivo interno del sujeto no afecta ni modifica la calidad jurídica objetiva de una conducta, la cual se aprecia solamente en sus circunstancias externas"<sup>37</sup>.

Volviendo al planteamiento inicial, MEZGUER comienza el tratamiento de esta materia indicando que "La fundamental separación objetiva entre Derecho e injusto no es obstáculo para que en dicha delimitación puedan ser determinantes en algunos casos ciertas características anímicas de la persona del agente."<sup>38</sup> Esta idea preliminar nos ayudará a elaborar una definición de lo que debemos comprender por elementos subjetivos del injusto. Dichos elementos están constituidos por ciertas disposiciones anímicas que inspiran al agente cuando éste actúa, y de cuya concurrencia dependerá el carácter antijurídico de ese acto<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Sobre esta calificación de la antijuridicidad, véase: Ob. Cit. RODRÍGUEZ. Pág. 407.

<sup>36</sup> NOVOA, EDUARDO (2005): *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Tomo I, Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. Pág. 420.

<sup>37</sup> Ídem. Pág. 419.

<sup>38</sup> MEZGER, EDMUNDO (1935): *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Segunda edición, Revista de Derecho Privado Madrid, Madrid. (Traducción de JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ). Pág. 287.

<sup>39</sup> Hacemos nuestra la advertencia de MEZGER sobre el establecimiento de este tipo de elementos. "El mejoramiento interno de los ciudadanos sólo puede tratar de conseguirlo el Derecho en tanto deba exigirlo para el cumplimiento de su misión específica, esto es, de una legalidad mantenida externamente. *Cuando* el

Digamos, por lo pronto, que los antedichos elementos pueden o no estar explícitos en el tipo, de manera que si lo están, y no concurren, el asunto se resolverá previamente como un caso de atipicidad, pero si por el contrario, se encuentran implícitos y no concurren, faltará el carácter antijurídico de dicho acto<sup>40</sup>.

Sobre este particular cabe mencionar que, no obstante, optamos por una definición de estos elementos como una *disposición anímica*, en ningún caso compartimos la concepción del injusto personal que construyó WELSEL<sup>41</sup>, sobre la cual nos limitaremos a señalar que su aceptación implica radicalizar una posición que resultaría un tanto peligrosa pues diluye las fronteras entre el Derecho y la moral, forjando una especie de moralización del Derecho penal<sup>42</sup>.

Ahora bien, cuando se define al elemento subjetivo del injusto se utiliza el término *inspiran*. Esto nos conduce directamente al punto que queremos llegar, pues aquellas disposiciones internas que *inspiran* al autor son precisamente las finalidades que éste persigue, el *hacia dónde*; no lo *impulsan* determinando su voluntad, sino que permanecen durante toda la acción hasta su consecución, que –en cuanto incumbe al Derecho– será el resultado antijurídico, o bien, incluso en forma posterior a este. De manera que, la búsqueda de un fin, dice relación con los elementos subjetivos de la antijuridicidad, cuya presencia o ausencia deberá resolverse en dicha sede, según corresponda.

Sobre el polo opuesto se ubica la pregunta acerca del *por qué*. Ya hemos señalado *supra* en qué consiste, a qué se vincula y su diferencia con los fines y la pregunta del *para qué*; a modo de síntesis señalemos en qué caso opera una y otra pregunta siguiendo los postulados de MAYER al identificar la importancia de los elementos subjetivos cuando manifiesta que: “Justamente en cuanto en ellos los fines del autor son relevantes, suele

---

Derecho olvida esta sabia auto-limitación, sus esfuerzos acaban siempre reconociendo la propia impotencia, pues la espada afilada en demasía se mella con gran facilidad (*GerS.*, 89, 242). Por ello no debe atribuirse de modo arbitrario al Derecho positivo una tal fundamentación subjetiva del injusto; esto sólo es lícito cuando el mismo ordenamiento vigente, de manera indudable, da a entender que desea se tomen en cuenta dichos elementos subjetivos”. Ídem. Pág. 292.

<sup>40</sup> Ob. Cit. MAYER. Pág. 231 y ss. Comparte también esta postura RODRÍGUEZ DEVESA en: Ob. Cit. RODRÍGUEZ. Pág. 408.

<sup>41</sup> WELSEL, HANS (1976): *Derecho Penal Alemán. Parte General*, Segunda edición castellana, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. Pág. 89 y ss.

<sup>42</sup> Para una revisión y crítica de la subjetivización de la teoría jurídica del delito, véase: DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS (1990): *Los Elementos Subjetivos del Delito. Bases metodológicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

suponerse que estos elementos de la antijuridicidad son ingredientes de la culpabilidad, pero su índole propia queda a salvo: una acción se imputa a la culpabilidad, cuando ha surgido de *motivos* reprochables; en cuanto establece el elemento psicológico de la culpabilidad, la imputación es una consideración causal. De la misma manera que el fin no es idéntico con el motivo, ni una consideración teleológica coincide con una causal, tampoco es el elemento subjetivo de la antijuridicidad una característica de la culpabilidad”<sup>43</sup>. En consecuencia, respondiendo a la pregunta sobre si el que actúa discriminatoriamente persigue una *finalidad discriminatoria*, y por tanto, se encuentra en el agente un especial ánimo que añada un plus de injusto al acto, diremos que este razonamiento incurre en un error manifiesto porque el agente no tiene por finalidad discriminar, no constituye un fin en sí mismo, pues precisamente quien actúa antijurídicamente y dicho acto se valora como un hecho discriminatorio, se *motiva* en la discriminación misma; por el contrario, quien persigue una finalidad puede determinar su voluntad por cualquiera de los móviles reprobados por el Derecho, o bien, amparados por él.

