



***“La discriminación en el contexto de la parte motivadora
del juicio de reproche; análisis y problemas de la
circunstancia agravante vigésimo primera, del Código
penal”.***

LIBERTAD CARMONA SANTANA.

VIVIAN MORALES CATALÁN.

Tesina de la carrera de Derecho.

Profesor guía:

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA.

Octubre de 2012.

Tabla de contenidos.

I. Introducción	3
II. Capítulo Primero.	
1. Culpabilidad. Nociones generales	5
2. Teoría normativa de la culpabilidad.	
2.1. Breve reseña de su desarrollo	6
2.2. Crisis actual de la culpabilidad como reprochabilidad	12
3. Motivo y fin a la luz de las distintas concepciones sobre la culpabilidad normativa	16
III. Capítulo Segundo.	
1. Consideración de los motivos para delinquir.	
1.1. Desde el punto de vista psicológico	22
1.2. Desde el punto de vista filosófico	24
1.3. Desde el punto de vista dogmático	30
2. Caracterización e inserción sistemática de los móviles desaprobados o valorados jurídicamente.	
2.1. Panorama en el Derecho extranjero	33
2.2. Panorama en el Derecho penal chileno	35
IV. Capítulo Tercero.	
1. Contenido y división de la circunstancia vigésimo primera incorporada al artículo 12 del Código penal chileno	39
2. Análisis pormenorizado de ciertos motivos: ideología, opinión política, etnia o grupo social y orientación sexual	44
3. Motivos agravantes y una mirada al fanatismo	47
V. Conclusiones	54
Bibliografía	56

I. Introducción.

Dentro de la teoría del delito, es frecuente encontrar la referencia al concepto y fundamento de la noción de culpabilidad como piedra angular para una adecuada caracterización de lo que se entiende por responsabilidad criminal -tanto agravante y atenuante- y los diversos motivos que se encuentran considerados, para que ellas tengan aplicación en una legislación concreta; en especial, para una adecuada comprensión de su evolución, los efectos y de los posibles valores que en ella se sustentan.

Realizar un estudio de la culpabilidad entendida en una forma general, nos permitirá adentrarnos en el exquisito mundo de los motivos, en especial aquellos de carácter discriminatorios por los cuales un hombre cometerá un determinado delito, serán estos motivos discriminatorios los que darán pie para el establecimiento en nuestro país -como en muchos otros- de la agravante vigésimo primera agregada al artículo 12 del Código Penal recientemente aprobado por el parlamento: *“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 sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca”*.

En primer punto, se expondrán nociones generales de la culpabilidad como elemento integrante de la teoría del delito y su evolución hasta llegar a teoría normativa compleja (la concepción hoy dominante). La investigación se hará cargo de la crisis actual de la culpabilidad como reprochabilidad, para luego delimitar los conceptos de motivo y fin a la luz de las diversas concepciones sobre la culpabilidad normativa.

A continuación, se reflexionará sobre la consideración de los motivos para delinquir desde los puntos de vista de la psicología, la filosofía y la dogmática jurídica. En relación con este último aspecto, se efectuará un estudio comparado acerca de la caracterización e inserción sistemática de los móviles desaprobados o valorados jurídicamente, tanto en el Derecho comparado, como en el Derecho chileno. Se establecerá una referencia breve de los motivos que se encontraban vigentes antes de la

promulgación de la ley que establece medidas contra la discriminación, en referencia al respectivo numeral 2 del artículo 12 del Código Penal “*De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal; N° 2 cometerlo mediante precio, recompensa o promesa*”, y el numeral 10 del artículo 11 mismo cuerpo legal “*De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal; N° 10 el haber obrado por celo de la justicia*” circunstancias que son de mayor relevancia -en referencia a los motivos- para la agravación y atenuación de la responsabilidad criminal del delincuente.

Finalmente, la investigación se ocupará de la división del contenido de la circunstancia agravante vigésimo primera, que ya se encuentra incorporada al Código penal, para culminar con el análisis pormenorizado de ciertos motivos que presentan los mayores problemas en su establecimiento: ideología, posición política, grupo social, orientación sexual y apariencia personal.

Al terminar el trabajo de investigación, se espera arribar a una conclusión en lo referido a la justificación de la existencia de agravantes y atenuantes como circunstancias que modifican la responsabilidad penal, estableciendo de este modo, si la circunstancia vigésimo primera agregada recientemente al artículo 12 de nuestro Código penal, logra soportar un examen crítico en su redacción, en su contenido y fundamento para ser considerada como una agravante apropiada -en su aplicación- a la persona que ha de cometer el delito, y aproximarnos a los problemas jurídicos, que conlleva la aprobación y promulgación de la referida ley de antidiscriminación. Se responderán las interrogantes planteadas por sus creadoras, con motivo de ¿Cuáles son los fundamentos de las circunstancias agravantes que atienden a los móviles del hechor? ¿Podemos, en el caso de los motivos discriminatorios (y otros asimilados), alcanzar una regulación respetuosa de los principios del Derecho penal?

II. Capítulo Primero.

1. Culpabilidad. Nociones generales.

Conocido es el principio “*Nullum crimen sine culpa*” que según Arthur Kaufmann establece drásticamente señalando “el principio de culpabilidad significa que la culpabilidad es un presupuesto necesario para la legitimidad de la pena estatal”¹. Y en esto no se equivoca, grandes problemas han surgido frente a ella. Si bien la culpabilidad aparece en el siglo XVI invocada por los prácticos, sólo se ha podido configurar como doctrina recién en el siglo XX y ciertamente ha gozado de aceptación hasta nuestros días, “ninguna categoría es tan discutida como la culpabilidad, y ninguna es tan imprescindible [...] por ello ningún Derecho penal moderno puede subsistir sin el principio de culpabilidad, se lo puede designar de otro modo pero no anular”².

Grandes teorías se enfrentan respecto a la naturaleza de la culpabilidad, dominando a principios de siglo la llamada teoría psicológica para luego dar paso a la concepción normativa, que suprimió los postulados realizados por su principal exponente Franz Von Liszt. En el primer entendido, “la acción miraba la parte física, y la culpabilidad trataba el aspecto psicológico”³. Afirma Beling, “la relación psicológica del autor con el hecho en su significación objetiva, es decir en el reflejo anímico de la realidad”⁴, había de ser, desde luego en la forma de culpabilidad dolosa, una circunstancia determinable empíricamente, desde lo cual no resulta posible tender un puente hacia la inexigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma por la intensidad de la presión motivadora.

Loefler establece que la culpabilidad “es el conjunto de las relaciones penalmente relevantes entre el mundo interno de un hombre y el resultado socialmente dañoso de sus

1 KAUFMANN, citado por PARMA, *Culpabilidad lineamientos para su estudio*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997, pág. 20.

2 ROXIN, *Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el Derecho penal*, artículo traducido por Elena Carranza y Fabricio Guariglia, Congreso Argentino de Ciencias Penales, conferencia de Claus Roxin, dictada en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, el 6 de septiembre de 1996.

3 PARMA, *Culpabilidad lineamientos para su estudio*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, pág. 21.

4 BACIGALUPO, *Lineamientos de la Teoría del Delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1974, pág. 84.

actos”⁵, por lo que entendemos que las relaciones psicológicas entre el pensar interior del sujeto o autor del hecho y las singularidades de su acción, han de ser determinantes para la existencia de su culpabilidad.