En conclusión, la pregunta que satisface el componente discriminación, consiste en el *por qué*, la que -a su vez- podrá ser respondida utilizando el *desde dónde*, ya que el componente discriminación se yergue como uno de los motivos que determinan la voluntad del agente provocando, en *razón* de ello, una mayor culpabilidad por reprochabilidad del móvil.

#### 4.2 Consecuencias de la agravación por los motivos.

Una vez que se han determinado los alcances de los motivos, su distinción, así como la naturaleza de la agravación, es preciso indicar –antes de materializar estas explicaciones en unos ejemplos- cuáles serán las consecuencias que se arrojan a partir de su análisis en el juicio de culpabilidad.

Por una parte, quien ejecuta el acto motivado por un motivo discriminatorio acarreará un mayor reproche, sea este autor o partícipe, pero excluimos desde ya su comunicabilidad por la propia naturaleza de la agravación.

---

<sup>43</sup> Ob. Cit. MAYER. Pág. 233.

En un segundo sentido, como se trata de una agravación subjetiva que recae en un elemento de la culpabilidad, su presencia o ausencia implicará la concurrencia del delito, de la agravación, o bien, una causa de exclusión de la propia culpabilidad. En este último caso cabe mencionar que el acto podrá seguir siendo antijurídico, por tanto, las responsabilidades que deriven de él, serán igualmente susceptibles de hacerse efectivas respecto de quienes participaron en el hecho.

Por último, puede ocurrir que concurra un especial motivo al momento de la determinación de la voluntad, pero luego este mute o bien, emerja uno nuevo. Esta situación, que en principio puede dar lugar a complicaciones, se puede esclarecer con el siguiente ejemplo, “un *skinhead* que lesiona a una persona a la que no conoce al grito de *Heil Hitler* no deja duda respecto de su actuar motivado por odio; si aprovecha la indefensión en que coloca a la víctima para robarle, el segundo motivo (lucro) no cancela el primero y determinante”<sup>44</sup>.

#### 4.3 Casos: ejemplo de regulaciones penales agravadas por una finalidad y por motivos.

Un claro ejemplo de lo que venimos diciendo lo podemos encontrar en la regulación internacional penal a propósito de los Crímenes Internacionales que son competencia de la Corte Penal Internacional (ICC) establecidos en el E.R, el cual se encuentra ratificado por nuestro país desde junio de 2009. Nos referimos al Crimen de Genocidio<sup>45</sup>. El elemento de contexto que construye el mencionado crimen nos indica el propósito de la represión de este tipo de casos, se trata pues, de la comisión de determinados actos con la intención de

---

<sup>44</sup> Ob. Cít. ZAFFARONI. Pág. 1746. Paréntesis nuestro.

<sup>45</sup> E.R, Artículo 5: “Crímenes de la competencia de la Corte.

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

a) El crimen de genocidio; ...”

E.R, Artículo 6: “Genocidio. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

a) Matanza de miembros del grupo;

b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;

e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.”

destruir total o parcialmente a un grupo de personas pertenecientes a los supuestos que indica el art. 6 del E.R. Dicha intención no debe interpretarse como mero dolo del autor, que en todo caso deberá estar presente y abarcar, por cierto, todos los elementos típicos de la norma, sino que, viene a exigir una finalidad en el autor, la finalidad de exterminio total o parcial, es decir, la finalidad genocida<sup>46</sup>. Bien, en este caso se encuentra presente el elemento subjetivo de lo injusto expreso en el tipo, y en consecuencia, se exige la concurrencia de la finalidad para su castigo. Es dable señalar –como advierte ZAFFARONI– que “esta persecución y la finalidad genocida pueden obedecer a otra motivación diferente del odio (obtención de una ventaja económica, eliminar a un competidor del mercado, etc.)”<sup>47</sup>. Agreguemos por nuestra parte, que también podría motivarse en un móvil fútil, vil o incluso abyecto como el discriminatorio.

Algo distinto ocurre con el delito por odio en la legislación argentina, el cual se encuentra tipificado en el inciso 4º del art. 80 de su Código Penal, en este caso se castiga el homicidio cometido por placer, codicia, odio racial o religioso<sup>48</sup>.

Este delito es un supuesto de mayor reproche de culpabilidad en razón de la motivación porque se considera que los móviles establecidos resultan reprobados en cuanto muevan a obrar antijurídicamente, de allí que se trate de una agravación de naturaleza subjetiva<sup>49</sup>, que debe resolverse en sede del juicio de culpabilidad en idénticos términos que el motivo discriminatorio.

---

<sup>46</sup> De este parecer es E. RAÚL ZAFFARONI en: Ob. Cit. ZAFFARONI. Pág. 1742. Comparte la finalidad genocida como un elemento subjetivo del tipo SERGIO POLITOFF en: Ob. cit. POLITOFF. Pág. 197.

<sup>47</sup> Ob. Cit. ZAFFARONI. Pág. 1742. También se señala por el autor que “El objetivo persecutorio y la finalidad genocida son elementos del tipo y, por ende, la agravación responde a un mayor contenido ilícito de la conducta”. “...el crimen que se dirige contra una víctima que pertenece a un grupo discriminado en razón de un prejuicio y con objeto persecutorio no impacta sólo a ésta, sino que es un mensaje que se envía a través de la víctima, basado en características que ésta no puede controlar, a todo el conjunto al que la víctima pertenece. De este modo es una suerte de terrorismo que se dirige a todo el grupo de pertenencia afectado por el perjuicio y que tiene el efecto de sembrar la inseguridad en ese conjunto.”