Sebastián Soler advierte que “el contenido de la culpabilidad está dado por la capacidad del sujeto de participar del orden jurídico y el conocimiento concreto del significado de su acción como negación de ese orden jurídico [...] lo que interesa es la actitud del sujeto frente a algo que conoce como jurídicamente valorado”⁶. Aspecto que le es criticado, “su estrechez a la hora de avalorar la culpabilidad y sólo mantenerla como un *tandem entre autor y hecho*. Apartar esto de valores, de lo que la norma manda o prohíbe, de lo que la sociedad exige e implora, de lo dispuesto por las normas o de la resonancia social”⁷.

Esta teoría, como se advirtió, tenía innumerables deficiencias, lo que llevó a que fuera superada en el siglo XX; puesto que reducía la culpabilidad sólo a una relación psíquica de conocimiento y de voluntad o previsibilidad entre el sujeto y el resultado.

2. Teoría normativa de la culpabilidad.

2.1. Breve reseña de su desarrollo.

Comienza lentamente a ganar terreno frente a las innumerables críticas que derrumbaban los pilares fundamentales de la teoría psicológica, la llamada concepción normativa de la culpabilidad⁸, dándose a conocer en los primeros años del siglo XX, con

5 V. LOEFLE, *Die Schuldformen des Strafrechts*, 1895, citado por MEZGER, *La Culpabilidad en el moderno Derecho penal*, traducido por José Ma. Navarrete, publicaciones de los seminarios de la facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Vol. 14, 1956.

6 SOLER, *Derecho Penal Argentino*, 5 vols., Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 3ª. Reimpresión total, tomo II, 1999, págs. 19 y 20.

7 PARMA, *op. cit.*, pág. 26.

8 “Esta evolución, ligada tan estrechamente a una concepción garantista y de elaboración de una teoría general del delito, se detiene con el positivismo naturalista, puesto que tales circunstancias sólo serán índices de mayor o menor peligrosidad del sujeto. Más aún, al plantearse la base estructural del delito sobre una concepción puramente causal (con el causalismo naturalista), que se da o no (tanto en el aspecto objetivo, de relación entre un efecto y un antecedente, o bien, subjetivo, de una pura relación psicológica mecánica con el hecho), se tendió a pasar por alto la significación de las circunstancias. La primera reacción en contra de estas posiciones, desde el punto de vista de la causalidad, fueron justamente las críticas de Frank, como vimos, en el sentido de que no se consideraban las circunstancias que podían atenuar o agravar la culpabilidad. A partir de ese momento y no sólo a nivel de la culpabilidad, sino también del injusto viene una reconsideración de las circunstancias favorecido por una consideración

autores como Frank, Goldschmidt⁹, Freudenthal¹⁰ y Mezger. Siendo el primero de ellos quien establecería las bases para el próspero desarrollo de esta concepción.

Será Frank quien propondrá que la culpabilidad abarca más allá de las figuras del dolo y la culpa, es decir, que la suma de estas dos especies era insuficiente para explicar de manera concreta la noción de culpabilidad; postulando entonces, el quiebre del dolo y la culpa como especies de la culpabilidad, principio defendido hasta ese entonces por la concepción psicológica.

Se advierte además, su gran aporte al revelar que la culpabilidad es reprochabilidad. “Le debemos la importante indicación de que la culpabilidad es <<reprochabilidad>> [...] la culpabilidad jurídico-penal no queda agotada en una referencia <<psicológica>>, sino que recibe su contenido por medio del <<reproche>> que lleva consigo, es decir, mediante un juicio normativo de valoración”¹¹.

“En efecto, según Frank, culpabilidad es reprochabilidad. Así, la posibilidad de imputarle a un sujeto culpabilidad por la realización de una conducta prohibida, conforme este planteo dogmático –tan novedoso para la época– depende de que, a causa de esa conducta transgresora pueda formularse un reproche al autor”¹².

valorativa general en la teoría del delito y por tanto, una concepción más garantista y doctrinariamente más profunda respecto del injusto y la culpabilidad en sus relaciones con el sujeto. Esta evolución llega a un punto especialmente importante con la concepción personal del injusto que quiere tomar en cuenta todas las circunstancias personales y fácticas en que ha actuado el sujeto, así como también las circunstancias que han influido en la configuración de su conciencia. Este mismo planteamiento llevó a considerar que las circunstancias podían llegar a excluir la responsabilidad, fue el planteamiento básico iniciado por Freudenthal en relación a la exigibilidad de la conducta”. BUSTOS, *Manual de Derecho penal*. Parte general, Ariel Derecho. Barcelona, 3ª ed., 1989, pág. 360.

9 “Pretende darle a la teoría normativa de la culpabilidad una base independiente y autónoma, para lo cual distingue entre <<norma de derecho>> que el acto viola y <<norma de deber>> autónoma que al ser lesionada hace surgir la culpabilidad del autor”. Pero sus planteamientos presentaron un error, ya que expone en dicha teoría que “el actuar culpable lesiona las normas pero este hecho no justifica el proceso de autonomía unilateral de la <<norma de deber>>, lo que supone romper sin causa sus lazos más profundos”. MEZGER, op. cit., págs. 15 y 16.

10 Goldschmidt acentúa el carácter normativo de la culpabilidad, al considerar que esta supone la infracción de una norma de deber, que rige la conducta interna, independiente de la norma de Derecho, que regula la conducta externa y cuya infracción determina la antijuridicidad. Freudenthal dio un paso más y propuso el reconocimiento de la inexigibilidad de otra conducta, adecuada a la norma, como una causa general, suprallegal, de exclusión de la culpabilidad. CEREZO MIR, *Derecho penal*, Parte general, Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2008, cfr. pág. 741.

11 MEZGER, op. cit., pág. 14.

12 FRANK, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Traductores Gustavo Aboso y Tea Löw,

Frank es quien expone dos de los errores que presentaba la teoría psicológica. Primero, que esta teoría no daba un concepto genérico de culpabilidad, sino que se centraba en describir que ella era únicamente constituida por el dolo y la culpa. “Y es que si el concepto de culpabilidad se reduce a la suma de dolo e imprudencia, y si éstos consisten sólo en la realización consciente o descuidada del resultado, no se explica cómo se podría excluir la culpabilidad mediante el estado de necesidad (disculpante). Pues también el autor que obra en estado de necesidad (disculpante) sabe lo que está haciendo”¹³. *“El error de la concepción tradicional se basa en la falta de consideración de los elementos individuales de la culpabilidad. Ella considera el dolo y la imprudencia, pero no la imputabilidad ni tampoco las circunstancias bajo las cuales es llevado a cabo el hecho. Pero a ella se le agrega otro error más importante: la doctrina dominante determina la relación de culpabilidad, dolo e imprudencia como la relación de género a especie, cuando en la realidad es distinto”*¹⁴, es decir, la doctrina psicológica ve en la culpabilidad un supraconcepto, todo lo que se dice de la culpabilidad encaja en el dolo y la imprudencia, pues toda afirmación sobre el concepto de género también tiene que ser acorde con el concepto de especie, pensamiento que Frank considera un error.

Con el avanzar de los tiempos, los pensamientos expuestos comenzaron a ser complementados por la teoría normativa compleja; cuyo primer exponente -Freudenthal- establece, ante las ya conocidas cláusulas de exclusión de la culpabilidad, la no exigibilidad como causa general de exclusión de la culpabilidad. “Culpabilidad y pena, según él, quedan excluidas allí donde no era <<exigible>> del autor otra conducta que la que ha realizado”¹⁵. De ahí que la doctrina haya llegado a sostener que la exigibilidad y la culpabilidad normativa “nacen conjuntamente” y continúan así imbricadas, en todo su desenvolvimiento posterior.

“Freudenthal se centra en las posibilidades de actuación alternativa del sujeto -en lo que se puede esperar de él. Conforme lo entiende el saber popular-, encarando la

Editorial B. de F. Montevideo-Buenos Aires, 2004, pág. 19.

13 PARMA, op. cit., pág. 38.

14 FRANK, op. cit., pág. 37, (cursivas nuestras).

15 MEZGER, op. cit., pág.17

situación de aquel individuo “que nada podía hacer”; esto es, de quien “ha actuado como hubiese actuado cualquiera en su situación” [...] Vale decir, se trata de una reflexión valorativa sobre si hubiera podido esperarse de él, según las circunstancias, algo distinto a lo que ha hecho”¹⁶. Será este autor quien insertará de forma definitiva a la exigibilidad en el terreno de la culpabilidad material, al entender que el Derecho exige de quien está obligado, que se ajuste a las regulaciones valorativas establecidas por éste mismo, en cuanto le sea posible; pero si dicha posibilidad se ausenta, se ausentará de igual modo la reprochabilidad jurídica y, por consiguiente la culpabilidad. “Existe *in concreto*, de suerte que si para la ejecución del hecho punible hubiese sido necesaria una medida de resistencia que a nadie se le puede exigir normalmente, entonces estarán ausentes, junto al poder, el reproche, y con el reproche, la culpabilidad”¹⁷. Como bien lo advierte el autor -desde el punto de vista de Frank-, esto se da por sentado en la culpa, no así para la figura del dolo, fundamento que le parece a Freudenthal contradictorio con la propia concepción sobre la culpa que plantea Frank, “pero por qué la misma argumentación deba luego resultar improcedente en el dolo, por qué no hay que deducir aquí también, del concepto de culpabilidad, que las circunstancias concomitantes pueden ser idóneas, según su posición, para excluir la exigibilidad o reprochabilidad y, con ello, la culpabilidad, eso no se entiende”, prosigue con su explicación: “pero bien podemos exigir, tanto en el dolo como en la culpa -que son *especies de culpabilidad*- que al autor pueda ser formulado un reproche por su conducta. Ahora, si las circunstancias de la ejecución se dieron de un modo tal que cualquiera habría obrado así como lo hizo el autor, entonces falta el presupuesto común de dolo y culpa, la posibilidad de formular un reproche, y con ello, aun *de lege lata*, estarán ausentes ambas formas de culpabilidad”¹⁸.

Para Mezger -exponente principal de la teoría normativa compleja-, la conducta del sujeto debe ser personalmente imputable, y es esta imputabilidad la que da lugar a la

16 “De acuerdo a la configuración normativa del juicio de reproche, la idea esencial se centra en la contrariedad del deber, pero que queda contrabalaceada por la posibilidad de haberse comportado de otra manera y ello conduce a la conclusión exculpante a la que arriba el autor”. FREUDENTHAL, *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*, Traducción y prólogo del doctor José Luis Guzmán Dalbora, Editorial B. de F., Montevideo- Buenos Aires, 2006, pág. 29.

17 Ídem., págs. 71 y 72.

18 Ídem., pág. 76.

responsabilidad jurídico-penal. “La culpabilidad jurídico-penal es ante todo, una determinada situación de hecho, de ordinario psicológica (situación fáctica de la culpabilidad), en la que se conecta el reproche contra el autor y, consiguientemente la pena que al autor ha de aplicarse [...] Para que alguien pueda ser castigado, no basta que haya procedido antijurídica y típicamente, sino que es preciso también que su acción pueda serle personalmente reprochada”. Pero para Mezger; “la culpabilidad es también, al mismo tiempo y siempre, un juicio valorativo sobre la situación fáctica de la culpabilidad”¹⁹. El juicio por el que se afirma que el autor de una acción antijurídica y típica la ha cometido también “culpablemente” se enlaza, en verdad, en una determinada situación fáctica de la culpabilidad que yace en el sujeto, pero valoriza a la vez esta situación considerándola como un proceso reprochable al agente²⁰.

Remata Mezger en su visión sobre el problema de la culpabilidad, que ésta tiene que relacionarse y entenderse con aquello llamado “la no exigibilidad”; no procede culpablemente el autor al que en las circunstancias del caso particular, no se puede exigir otra forma de actuar. “La no exigibilidad de otra conducta constituía una causa general y suprallegal de inculpabilidad”²¹, visión que fue blanco de innumerables críticas, por parte de la teoría finalista.

La irrupción del finalismo, de la mano de Hans Welzel, trajo consigo un cambio paradigmático que sustituyó la metodología regida por la lógica y la abstracción -propia de la sistemática neoclásica-, por la adopción del método ontológico²². Este cambio metodológico supone el reconocimiento de una realidad prejurídica, conformada por estructuras lógico-objetivas que vinculan al jurista, obligándole a edificar sus

19 MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Tomo II, 1946-1949, pág. 3.

20 Ídem, cfr. pág. 4.

21 PARMA, op. cit., pág. 43.

22 La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento "finalista" y no solamente causal". La "finalidad" o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad, de forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista. WELZEL, *Teoría de la acción finalista*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, cfr. págs. 19 y 20.

proposiciones desde la naturaleza de las cosas. Es preciso destacar que el reconocimiento de dichas estructuras no ha gozado de gran aceptación, a diferencia de las mutaciones que afectan radicalmente el esquema de la teoría del delito y, con ello, la consideración de los motivos para delinquir.

Luego de que Dohna separara entre valoración (reprochabilidad) y objeto de la valoración (dolo)²³ y limitara el reproche de culpabilidad a la valoración del objeto, la teoría de la acción finalista se hizo cargo de situar el dolo en la acción típica. De esta manera el concepto de culpabilidad quedó limitado a la valoración del objeto, despojando a la culpabilidad de sus elementos psíquicos para ser retenidos sólo los elementos normativos.

Para Welzel, culpabilidad es reprochabilidad que se formula sobre el objeto consistente en la voluntad de acción antijurídica; “ésta le es reprochada al autor en la medida que podía tener conciencia de la antijuridicidad de la acción y ella podía convertirse en contramotivo determinante del sentido”²⁴.

La formulación del juicio de reprochabilidad -que ha de recaer sobre el comportamiento antijurídico real- tiene como presupuesto la autodeterminabilidad libre, esto es, adecuada al sentido del autor: su capacidad de culpa o imputación (culpa general). El autor debe haber conocido lo injusto de su hecho o al menos debe haberlo *podido* conocer, y él debe haberse *podido* determinar por ese conocimiento (real o

23 Cabe recordar que este autor estructuró la teoría del delito dividiendo la tipicidad en tipo objetivo y tipo subjetivo, postulando que “al tipo objetivo pertenecen todas aquellas características del delito que se concretan en el mundo exterior; al subjetivo, aquellas que están en lo interno del autor.” En materia de culpabilidad, así como de antijuridicidad, introduce el concepto de valoración del tipo (en sus 2 subdivisiones); “tanto en el juicio de culpabilidad, como en el establecimiento de la antijuridicidad, se trata del resultado de una valoración, a la que están sometidos tanto el tipo objetivo como el subjetivo”. Tampoco es exacto que las características objetivas fundamenten la antijuridicidad y las subjetivas la culpa, ni que el tipo subjetivo represente la relación psíquica con el tipo objetivo. “Tanto hay elementos subjetivos de lo injusto [...], como también elementos de la culpabilidad presentados como objetivos”. Así como una acción cuyo contenido está en contradicción con las normas del derecho, es antijurídica, así llamamos culpable a la acción que es obra de un comportamiento psíquico que merece desaprobación. GRAF ZU DOHNA, *La estructura de la teoría del delito*, Traducción de la 4ª edición alemana, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, págs. 17 y 60.