<sup>48</sup> Art. 80 Código Penal Argentino, inciso 4º. – “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

(...) 4º Por placer, codicia, odio racial o religioso. (...)”

<sup>49</sup> Ídem.

5.- Críticas a la agravación por los motivos en el marco de una regulación contra la discriminación.

La preocupación por proteger cualitativa y cuantitativamente el o los bienes jurídicos que afecta un acto discriminatorio ha proliferado en la actualidad. Los esfuerzos en materia internacional ya se han plasmado en diversos cuerpos normativos, los cuales ya tuvimos oportunidad de mencionar en la primera parte de este trabajo; ahora similar suerte corren los esfuerzos en el ámbito nacional y en el derecho comparado<sup>50</sup>. La discriminación se ha vuelto una cuestión ineludible de examinar por cuanto el ejercicio del principio de igualdad se ha visto fuertemente vulnerado dentro de sociedades atiborradas de conflictos sociales complejos, donde las propias mayorías se ven marginadas, insatisfechas, frustradas y empobrecidas.

En este contexto, la expansión de la regulación contra la discriminación, y en especial de aquellas que agravan la pena en razón de la culpabilidad por motivación más reprobable, ha sido objeto de las objeciones que identificamos a continuación.

En primer lugar, se ha señalado que mediante la incorporación de estas figuras se estaría castigando el pensamiento, las creencias u opiniones de los individuos. Frente a esta lógica objeción, ya que el pensamiento no delinque, diremos que efectivamente los motivos son representaciones afectivas, se vinculan con las emociones del agente, pues son motores que lo impulsan a actuar, y en ese sentido, bien podrán esas emociones fundarse en un prejuicio. Sin embargo, y como indica el autor argentino, no se pena el prejuicio, que es una mera actitud, sino la conducta delictiva que, además de lesionar el correspondiente bien jurídico, resulta más reprochable por ser discriminatoria. Precisamente ello ocurre porque toda emoción tiene un límite de tolerancia social, cuestión que deberá valorarse según las normas de cultura de cada sociedad.

ZAFFARONI termina señalando a propósito del delito por odio en la Argentina: “Si bien nadie pretende penar el pensamiento o limitar el debate de ideas, nada de eso se hace al considerar la mayor reprochabilidad de la conducta de alguien que mata, viola, roba, lesiona o daña, motivado en el odio a un grupo que considera inferior”<sup>51</sup>. Detrás de estas

---

<sup>50</sup> Para un estudio más acabado sobre las regulaciones en el Derecho Comparado, véase: Ob. Cit. POLITOFF.

<sup>51</sup> Ob. Cit. ZAFFARONI. Pág. 1745.

ideas se encuentra la concepción de la culpabilidad que desarrollamos más arriba, pues la agravación por mayor culpabilidad en razón de la motivación no es ningún juicio por la conducta o por la personalidad<sup>52</sup>.

Asimismo, se ha criticado que existe una dificultad insalvable en la prueba de este tipo de elementos. Frente a lo cual, responderemos que como toda referencia subjetiva deberá inferirse cuidadosamente de los datos objetivos reunidos en el proceso, con especial ahínco en descifrar el motivo determinante del delito, pero que no obstante las dificultades probatorias que puedan existir, habrá de hacer igual así como siempre se tendrá que probar que existió dolo o culpa para atribuir la responsabilidad.

## 6.- Regulación penal de los motivos en el Código Penal chileno.

Nuestro código penal ha cobijado desde sus orígenes<sup>53</sup> algunas manifestaciones cuyo contenido dice relación con los motivos. De estas manifestaciones nos abocaremos a continuación.

### 6.1 Circunstancias atenuantes.

a. En primer término, el código contempla en el art. 11 circunstancia cuarta, “*Haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, o su conviviente, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos.*” Esta circunstancia atenuante de la responsabilidad penal es un claro ejemplo de una disminución de la culpabilidad por un motivo menos reprochable, ya que se considera la venganza como una reacción arraigada en la especie humana.

---

<sup>52</sup> Sobre la personalidad del autor y la culpabilidad, véase: ZAFFARONI, E. RAÚL (1999): *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo IV, Ediar, Buenos Aires, Argentina. Pág. 61 y ss.

<sup>53</sup> Para una revista de la historia legislativa de las circunstancias atenuantes y agravantes, ver: MATUS, JEAN PIERRE (2002): “De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal”, en *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, SERGIO POLITOFF LIFSCHITZ y LUIS ORTIZ QUIROGA (eds.), Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. Pág. 165; y KÜNSEMÜLLER, CARLOS (2002): “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, en *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, SERGIO POLITOFF LIFSCHITZ y LUIS ORTIZ QUIROGA (eds.), Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. Pág. 187.

El fundamento de esta circunstancia es compartida por la clasificación que adopta JEAN PIERRE MATUS a propósito de las atenuantes en el código penal chileno<sup>54</sup>, esto es, la de atenuantes fundadas en los móviles del agente.

b. Junto con ella, se encuentra la circunstancia atenuante décima que consiste en “*haber obrado por celo de la justicia*”. Este supuesto revela, al igual que el caso anterior, una disminución de la culpabilidad en razón de la motivación, pero fundándose -esta vez- en el celo del derecho o en el celo de lo que el agente se representa del derecho como justo<sup>55</sup>.