24 WELZEL, *Derecho penal alemán*. Parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 11ª ed., 1976, pág. 231.

posible) de lo injusto, a un comportamiento adecuado al derecho²⁵.

Todo lo anterior se basa en el conocimiento causal del hombre²⁶, visión que le permite dirigir sus acciones teniendo en mira las previsibles consecuencias de sus actos. “La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es 'vidente', la causalidad es 'ciega'”²⁷.

La sistemática finalista -que en su formulación ortodoxa está asentada sobre las bases de la teoría final de la acción y la concepción ontológica, o sea, la admisión de las estructuras lógico-objetivas como vinculantes para el legislador a la hora de afrontar la ley penal-, ve afectada su coherencia al ser rechazadas dichas concepciones por algunos autores que, no obstante adherir a las principales consecuencias sistemáticas de la teoría de Welzel, estiman que aquéllas son incompatibles con un Derecho penal que se funda en decisiones valorativas.

2.2. Crisis actual de la culpabilidad como reprochabilidad.

La crisis de la teoría de la culpabilidad como reprochabilidad, radica en la dificultad o, derechamente, la imposibilidad de establecer por medios empíricos si un determinado delincuente podía, en el caso concreto, haber obrado conforme a las exigencias del Derecho²⁸.

25 WELZEL, *Derecho penal*. Parte general, Traducción de Carlos Fontán Balestra, Roque Depalma Editor, Buenos Aires. 1956, cfr. págs. 168 y 169.

26 “La diferencia entre nexo causal y el nexo final se halla en lo siguiente: en el nexo causal de una causa sale un efecto; este efecto es a su vez causa de un nuevo efecto, y así se sigue *in infinitum*. Se produce un avanzar de caso en caso, sin que con el nexo se realice un fin. En el nexo final, por el contrario, se pone un determinado fin que puede hallarse muy adelante. En el pensamiento se ubican los medios retrocediendo desde el fin, para terminar realizándolos, y con ellos también el fin. El nexo final se construye de este modo sobre el nexo causal, pues en la búsqueda de los medios cuenta sólidamente con la secuencia de la causa y el efecto”. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*. Parte general, 4 vols., Ediar, Buenos Aires, Tomo III, 1981, pág. 65.

27 WELZEL, *Teoría de la acción finalista*, op. cit., pág. 20, (cursivas nuestras).

28 “El punto de vista del indeterminismo clásico con su postulado de “libertad absoluta de querer” y la posición contraria del determinismo con su principio de la “legalidad causal” de la conducta humana (el delito es el producto inevitable de la predisposición y del medio ambiente), no pueden demostrarse con exactitud en el aspecto científico: por consiguiente, el Derecho penal debe darse por satisfecho con el reconocimiento de que el principio de la responsabilidad del hombre moralmente maduro y psíquicamente

Mientras desde la teoría indeterminista se defiende que “el hombre puede ser blanco de un reproche sólo porque él posee una suerte de soberanía, de superioridad o, precisamente, de “libertad” frente a sus tendencias y la situación respectiva, con sus seducciones al mal”²⁹. Como antítesis el determinismo pone el acento en el principio de causalidad, juzgando insostenible científicamente esa visión de la libertad. Si bien reconoce que en el ámbito metafísico quepa hablar de libertad, sostiene que en el Derecho penal y en la ciencia que lo estudia, manda el principio de que todo suceso es efecto de unas causas dadas que necesariamente -y regidas por las leyes de la naturaleza- han de tener como consecuencia aquel suceso³⁰.

Es imprescindible, si queremos justificar internamente el juicio de reproche, adoptar una concepción del ser humano como un ente dotado de capacidad de autodeterminación, pues “*fundamento del principio de culpabilidad y responsabilidad es la capacidad del hombre para decidirse libre y correctamente entre el derecho y la injusticia. Solamente si existe esta libertad de decisión, tiene sentido reprochar al autor culpabilidad*”³¹. Mas esta concepción ha sido blanco de críticas; así, “Gimbernat Ordeig sostiene que la culpabilidad no puede seguir fundándose sobre la idea del indeterminismo que, lejos de estar científicamente probada, se encontraría desvirtuada por investigaciones científicas que, como el psicoanálisis, demostrarían un verdadero determinismo en las acciones”³².

Una vez cuestionado el libre albedrío, desde la perspectiva determinista³³ surge la necesidad de fundar la pena en razones externas a la culpabilidad³⁴; sea para excluirla por

sano constituye una realidad irrefutable de nuestra existencia social”. WESSELS, *Derecho penal*. Parte general, Traducción de la 6ª. Ed. Alemana de 1976 por el Dr. Conrado A. Finzi, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 110.

29 ENGISCH, *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, Traducción y notas del doctor José Luis Guzmán Dalbora, Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2006, pág. 65.

30 *Ibidem.*, cfr.

31 WESSELS, *op.*, *cit.*, pág. 110, (cursivas nuestras).

32 ZAFFARONI, *Derecho penal*. Parte general, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2ª ed., 2003, pág. 666.

33 “Para el determinista sólo puede haber una justificación de la pena: su necesidad para la conservación del ordenamiento jurídico. Para él, la pena puede o debe ser nada más que un medio de protección de la sociedad. El determinismo consecuente lleva en forma inevitable al rechazo pleno y absoluto de la pena retributiva, al reconocimiento exclusivo y sin reservas de la pena finalista”. ENGISCH, *op. cit.*, pág. 61.

34 La pena correcta, es decir, la pena justa, es la pena necesaria. Justicia en Derecho penal quiere decir

completo de los fundamentos, o sea para relegarla a la posición de criterio limitador.

Aproximadamente desde 1970 se comienza a desarrollar el sistema funcionalista del Derecho penal³⁵. Sus defensores coinciden en el rechazo del postulado central del finalismo -que propugna la construcción del sistema jurídico-penal vinculado por realidades ontológicas preexistentes- y coinciden en que la formación de dicho sistema debe ser guiada por las finalidades del Derecho penal.

Ante la imposibilidad o dificultad de probar si el autor del delito podría haber obrado de otro modo en la situación concreta en que se hallaba, Roxin adoptó como punto de partida que el Derecho penal debía ser estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas, y formuló la tesis de que la culpabilidad no debía constituir el fundamento, pero sí el límite de la pena³⁶. De este modo, descarta la idea de que la culpabilidad deba hacerse depender de la posibilidad de obrar de otro modo, proponiendo como criterio de la necesidad de imponer una pena al autor, las exigencias tanto de la prevención general como especial³⁷.

respeto de la magnitud de pena exigida por la idea de fin. Así como la pena jurídica nació como autolimitación del poder estatal por la objetivación, llega a su máxima perfección por la perfección de la objetivación. La completa vinculación del poder estatal a la idea de fin es el ideal de la justicia punitiva". LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, Universidad Nacional Autónoma de México-Universidad de Valparaíso, EDEVAL, Valparaíso, 1ª ed., 1984, pág. 106.

35 En este punto, es menester hacer alusión a dos piezas centrales de esta concepción, que son especialmente relevantes por sus consecuencias prácticas. "La primera es la teoría de la imputación al tipo objetivo. Mientras que el tipo objetivo [...] para las tres concepciones sistemáticas en los delitos de resultado [...] quedaba reducido en lo esencial a la mera causalidad, en cambio, el punto de partida teleológico ha hecho depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la "realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma", sustituyendo con ello por primera vez la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas".

Una segunda innovación central del sistema racional final o teleológico en la forma aquí defendida lo constituye "la ampliación de la "culpabilidad" a la categoría de la "responsabilidad", en cuanto que a la culpabilidad como condición ineludible de toda pena se le debe añadir siempre la necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal [...], de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la "responsabilidad" personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena." ROXIN, *Derecho penal*. Parte general, Traducción de la 2ª. ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Muguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, España, 1997, págs. 204 y 205.

36 La medida de la culpabilidad sirve, según Roxin, de límite a la medida de la pena, pero dentro de este límite, la pena debe esta únicamente en función de las exigencias de la prevención general y de la prevención especial. La culpabilidad es una condición necesaria pero no suficiente para la imposición de una pena. Ésta sólo debe aplicarse si es necesaria desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial.

37 De otra opinión, Stratenwerth expone que el principio de culpabilidad, tradicionalmente, no sólo cumple

En consecuencia, una vez afirmada la comisión del acto típico y antijurídico, la valoración ulterior corresponde a la teoría de la responsabilidad que se encarga de determinar -de acuerdo con pautas político-criminales- si el autor tiene que ser castigado por el injusto realizado.

Es claro que el abandono del principio de la culpabilidad, en el sentido de que ésta constituya el fundamento y límite de la pena, impide mantener todas sus consecuencias. “Si la pena encontrara su justificación y su medida únicamente en función de las exigencias de la prevención general y de la prevención especial sería preciso llegar a consecuencias muy distintas en el problema de la responsabilidad por el resultado, de la relevancia del error de prohibición y de la exclusión de la pena para los inimputables. Desde el punto de vista de la prevención general, podría justificarse la existencia de los delitos calificados por el resultado”³⁸.

Finalmente, debemos volver al punto de partida de esta crisis que enfrenta la culpabilidad como reprochabilidad y reflexionar acerca de la consideración del ser humano sobre la que se sustenta. La observación que hace Zaffaroni al respecto es reveladora: *“considerar la libertad y la responsabilidad del ser humano como una ficción, implica afirmar que todo el plano jurídico constitucional y político está asentado sobre una ficción y, más aún, que la conciencia jurídica universal que sustenta esa antropología es producto de una ficción. Es grave considerar que la dignidad del ser humano como persona y, por ende, como ente responsable por su elección y dotado de razón capaz de señalarle lo bueno y lo malo, consagrada en las constituciones y en los documentos universales y regionales de derechos humanos, es una mera ficción y no la vivencia de responsabilidad real y efectiva. La democracia sería resultado de una ficción*

su función como principio destinado a fijar la medida de la pena. Por el contrario, a él se vinculan los criterios de la imputación jurídico penal en su conjunto; no sólo los requisitos de la culpabilidad en sentido estricto, sino toda la teoría del hecho punible, que en todas sus partes gira alrededor de la cuestión de los presupuestos y el grado en que alguien puede ser responsabilizado por un suceso jurídicopenalmente relevante.

El principio de culpabilidad afirma su independencia, las consideraciones preventivas no permiten interpretarlo suficientemente ni son capaces de reemplazarlo. STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Traducido por Enrique Bacigalupo y Agustín Zugaldía Espinar, Universidad Complutense de Madrid, Instituto de Criminología, Madrid, 1980, cfr. págs. 119-121.

38 CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1982, pág. 181.

y su diferencia con el totalitarismo se reduciría también a una ficción, que ésta aceptaría como un mero principio jurídico regulativo, en tanto que el segundo, más realista, la rechazaría”³⁹.

3. Motivo y fin a la luz de las distintas concepciones sobre la culpabilidad normativa.

Para la concepción normativa -analizada ya, desde los distintos puntos de vista de sus exponentes- lo medular de la culpabilidad es el reproche, que tiene como base las motivaciones y el carácter del agente, es decir que, estableciendo el hecho concreto y psicológico, ha de examinarse a su vez la motivación que llevó al sujeto a realizar esa actividad psicológica -dolosa o culposa-⁴⁰. Pero estos dos presupuestos no bastan, por lo cual es necesario añadir también, si el autor cometió o no un hecho reprochable, por tanto habrá que determinar si el sujeto realiza un acto antijurídico discerniendo o pudiendo discernir los alcances de su acción; si es así, su actuar será reprochable, por el contrario, si no se podía pedir de él otra conducta, su reprochabilidad disminuirá (exigibilidad).

Se expone que el normativismo tiene el carácter real y no meramente sintomático, postulando un juicio valorativo motivado y no simplemente fáctico. Se logra definir con Frank, desde un punto de vista material, la culpabilidad como reprochabilidad, y es planteado por éste, además, lo que en su obra denomina “*circunstancias concomitantes*” que al ser blanco de innumerables críticas, modifica⁴¹ tiempo después por “*motivación normal*” como elemento positivo de la culpabilidad, idea que será nuevamente abandonada por el autor. Pero este último de sus planteamientos, le sirve para establecer

39 ZAFFARONI, op. cit. pág. 668, (cursivas nuestras).

40 “Para la concepción normativista de la culpabilidad ésta no es una pura situación psicológica (intelecto y voluntad). Representa un proceso atribuible a su *motivación reprochable* del agente. Es decir que partiendo del *hecho* concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevo al hombre a esa actitud psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de estos motivos, sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho *reprochable*. Solo podremos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es decir, si le era exigible que se condujese conforme a las pretensiones del Derecho.” JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, 7 vols., Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, Tomo V, 1ª ed., 1956, pág. 164.

41 Frank “siguió creyendo que excepcionalmente el sujeto no puede reputarse culpable aunque exista imputabilidad y motivación desviada (dolo y culpa), si concurre una causa de inculpabilidad, como el estado de necesidad. Además volverá a mencionar las circunstancias concomitantes como medio para determinar el grado de exigibilidad”. Ídem., pág. 165.

el concepto y el grado de culpabilidad, según las motivaciones se aproximen o distancien de la motivación correcta “la culpabilidad es tanto mayor cuanto más diste la motivación del autor de la motivación justa, y es tanto menor cuanto más intervengan en ella circunstancias que se acerquen a una causa de exculpación. De la misma manera se podría graduar la antijuridicidad según el interés que la comunidad jurídica tenga en el cumplimiento de la norma violada”⁴².

La culpabilidad se gradúa no sólo de acuerdo a las especies que la integran, esto es la culpa y el dolo, sino que también de acuerdo a los motivos y al carácter; “por eso las circunstancias agravantes y atenuantes son causa de más o menos en la culpabilidad, y no origen de las gradaciones de la pena, aunque en ella se reflejan, puesto que ésta es la consecuencia de la consecuencial responsabilidad que tiene como presupuesto la culpabilidad”⁴³. Es esto último lo que Mezger no llegó a visualizar concretamente, puesto que establece las circunstancias agravantes y atenuantes entre las modificaciones de la pena, es decir, inserta la graduación de la culpabilidad en la medida de la pena.

Para Mezger, la estructura de la culpabilidad comprende los siguientes elementos: el dolo y la culpa, la imputabilidad y ausencia de causas de exclusión entrelazada con la no exigibilidad de otra conducta conforme a derecho. “Cuanto más reprobables fueron los motivos estimuladores al crimen y tanto más insignificante fue su causa exterior, tanto más exigible era erigir la representación del resultado en contramotivo, y tanto más reprochable es, entonces, la motivación contraria al deber. El grado de la reprobabilidad de los motivos se determina según puntos de vista ético-sociales. Pero, también el grado de insignificancia de la causa exterior del crimen se puede determinar sólo según una medida objetiva, más precisamente: sí y con qué facilidad o dificultad un hombre medio, dada la causa, se hubiera resuelto al hecho”⁴⁴.