## 6.2 Circunstancias agravantes.

Siempre en el marco de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, encontramos la única agravación por los motivos que establece el código, se trata de la circunstancia segunda: “*Cometerlo mediante precio, recompensa o promesa.*”. El precio además de pertenecer a ese tipo de circunstancias, construye un caso de homicidio calificado, a saber el asesinato<sup>56</sup>.

Sobre esta circunstancia diremos que en semejanza con los casos anteriores, su fundamento se encuentra en la parte motivadora del juicio de reproche, la que sin embargo,

---

<sup>54</sup> Ídem. “**C) Clasificación.** La clasificación de las *atenuantes genéricas* del art. 11 más utilizada en la actualidad es la propuesta por ETCHEBERRY II, 15, quien atendiendo al fundamento de cada circunstancia distingue entre **eximentes incompletas** (P, en relación con los arts. 71, 72 y 73), **atenuantes fundadas en los móviles del agente** (3-, 4-, 5- y 10-), **atenuantes relativas a la personalidad del sujeto** (6-) y **atenuantes que se fundan en la conducta del autor posterior al delito** (7-, 8- y 9-).” Hacemos reserva de la naturaleza de las circunstancias tercera y quinta por obedecer a fundamentos distintos, a saber: la primera de las mencionadas posee un carácter objetivo que implicará un menor injusto; mientras que la segunda, debe interpretarse como una circunstancia de naturaleza subjetiva, pero que produce el efecto de disminuir la culpabilidad en razón de una menor imputabilidad.

<sup>55</sup> Ídem. Pág. 186. “...Se entiende que el “celo por la **justicia**” no se refiere únicamente al “servicio público”, sino a la idea de “lo justo”, cuyo concepto es, sin embargo, discutido: así, mientras CURY II, 118, lo identifica con la virtud de “dar a cada cual lo suyo”; ETCHEBERRY II, 22, lo limita a la “actitud necesaria o al menos conveniente para que la ley se imponga”; en tanto que GARRIDO I, 190, se limita a sostener que “la voz *justicia*’ se ha empleado en sentido amplio, genérico”.

<sup>56</sup> Art. 391. Del Código Penal chileno: “El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado:

1° Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes:

(...) Segunda. Por premio o promesa remuneratoria. (...)

se ve agravada porque el agente obra impulsado por un móvil más reprobable por el Derecho, cual es, la obtención de lucro<sup>57</sup>.

Hasta el día 23 de julio del presente año esta circunstancia se alzaba como la agravación que contenía el lucro como único móvil abyecto dentro de nuestra legislación penal nacional. Un día después, entró en vigencia una ley que dio amplitud a la exigua regulación sobre esta materia. Sobre dicha regulación valgan las consideraciones que formularemos a continuación.

---

<sup>57</sup> Sobre la naturaleza subjetiva de esta agravante: Ob. Cit. RODRÍGUEZ. Pág. 743.

### III. CAPÍTULO III: DEL EXAMEN SOBRE LA INCORPORACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA 21ª AL ART. 12 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO.

Como veníamos señalando, con fecha 24 de julio del año en curso se publicó la ley número 20.609 que establece medidas contra la discriminación. Su entrada en vigor coincide con la fecha de publicación de la misma y con un violento hecho que coyunturalmente forzó la promulgación de un proyecto que ya había visto pasar varios gobiernos por su frente<sup>58</sup>.

La ley en cuestión tiene por objetivo fundamental –como ésta señala expresamente- *instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria*. En pos de conseguir esta finalidad concede una acción de no discriminación arbitraria para que quienes resulten directamente afectados o quienes tengan legitimación activa, por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria, puedan acudir ante un juez de letras competente; con ello se otorga a dicha acción una especie de mecanismo idéntico al de la acción de protección<sup>59</sup>.

Sin embargo, aquel propósito lejos de representar todo el contenido de la ley, constituye sólo uno de los mecanismos establecidos por la propia ley en contra de la discriminación arbitraria, pues casi llegando a su fin, dentro del Título III que tiene por nombre “Reformas a otros cuerpos penales”, introduce mediante el art. 17 una disposición que viene a reformar nuestro art. 12 del código penal y con ello, materializa la intervención del Derecho Penal una vez más en nuestro ordenamiento, cuya conveniencia ya tendremos oportunidad de discutir.

La modificación, por tanto, queda de la siguiente manera: “Artículo 17.- Modificación al Código Penal. Agrégase en el artículo 12 el siguiente numeral:

“21ª. Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su

---

<sup>58</sup> Una referencia a la historia de la ley puede encontrarse en: [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl). En cuanto al hecho que hacemos referencia véase: <http://www.biobiochile.cl/2012/05/16/imputado-por-caso-zamudio-revela-detalles-de-agresion-que-demostrarian-ensañamiento-contra-el-joven.shtml>.

<sup>59</sup> La regulación de la mencionada acción constitucional -también denominada Recurso de Protección- se encuentra contenida en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Corte Suprema de 24 de junio de 1992, sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales. Publicado en el Diario Oficial de 27 de junio de 1992.

sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca".

#### 1.- Generalidades.

Con el fin de entregar un panorama general, precisemos que la modificación viene a añadir una circunstancia agravante al taxativo listado del código, formando parte del mismo y dejando atrás su origen en la legislación especial.

Asimismo, en cuanto al carácter, constituye una agravante general, es decir, aplicable a cualquier acto antijurídico que es fruto de la determinación de voluntad impulsada por el motivo que se castiga, precisamente al contrario de circunstancias que revisten el carácter de especiales, pues en este último caso su aplicación va dirigida hacia un determinado grupo de delitos o supuestos específicos<sup>60</sup>. En razón de este carácter, no tiene asociada una agravación específica a una pena concreta, sino que en el evento de concurrir, su ponderación se regirá por las reglas generales de determinación de la pena.

Por último, la construcción casuística de su definición, muy distante de la elaboración conceptual, limita los casos en que debe operar el móvil, restringiendo su ámbito de aplicación a los supuestos regulados por la norma.

En este sentido múltiples son los comentarios que pueden enriquecer la definición propuesta por el Legislador chileno, sin embargo, es rescatable que la conducta discriminatoria pueda tener como sujetos activos tanto a un particular como al Estado<sup>61</sup>, mediante sus agentes, pues en este último caso estamos en presencia de un nivel máximo de discriminación, es decir, cuando la maquinaria de poder estatal instala como *política de Estado* la discriminación<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> A modo ejemplar podemos mencionar el art. 456 bis. Del Código Penal.

<sup>61</sup> Art. 2 Ley N° 20.609. Ley de la República de Chile, publicada con fecha 24 de julio de 2012 por el Diario Oficial nacional.

<sup>62</sup> Cabe señalar por ejemplo, lo sucedido con la represión en contra de las manifestaciones públicas, respondiendo con proyectos legislativos tendientes a endurecer las penas, crear nuevos tipos delictivos y agregar nuevas agravantes, en el marco de una caracterización del manifestante activo con el delincuente. Añadamos a esto, la discriminación y exterminio de los pueblos originarios en conflicto del Estado de Chile con el Pueblo Mapuche.

## 2.- Estructura.

La circunstancia que comentamos se estructura de forma muy particular. En primer lugar, la norma describe el acto de mayor reproche, pero sin consignar el motivo que resulta más reprobable en forma expresa. En otras palabras, se dispone que quien actúe motivado en relación a algún grupo de pertenencia de la víctima, será objeto de una agravación, pero no señala cuál es ese motivo, ni cuál podría ser el contenido de aquella representación afectiva; de allí que sólo nos quede identificar el motivo reprobado implícitamente. En efecto, como la disposición no clarifica nada sobre este asunto, es menester acudir a las reglas de interpretación que cobija nuestro Derecho. Según éstas y los principios que gobiernan e inspiran el Derecho Penal, consideramos que debe interpretarse teleológicamente el contenido del art. 17 de la ley 20.609 (el cual introduce la agravante) con el art. 2 del mismo cuerpo legal, el que -por su parte- define lo que debe entenderse por discriminación arbitraria. El razonamiento es el siguiente. La reforma al código penal no es una mera disposición transitoria de la ley, ni una cuestión accesorio que se llevó a cabo en provecho de una oportunidad legislativa, sino un objetivo más de la misma, de manera que cuando su art. 2 establece una definición de discriminación arbitraria, indicando “*para los efectos de esta ley*” genera el efecto de empapar todo su contenido con dicha definición, pues se trata de una ley que *establece medidas contra la discriminación*, dentro de las que se enmarca la introducción de la circunstancia 21<sup>a</sup>. Por consiguiente, el motivo que se encuentra implícito en la agravante tiene por contenido el que le otorga la propia ley, es decir, consiste en *toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable*, o sea, un móvil discriminatorio.

Junto con ello, ya adelantábamos que la circunstancia establece cuáles son las categorías o grupos de pertenencia de la víctima en razón de los cuales el agente se motivó a obrar antijurídicamente. Éstas vienen a completar su estructura. Sobre su definición y tratamiento no nos abocaremos por los límites del presente trabajo, mas diremos que no todas las fórmulas son pacíficas, de allí la dificultad de su enumeración casuística<sup>63</sup>, pero no

---

<sup>63</sup> Hacemos propia la solución de ZAFFARONI al respecto. “De lege ferenda sería preferible una fórmula más general y abarcativa, que no sólo tome en cuenta –sin incurrir en discriminación, como parece hacerlo la ley vigente- los grupos actualmente victimizados, sino también las eventuales futuras hipótesis de discriminación,

obstante ello, han sido generalmente utilizadas en la legislación comparada e internacional<sup>64</sup>. Con todo, hacemos un reparo frente a fórmulas tan vagas como la de *apariencia personal* de la víctima u otras tan nefastas como la mera *opinión política*, únicamente en el sentido de que dicha vaguedad puede servir para una aplicación mecánica de la misma.

### 3.- Naturaleza.

El fundamento de esta circunstancia se encuentra en la mayor gravedad de la culpabilidad que supone el móvil abyecto que guía al sujeto a la comisión del delito, de allí que su naturaleza sea subjetiva, es decir, contingente a la culpabilidad<sup>65</sup>. El móvil contemplado implícitamente en la circunstancia pone de manifiesto que una actuación de ese tenor es más reprochable al sujeto<sup>66</sup>. Se señala por QUINTERO, que “como puede apreciarse la agravación de la pena en estos casos no depende de un mayor desvalor del hecho sino del móvil que guía al autor”<sup>67</sup>. Efectivamente estamos en presencia de una agravación por mayor culpabilidad, ya que ésta tiene como elemento la parte motivadora del juicio de reproche, entre otros; por tanto, allí se encuentra su justificación y fundamento como explicamos en el Capítulo anterior.