42 GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Editorial B. de F., Buenos Aires, 2ª. ed., 2002, pág. 125.

43 Continúa el texto: “En efecto, a mayor o menor deber, a mayor o menor exigibilidad, corresponde culpabilidad mayor o menor, y por ende más o menos pena; pero si ésta se modifica, se agrava o se atenúa, por la ley o por el juez, es porque la culpabilidad aumenta o disminuye (quien roba por miseria es menos culpable que quien hurta por codicia; quien premedita es mas culpable que quien reacciona por provocación, en un impulso o arrebato vindicativo)”. JIMÉNEZ DE ASÚA, op., et ed. cit., pág. 177.

44 GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 138.

La concepción finalista de la culpabilidad, en su afán por reestructurar la teoría del delito posicionando el dolo en el tipo subjetivo, altera considerablemente el esquema antes descrito. Si bien, existe una diversidad de posturas dentro de quienes adscriben a esta concepción, el postulado clave sobre el que no se producen discrepancias es el que reformula el dolo y lo posiciona en el tipo. Los delitos dolosos y culposos se separan en lo referente a la estructura del tipo penal; dolo y culpa pasan a ser formas de ilicitud (de infringir una norma) y no formas de la culpabilidad.

En el curso del desarrollo posterior a Dohna se impregna la teoría del tipo y de lo injusto, cada vez con más intensidad de momentos anímicos, que primitivamente se atribuían al concepto de culpabilidad; primero con los elementos subjetivos del injusto, luego con la voluntad de acción⁴⁵. Hasta excluir del concepto de culpabilidad los elementos anímicos subjetivos, para conservar únicamente el criterio de la reprochabilidad.

En el marco de los momentos subjetivos de autor en la acción (o elementos subjetivos del injusto), Welzel hace el distingo entre aquel elemento subjetivo-personal que fundamenta y configura la acción como acontecer final (dolo), y la actitud o posición subjetiva desde la cual el autor ejecuta la acción; elemento subjetivo-personal que determina en gran medida la significación ético-social de la acción. Dentro de estas categorías de elementos subjetivos de autor, merece especial atención en nuestro estudio de los motivos, el grupo "los momentos especiales del ánimo"⁴⁶, puesto que es -a juicio del autor- discutible si estos elementos son características del injusto o de la culpabilidad.

45 WELZEL, *Derecho penal alemán*, op. cit., cfr. pág. 200.

46 La teoría distingue los elementos subjetivos de la autoría de los llamados *elementos del ánimo* o de la actitud, existiendo diferencias sustanciales a la hora de definirlos. Así, Bacigalupo expone que mientras Stratenwerth piensa que se trata de un "juicio de valor general sobre el conjunto del suceso exterior e interior, de la situación de la acción y de los fines de la acción"[...], Jescheck estima que "no consisten en un juicio de valor ético-social, sino en el aspecto subjetivo de elementos especiales de lo ilícito"[...]. Por su parte, Schmidhauser [...] distingue en estos elementos, unos que sólo modifican la culpabilidad y otros que ya modifican lo ilícito. Se trataría, a su juicio, de "elementos del hecho punible, que denotan directamente un comportamiento contrario a los valores morales del autor en relación al hecho ilícito". Se trataría de la lesión de un valor que se suma a la del bien jurídico. BACIGALUPO, *Manual de Derecho penal*. Parte general, Editorial Temis, Santa Fé de Bogotá, tercera reimpresión, 1996, cfr. pág. 115.

Durante el desarrollo de la teoría de los elementos subjetivos del injusto, se han incorporado otros momentos del ánimo que van más allá del dolo y que tiñen de un contenido específico de desvalor ético-social del hecho⁴⁷. “En ciertos casos se requiere que, además del conocimiento y voluntad de la realización del tipo, el autor haya realizado el hecho típico con una determinada *intención*, una determinada *motivación* o un determinado *impulso*”⁴⁸. Estos elementos -que podemos llamar circunstancias- de acuerdo con la sistemática finalista, no son susceptibles de ser subsumidos dentro de la estructura de la culpabilidad, ya que por ésta debe entenderse la reprochabilidad de la voluntad de acción; sólo aquellas características que señalan exclusivamente un grado de reprochabilidad constituyen características especiales de la culpabilidad. Por otra parte, las circunstancias que se encuadran dentro de la categoría de elementos subjetivos de autor, “*designan móviles anímicos especiales, o bien, metas, pero no un grado determinado de responsabilidad personal por el hecho*”⁴⁹.

El límite entre el campo los elementos subjetivos del tipo⁵⁰ y la culpabilidad resulta claro en muchos casos, pero en otros suele presentar dificultades. Como ya se ha hecho presente, los móviles o motivos pertenecen a la culpabilidad y, por consiguiente, quedan excluidos de los elementos subjetivos del injusto.

Si bien es cierto que el hecho psíquico siempre es una complejidad, no obstante el

47 “Así, por ejemplo, al describirse el asesinato (§ 221) como el dar muerte “por el placer de matar”, para satisfacer el instinto sexual, por codicia o por otros móviles “bajos”, alevosamente, cruelmente; también “brutalmente”, “con maldad” en el § 223 b); “inescrupulosamente” en el § 170 d); “sin consideraciones” en el § 315 c), entre otros muchos”. WELZEL, *Derecho penal alemán*, op. cit., pág. 115.

48 Continúa: “en un primer supuesto estos elementos subjetivos consisten en una *intención* especial. En este caso se trata de una meta perseguida por el autor que está más allá de la realización del tipo objetivo [...]. Lo que diferencia estas intenciones especiales del dolo directo es que constituyen objetivos relevantes para lo ilícito penal aquellos que el autor quiere alcanzar mediante la realización del tipo, mientras que en el dolo directo el único fin relevante para el derecho penal es la realización del tipo [...]. En otros casos la ley requiere un especial *motivo* del autor, lo que es difícilmente diferenciable de una especial intención”. BACIGALUPO, *Manual de Derecho penal*, op. cit., págs. 114 y 115.

49 WELZEL, *Derecho penal alemán*, op. cit., pág. 115, (cursivas nuestras).

50 “El problema propiamente dicho de los elementos subjetivos del tipo ya no consiste actualmente en su existencia, sino en su delimitación de los elementos subjetivos especiales de la culpabilidad. No es posible ubicar los elementos subjetivos sin más en el tipo aduciendo como fundamento que los mismos fundamentan o refuerzan el juicio de desvalor social sobre el hecho, pues el juicio de desvalor social no distingue entre injusto y culpabilidad. Así p. ej., dicho juicio también se ve esencialmente aminorado o excluido por la concurrencia de una situación de estado de necesidad disculpante (§ 35)” ROXIN, *Derecho penal*, op. cit., pág.311.

objetivo y el móvil del mismo pueden distinguirse. "Mientras que con el término 'fin' se considera sobre todo el aspecto cognoscitivo del hecho psíquico, y se lo figura como la representación de un resultado que el agente entiende conseguir, con el término 'móvil' se pone esencialmente de relieve el aspecto afectivo del hecho psíquico y se lo considera, sobre todo, como impulso determinante de la acción"⁵¹.