---

porque la imaginación perversa empleada para inventar pretextos que permitan jerarquizar a seres humanos está históricamente demostrado que no conoce límites.” Ob. Cit. ZAFFARONI. Pág. 1748.

<sup>64</sup> Por ejemplo, el caso español en el art. 22, circunstancia cuarta del Código Penal; en la Argentina, contemplado en el art.2 de la ley Antidiscriminatoria. También figuran este tipo de categorías en instrumentos internacionales como en la DUDH; en el PIDCP; y también, en ICERD.

<sup>65</sup> Como señala RIVACOBIA sobre la naturaleza de una circunstancia: “...las circunstancias que disminuyen o aumentan la gravedad del delito y la consiguiente responsabilidad criminal han de depender de o estar informadas por tales caracteres o elementos, constituir un injusto o una reprochabilidad menores o mayores, tener naturaleza de antijuridicidad o de culpabilidad, o bien, por excepción, en aquellas situaciones en que no matizan la antijuridicidad ni la culpabilidad, participan de la razón de ser y la naturaleza de la punibilidad y las excusas absolutorias.” DE RIVACOBIA, MANUEL (1988): *Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito*, en Estudios de Derecho Penal y Criminología en homenaje al Profesor JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, Tomo II, Universidad Nacional de Educación a distancia. Pág. 200. En contra, y a propósito del caso chileno, véase: PRAMBS, CLAUDIO (2005): *El tipo de Culpabilidad en el Código Penal Chileno*, Metropolitana, Santiago de Chile. Pág. 110 y ss.

<sup>66</sup> De este parecer: PORTILLA, GUILLERMO (2010): “Delitos en los que concurre un móvil discriminatorio basado en la identidad sexual de la víctima (art. 22.4° CP)”, en *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, GONZALO QUINTERO (ed.), Thomson Reuters, Madrid. Pág. 37; Ob. Cit. DE RIVACOBIA, MANUEL. Pág. 205; En contra de esta naturaleza y fuertemente criticada: DOPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO (2010): “Agravante de motivos discriminatorios”, en *Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010*, IÑIGO ORTIZ (coord.), Editorial Francis Lefebvre, Madrid. Pág. 643 y ss.

<sup>67</sup> Ob. Cit. PORTILLA, GUILLERMO.

#### 4.- Comunicabilidad.

Una vez que hemos determinado la naturaleza de la circunstancia, fijando con ello el elemento del delito que agravará, es posible descifrar si existe comunicabilidad de esta circunstancia a los partícipes del acto. La propia ley pretende solucionar el asunto cuando dispone en la parte primera: *Cometer el delito o participar en él*. Sin embargo, resulta innecesaria esta mención, ya que sólo puede ser aplicada en quienes concurra el móvil sin posibilidad de comunicar a los demás que no fueron impulsados por tal motivación.

A esta conclusión llega QUINTERO cuando advierte: “En consecuencia, al tratarse de una circunstancia que posee un carácter eminentemente personal no se transmite a los partícipes”<sup>68</sup> –agreguemos- *mientras en ellos no concurra*.

#### 5.- Incompatibilidades.

La pregunta por la incompatibilidad entre las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal podemos comenzar por responderla a la luz de lo que explica RIVACOBBA a saber: “...su compatibilidad o incompatibilidad no pueden provenir sino de sus respectivas naturaleza y razón de ser”<sup>69</sup>. En este sentido y como expusimos en otra parte, la legislación penal chilena sólo contempla el lucro como móvil reprobado, de manera que la nueva agravante sería incompatible con la circunstancia segunda del art.12 del Código Penal, ya que uno de los dos será el motivo determinante en la comisión del delito. En otros términos, “las circunstancias debidas a una motivación determinada no pueden coexistir entre ellas.” Sin perjuicio de ello, el mismo autor nos ilustra sobre su conexión con las demás circunstancias agravantes como también con las atenuantes, señalando sintéticamente que “La premeditación puede darse juntamente con las atenuantes y las agravantes fundadas en la motivación, salvo la excepción de la vindicación próxima de ofensa grave (por oponerse una nota entitativa en ambas de carácter temporal), y con todas

---

<sup>68</sup> Ídem.

<sup>69</sup> Ob. Cit. DE RIVACOBBA, MANUEL. Pág. 207.

las demás agravantes, tanto las relativas a lo injusto como las que exteriorizan una particular oposición al Derecho”<sup>70</sup>.

6.- Problema: ¿Puede resultar aplicable la circunstancia cuando efectivamente la víctima no pertenecía a un grupo o categoría establecido por la ley?

Este problema resulta de interés por la dificultad probatoria que se tendrá al momento de verificar cuál ha sido el motivo determinante, pues en estos casos su motivación se determinará indiciariamente a partir de los datos objetivos, y he aquí el problema cuando esos datos objetivos resultan no ser verdaderos. Para resolver este asunto es preciso volver a tener en cuenta la naturaleza de la circunstancia y su razón de ser. En base a estas dos cuestiones se debe considerar que lo que se castiga es aquella representación que mueve la voluntad del agente sólo en tanto esa conducta sea considerada antijurídica, y por tanto, además de haber efectivamente una lesión al bien jurídico correspondiente, la concurrencia de la agravante se justifica por el prejuicio que motivó al agente sin importar que la víctima realmente haya pertenecido al grupo o categoría, pero existiendo en cuyo caso antecedentes suficientes que demuestren la apariencia de dicha pertenencia o la convicción de que el agente tenía sobre la misma respecto a la víctima. En consecuencia, como en la agravante por el móvil de lucro no es necesario que se produzca el pago efectivo anterior o posterior a la comisión del delito, tampoco es determinante la pertenencia real de la víctima para la concurrencia de la misma, siempre que se acredite que quien obró lo hizo en razón de dicha pertenencia. Como hemos indicado, el motivo es una representación que se funda en un prejuicio, de allí que determinará su voluntad en consideración a lo que el agente observe y crea como categoría o grupo de pertenencia de la víctima. El agente nunca podrá corroborar que la víctima posee efectivamente una determinada orientación sexual, pues ello radica en su fuero interno, así como sus más profundas creencias, pero sí actuará en razón de ellas cuando su apariencia le entregue certeza de que el sujeto pasivo es miembro de dicha categoría o grupo. En pos de este planteamiento se encuentra ARIAS cuando expone que “Procesalmente, la apreciación de la agravante exigirá prueba tanto del hecho y la participación del sujeto, como de la