La distinción debe ser cuidadosamente realizada, toda vez que nos movemos en el peligroso terreno en que la introducción de referencias anímicas en el tipo es susceptible de dar entrada al derecho penal de ánimo. Psicológicamente, cada fin tiene una motivación y también la motivación lo es de una acción (final), pero un mismo fin puede tener distintas motivaciones y una motivación puede dar lugar a distintas finalidades. Hay que tener presente que cuando la ley individualiza la finalidad, ésta no está autorizando al intérprete a limitar la motivación. Siempre que exista el fin típico existirá la conducta típica, con independencia de la motivación, que sólo podrá tomarse en cuenta para graduar la culpabilidad⁵².

Roxin se apoya en la referencia al tipo delictivo como idea rectora para la ubicación sistemática de los elementos subjetivos en el injusto. "Un elemento subjetivo puede caracterizar el tipo delictivo al referirse al bien jurídico protegido; pero también puede cooperar a determinar el tipo delictivo caracterizando el objeto de la acción típica, la forma de su menoscabo o tendencias relevantes para el injusto. En cambio, cuando un elemento no se refiere al tipo delictivo, sino que únicamente describe motivos, sentimientos y actitudes internas independientes de aquél, se trata de elementos de la culpabilidad"⁵³.

Incorrecto sería incluir en el injusto los elementos subjetivos siempre que éstos

51 ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, op. vol. cit., pág.380.

52 Ídem, cfr. pág. 381

53 ROXIN, *Derecho penal*, op.cit., pág. 312 y 313. De forma ilustrativa, expone el autor: en el asesinato el criterio de la "codicia" (como también cualquier otro "móvil abyecto" en el § 211) es un elemento de la culpabilidad ya que el deseo de ganancia del autor es independiente del bien jurídico protegido ("vida humana"), tampoco caracteriza ninguna forma específica de ataque (como v.gr. "con medios que impliquen peligro colectivo") y tampoco aporta nada en otros aspectos a la caracterización del tipo delictivo, pues el asesinato, como muestran sus restantes elementos, no es un delito de enriquecimiento. El móvil de codicia únicamente aumenta la culpabilidad de un homicidio y por eso no es un elemento subjetivo del tipo, sino sólo un motivo para una mayor responsabilidad penal.

pretendan un resultado en el mundo exterior, dejando en la estructura de la culpabilidad sólo los elementos que sean "puramente internos". Es decisiva la relación o falta de ella con respecto al tipo de injusto y no el resultado del mundo externo. Para Roxin tampoco es recomendable trabajar con conceptos como "fin", "motivo", "intención"⁵⁴, "impulso", "móvil", "sentimiento", "actitud interna", etc., atribuirlos bien al injusto o bien a la culpabilidad, y a continuación subsumir en ellos los concretos elementos subjetivos; "pues el contenido de esos conceptos (también p.ej. el uso del lenguaje legal al emplear el término "intención") es tan oscilante y falto de unidad que es casi imposible conseguir mediante una definición exacta un instrumental terminológico adecuado para delimitar injusto y culpabilidad. Además, al emplear tales conceptos, es fácil perder de vista que incluso un mismo término puede cobrar en distintos contextos una función totalmente diferente a efectos sistemáticos"⁵⁵.

En definitiva, los motivos para delinquir -considerados en las distintas concepciones sobre la culpabilidad normativa- forman parte de la categoría de la culpabilidad. Precisamos que para quienes adscriben a la concepción funcionalista aquí analizada, la tradicionalmente llamada culpabilidad -junto con reformularse- toma el nombre de responsabilidad; sin embargo, los elementos motivadores de la acción típica y antijurídica son igualmente tenidos en cuenta para considerar responsable al autor, con el fin de que por la infracción de la norma (que denota falta de fidelidad al Derecho) no se resienta la expectativa de que es vinculante en general.

54 "Cada vez se impone también más la opinión de que la intención (o propósito) no debe significar el motivo, la finalidad última del sujeto, sino que la intención típica concurre aun cuando el resultado perseguido sirva para la consecución de ulteriores fines de otra índole del sujeto. Así, existe ánimo o intención de lucro o enriquecimiento antijurídico y por tanto también estafa, aun cuando al sujeto, en su producción de un perjuicio patrimonial mediante engaño y en su enriquecimiento, no le importe en última instancia la ventaja patrimonial, sino p.ej. la satisfacción de su ambición profesional (RGSt 27, 217) o la lucha contra el capitalismo. Por tanto, intencional es en todos los casos también aquello que se realiza de propósito como medio para ulteriores fines". Ídem., págs. 418 y 419.

55 Ídem, pág. 314.

III. Capítulo Segundo.

1. Consideración de los motivos para delinquir.

1.1. Desde el punto de vista psicológico.

Para valorar el proceso psicológico del delito, debemos centrarnos en responder a la pregunta de por qué se cometió el acto delictivo. Entrar en conocimiento del desarrollo de la personalidad es un punto clave para dar explicación a las conductas.

“Nuestros actos pueden tener su origen en varios motivos, aunque sólo uno de ellos pueda ser consciente. El proceso psicológico subyacente a la conducta humana en general motiva la actitud y la reacción de la persona ante la situación que tiene delante”⁵⁶.

En primer término debemos tener en consideración que todos nuestros actos -a veces incluso incomprensibles- corresponden al conjunto de nuestra personalidad, porque son una tentativa para adaptar la personalidad a las situaciones. Lo anterior es válido también si el acto en cuestión se encuadra en una hipótesis delictiva, en este caso, el acto antisocial representa intentos de la personalidad para adaptarse al medio. Por lo general, el delito elegido es típico de la persona que lo comete⁵⁷.

La personalidad debe ser entendida como “el individuo total expresándose por intermedio de una organización de facultades e inclinaciones ideacionales, afectivas y volitivas arraigadas, que determina su conducta y sus características”⁵⁸. Esta personalidad está integrada por el pensamiento, la voluntad y la acción del ser humano, representando al individuo como un todo⁵⁹.

Cada individuo revela un patrón distintivo de rasgos de conducta, tanto actuales como potenciales, que originan dos clases de impulsos: constructivos y destructivos (o, si

56 ABRAHAMSEN, *Delito y psique*, versión de Teodoro Ortiz, Fondo de cultura económica, Pánuco México, 1ª ed., 1946, pág. 43.

57 Incluso en aquellos casos en que las circunstancias parecen ser el factor determinante, en el fondo acechan los factores de la personalidad. Esta elección la decide la personalidad en un grado abrumador. Ídem., pág. 47.

58 Íbidem.

59 La personalidad resulta ser una unidad dinámica, podemos decir que la personalidad se compone de cuatro capas o niveles, a saber: el nivel anatómico o estructural, el nivel fisiológico, el nivel psicológico y el nivel social. Ídem, cfr. pág. 48.

se quiere, sociales y antisociales). Estos impulsos se encuentran presentes en todos los seres humanos, de modo que la tendencia a delinquir no difiere mucho entre los criminales⁶⁰ y los ciudadanos respetuosos de las leyes, por consiguiente, en un sentido el delito es una cosa artificial, creada por la ley⁶¹.

Una vez que aceptamos que las tendencias delictivas están presentes en todos los seres humanos, se nos hace imposible sentar un criterio sobre el delincuente que nos arroje luz sobre sus actos, reduciendo todo el problema a una cuestión: *¿cómo funciona la psique que reacciona con una conducta antisocial?*

Los constantes esfuerzos del hombre, conscientes o inconscientes, para adaptarse al ambiente que le rodea, pueden tener éxito o fracasar, o llevarle quizás a una transacción. En este sentido, es posible que el delito represente para el individuo el modo más satisfactorio para ajustarse a conflictos internos que no puede expresar de otra manera⁶².