---

<sup>70</sup> Ídem. Pág. 209.

intencionalidad del autor –normalmente indiciaria-, elemento este último relativo al móvil o ánimo específico que ha de inspirar la acción del autor y que no ha de ser otro que alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, siendo irrelevante que la víctima sea realmente o no, lo que el agresor supuso o se imaginó”<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> ARIAS, MANUEL (2007): *Responsabilidad Criminal: Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, España. Pág. 238.

## CONCLUSIONES.

A lo largo de este trabajo hemos elaborado una argumentación que nos responda la pregunta sobre si un acto típico y antijurídico que resulta discriminatorio puede resolverse en sede de culpabilidad. Bien, la línea que señalamos nos arrojó el siguiente resultado: efectivamente es un componente que debe analizarse desde la perspectiva del juicio de culpabilidad porque en ella encuentra su fundamento.

Pudimos llegar a esta primera conclusión gracias a que descubrimos en qué consiste el componente discriminación cuando se refiere a un supuesto como el que indicamos, identificándolo con los móviles que guían al autor en la comisión de un delito. Más precisamente, logramos vincular a estos últimos con el elemento culpabilidad, en razón de una determinada concepción de ésta.

En segundo término, optamos por una solución de la hipótesis en sede de culpabilidad por cuanto ésta se compone de elementos, dentro de los cuales se encuentra la parte motivadora, de allí que la agravación que imprime un acto discriminatorio se funde en las representaciones afectivas que tiene el sujeto activo, las cuales lo impulsan a determinar su voluntad en dicho sentido.

En consecuencia, una vez descifrada la naturaleza y ámbito de aplicación de los motivos, nos ocupamos de distinguirlos de aquellos elementos subjetivos que eventualmente concurren en la antijuridicidad para no incurrir en la confusión entre los primeros y los fines, poniendo atención en las consecuencias de adoptar tal distinción.

Por último, atendiendo a la graduación del elemento culpabilidad, conseguimos ubicar los motivos como una unidad que disminuye o agrava la responsabilidad, pero que en el caso concreto del móvil discriminatorio, cumple con el segundo carácter, aumentando la culpabilidad por un reproche en razón de la motivación<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> En abono de esta última tesis JIMÉNEZ DE ASÚA comenta que “También los motivos –y ahora es propio usar semejante término- gradúan la culpabilidad. De ordinario, una vez afirmada la culpabilidad, concurren circunstancias que la agravan o atenúan, según los móviles del agente. [...] Obrar con un móvil bajo o inmoral, es causa de que la culpabilidad aparezca aumentada; en cambio, proceder con arrebatos y obcecación, por vindicta de ofensa grave, en estado de miseria, etc., etc., originan una menor culpabilidad.”. Ob. Cit. JIMÉNEZ DE ASÚA. Pág. 237. Sin perjuicio de la contribución citada, hacemos reserva de la naturaleza y tratamiento de los ejemplos citados por el autor. En efecto, guardando las proporciones en la comparación de ambos ordenamientos, en nuestro caso ya fijamos la interpretación que -según nuestra consideración- debiera darse a la atenuante quinta del art. 11 del Código Penal chileno. Ahora, respecto a la atenuante cuarta del

Advertimos, por último, que la incorporación de la agravante en nuestro ordenamiento constituye una amplitud al escaso reconocimiento de los motivos como elementos que agraven la responsabilidad criminal y viene a colmar un espacio abierto en que el Derecho no había valorado otras circunstancias en que el acto es reprobado por proceder motivado por móviles abyectos. De esta forma, la agravante viene a contribuir la protección penal, pero advirtiendo que los errores y desventajas de la fórmula empleada por el legislador deben ser salvados. En todo caso, es preciso confesar el escepticismo en cuanto a la utilidad de la intervención penal en esta materia, no obstante nos mostramos conformes con la justificación que se encuentra detrás de este tipo de agravaciones, pues el acto representa un desprecio por la persona, enviando un mensaje de miedo a todos los grupos humanos discriminados, que por cierto, no son sólo aquellos que sufren ese padecimiento por razones pretendidamente agotadas en la descripción legal y casuística de nuestra nueva circunstancia.

---

**Continuación cita 72:**

mismo art. “*Haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave [...]*” a pesar de que goza de idéntica naturaleza, como ya dijimos es un claro ejemplo de una disminución de la culpabilidad por un **motivo menos reprochable**, estableciendo, por tanto, la plena concordancia con el autor, cuya interpretación resulta aplicable tanto para el ordenamiento español como para el nacional.

En cuanto al tercer ejemplo citado, esto es, el estado de miseria, sólo podemos agregar que no se encuentra contemplada en nuestro catálogo de circunstancias atenuantes.

## BIBLIOGRAFÍA.

### I. DOCTRINA.

ANTÓN ONECA, JOSÉ (1986): *Derecho Penal*, Segunda Edición, Akal, Madrid.

ARIAS, MANUEL (2007): *Responsabilidad Criminal: Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, España.

BARATTA, ALESSANDRO (1985): *Integración-Prevención: Una “Nueva” Fundamentación de la Pena dentro de la Teoría Sistémica*, en *Criminología y Sistema Penal*, Cap. I, Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina.

CURY, ENRIQUE (2011): *De la Normativización de la Culpabilidad a la Normativización de la Teoría del Delito*, en *Cem Anos de Reprovação. Uma Contribuição Transdisciplinar para a crise da Culpabilidade*, Revan, Brasil.

\_\_ (2005): *Derecho Penal. Parte General*, Séptima edición, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile.

DE RIVACOBBA, MANUEL (2002): *Violencia y Justicia*, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile.

\_\_ (1969): *La Obediencia Jerárquica en el Derecho Penal*, Edeval, Valparaíso, Chile.

\_\_ (1993): *Función y aplicación de la pena*, Depalma, Buenos Aires, Argentina.

\_\_ (1988): *Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito*, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología en homenaje al Profesor JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA*, Tomo II, Universidad Nacional de Educación a distancia.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS (1990): *Los Elementos Subjetivos del Delito. Bases metodológicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO (2010): “Agravante de motivos discriminatorios”, en *Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010*, IÑIGO ORTIZ (coord.), Editorial Francis y Taylor, Madrid. Pág. 643-647.

ETCHEBERRY, ALFREDO (1998): *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

GOLDSCHMIDT, JAMES (2002): *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*, en *Colección Maestros del Derecho Penal*, N° 7, B de F, Argentina. (Traducción de MARGARETHE DE GOLDSCHMIDT y RICARDO C. NÚÑEZ).

HARTMUT, HEIKO (2001): *Injusto y Culpabilidad en Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Primera edición, Colombia. (Traducción de RAMÓN RAGUÉS).

HASSEMER, WINFRIED (2009): *Perché punire è necessario Difesa del Diritto Penale*, Il Mulino, Italia.

JAKOBS, GÜNTHER (2010): *¿Daño social? Anotaciones sobre un Problema Teórico Fundamental en el Derecho Penal*, en *Cuadernos de política criminal*, segunda época N° 100, Dykinson, España. (Traducción de MIGUEL POLAINO- ORTS).

\_\_\_ (2000): *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, España. (Traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ y BERNARDO FEIJÓO SANCHEZ).

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS (1976): *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, Tercera edición, Losada, S.A, Buenos Aires, Argentina.

KÜNSEMÜLLER, CARLOS (2002): “De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal”, en *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, SERGIO POLITOFF LIFSCHITZ y LUIS ORTIZ QUIROGA (eds.), Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. Pág. 187-227.

MATUS, JEAN PIERRE (2002): “De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal”, en *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, SERGIO POLITOFF LIFSCHITZ y LUIS ORTIZ QUIROGA (eds.), Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. Pág. 165-186.

MAYER, MAX ERNST (2007): *Derecho Penal. Parte General*, en Colección Maestros del Derecho Penal, N ° 25, B de F, Argentina. (Traducción de Sergio Politiff Lifschitz).

MEZGER, EDMUNDO (1935) *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Segunda edición, Revista de Derecho Privado Madrid, Madrid. (Traducción de JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ).

\_\_\_ (1957) *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Tercera edición, Revista de Derecho Privado Madrid, Madrid. (Traducción de JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ).

NÁQUIRA, JAIME (2008): “Principios y Penas en el Derecho Penal Chileno”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 1695-0194, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile. Pág. 2-71.

NOVOA, EDUARDO (2005): *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Tomo I, Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

POLITOFF, SERGIO (1999): “Informe sobre los delitos de discriminación en el Derecho Penal Comparado. (A la luz del Proyecto de Ley sobre Discriminación Racial y Étnica (Boletín N° 2142-17))”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Talca, Chile, año/vol. 5, N°002. Pág.193-213.

PORTILLA, GUILLERMO (2010): “Delitos en los que concurre un móvil discriminatorio basado en la identidad sexual de la víctima (art. 22.4° CP)”, en *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, GONZALO QUINTERO (ed.), Thomson Reuters, Madrid. Pág. 37-40.

PRAMBS, CLAUDIO (2005): *El tipo de Culpabilidad en el Código Penal Chileno*, Metropolitana, Santiago de Chile.

RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA (1994): *Derecho Penal Español. Parte General*, Decimoséptima edición, Dykinson, Madrid.

WELSEL, HANS (1976): *Derecho Penal Alemán. Parte General*, Segunda edición castellana, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL (2008): *Observaciones sobre la Delincuencia por odio en el Derecho Penal argentino*, en Estudios Penales en Homenaje a ENRIQUE GIMBERNAT, Tomo II, Edisofer, Madrid.

\_\_\_ (1999): *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo IV, Ediar, Buenos Aires, Argentina.

## II. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Estatuto de Roma.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

## III. LEGISLACIÓN NACIONAL.

Auto Acordado de la Corte Suprema de 24 de junio de 1992, sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales. Publicado en el Diario Oficial de 27 de junio de 1992.

Código Penal chileno.

Ley N° 20.609. Ley de la República de Chile, publicada con fecha 24 de julio de 2012 por el Diario Oficial nacional.