El impulso criminal es creado por diversos factores: por un lado están las tendencias naturales del individuo y la situación del momento; por el otro, la resistencia psíquica a la tentación⁶³. Resistencia y tendencias son factores que, podemos, suponer, tienen propiedades potenciales que difieren por su vigor en cada sujeto. Uno de los elementos es indeterminado: la situación. Al intervenir los tres factores, si los rasgos y la resistencia se neutralizan mutuamente, no surgirá tentación alguna y, en consecuencia, no se producirá delito alguno; en cambio si las tendencias criminales son especialmente altas, con la consiguiente resistencia anímica rebajada, mostrará una conducta antisocial.

“Es fundamentalmente la inestabilidad de los tres factores -tendencias delictivas, resistencia psíquica y situación- la que conduce al hombre al delito. Es una alteración en el equilibrio entre lo que la sociedad exige y lo que la persona puede realizar”⁶⁴. En este

60 Un criminal es una persona que presenta tanto una actitud como una conducta antagónicas y antisociales frente a la sociedad. Pero esa idea del crimen depende de los principios éticos de la sociedad. Ídem, pág. 48

61 Ídem, cfr., pág. 48, 49.

62 Ídem, cfr., pág. 52.

63 El delito puede considerarse, pues, como un producto de las inclinaciones de una persona y de la situación del momento actuando con resistencia psíquica. Ibídem.

64 Ídem, pág. 58.

punto se hace patente que el hombre no es un ser aislado o sólo un centro de acción, sino un ser que está conectado con su medio siendo también un centro de reacción. El ser humano forma así una relación funcional con el medio y el medio actúa en relación funcional con el ser humano, generando una propiedad dinámica que se denomina “campo”, cuyos efectos son muchas de las propiedades de la psique humana⁶⁵.

1.2. Desde el punto de vista filosófico.

La consideración de los motivos para delinquir, así como el fundamento de toda acción fruto de un proceso volitivo, es una materia que en filosofía atañe a la libertad de la voluntad y a la filosofía moral en general y en donde conceptos como: voluntad, autonomía, elección, deber, moral, fin y motivo, cobran especial protagonismo.

Kant vincula la libertad de la voluntad con la noción de autonomía⁶⁶ como principio universal de la moralidad, señalando que la razón teórica no puede demostrar la existencia de la libertad, ya que sólo es capaz de alcanzar el mundo en el que todo se encuentra sometido a la ley de causalidad. Sin embargo, desde la perspectiva de la razón práctica, el hombre no puede pensar nunca la causalidad de su propia voluntad, sino bajo la idea de la libertad. Si las acciones de las personas se hallaren determinadas por causas naturales -careciendo de libertad- no podríamos atribuirles responsabilidad y, en consecuencia, no nos sería posible hablar de ley moral ni de acciones motivadas por el deber. “Con la idea de la libertad hállase, empero, inseparablemente unido el concepto de autonomía, y con éste el principio universal de la moralidad, que sirve de fundamento a la idea de todas las acciones de seres racionales, del mismo modo que la ley natural sirve de fundamento a todos los fenómenos”⁶⁷.

En el entendido de que de que el ser humano es un ser racional y, por ende, sujeto

65 Ídem, cfr., pág. 89.

66 “¿Qué puede ser, pues, la libertad de la voluntad sino autonomía, esto es, propiedad de la voluntad de ser una ley para sí misma? Pero la proposición: «la voluntad es, en todas las acciones, una ley de sí misma», caracteriza tan sólo el principio de no obrar según ninguna otra máxima que la que pueda ser objeto de sí misma, como ley universal. Ésta es justamente la fórmula del imperativo categórico y el principio de la moralidad; así, pues, voluntad libre y voluntad sometida a leyes morales son una y la misma cosa”. KANT, *Fundamentación metafísica de las costumbres*, Traducción de Manuel García Morente, Edición de Pedro M. Rosario Barbosa, San Juan, Puerto Rico, 1ª ed., 2007, pág. 60.

67 Ídem, pág. 65.

que determina su voluntad de acuerdo con motivos, veremos que el fundamento de sus actos puede estar o no ligado al concepto de deber.

El concepto de deber exige de la acción que concuerde objetivamente con la ley, y de su máxima que respete subjetivamente la ley como modo único de determinación de la voluntad por ella. Es en esto en lo que se funda la diferencia entre la conciencia de haber obrado conforme al deber o por el deber. Obrar conforme al deber (legalidad) es también posible si las inclinaciones fueran solamente los motivos determinantes de la voluntad, en cambio, el valor moral, consiste en que la acción haya sido motivada solamente por el deber, es decir, sólo por amor a la ley⁶⁸.

“Lo esencial de todo valor moral de las acciones depende de que la ley moral determine directamente la voluntad. Si la determinación de la voluntad se opera de acuerdo con la ley moral, pero sólo por medio de un sentimiento, de cualquier clase que sea, que deba presuponerse para que aquella llegue a ser motivo determinante suficiente de la voluntad, y en consecuencia no por amor de la ley, la acción contendrá legalidad, mas no moralidad”⁶⁹.

En el uso práctico de la razón, ésta se ocupa de los motivos determinantes de la voluntad, y se caracteriza por ser una “facultad que o bien produce objetos correspondientes a las representaciones o por lo menos se determina a sí misma para lograrlos, es decir, determina su causalidad”⁷⁰.

Con respecto a la finalidad, siguiendo a Kant, podemos decir que se corresponde con el placer que buscamos (que no es en el último caso un bien, sino algo agradable), “no es un concepto de razón, sino un concepto empírico de un objeto de la sensación: no obstante, el empleo del medio a este efecto, es decir, la acción (porque para ella se requiere reflexión racional) se llama buena, mas no absolutamente, sino sólo en relación con nuestra sensibilidad respecto del sentimiento de placer o desplacer que produce; pero la voluntad cuya máxima es afectada de esta suerte, no es una voluntad pura que sólo

68 KANT, *Crítica de la razón práctica*, Traducción de J. Rovira Armengol, Editorial Losada, Buenos Aires, 2003, cfr. pág. 72.

69 Ídem, pág. 64.

70 Ídem, pág. 14.

busque aquello en que la razón pura por sí misma puede ser práctica”⁷¹.

La voluntad, según Schopenhauer, en sí y al margen de todo fenómeno, es ciertamente libre e incluso omnipotente, pero en sus manifestaciones individuales son las causas las que la determinan. Pero donde está presente el conocimiento⁷² (caso del hombre como el de los animales), la voluntad es determinada por motivos.

“El hombre cuenta con el privilegio -del que carecen los animales- de poder alcanzar una *determinación electiva* mediante el conocimiento abstracto de la razón, pero eso no le convierte sino en un campo de batalla para el conflicto de los motivos, sin sustraerle de su dominio; tal determinación electiva da pie a la posibilidad de un carácter individual, mas no a la libertad de un querer individual, esto es, a la independencia del principio de razón, que abarca todos los fenómenos y, por lo tanto, al hombre”⁷³. En el caso de los animales, los motivos por los que se mueve su voluntad tienen que ser siempre intuitivos y presentes y, en consecuencia, les está permitida una elección extremadamente pequeña haciendo muy patente la causalidad del motivo⁷⁴.

La motivación es la causa motora que señala el carácter de los animales, esta es la causalidad que pasa por el conocer⁷⁵. Ésta surge en el punto donde el ser más complejo y por ello poseedor de numerosas necesidades, no puede satisfacerlas simplemente con ocasión del estímulo, sino que tiene que estar en condiciones de elegir, adoptar e incluso buscar el medio de satisfacer la necesidad⁷⁶. “Por eso, en los seres de este tipo, en lugar

71 “Este es el sitio donde debe explicarse la paradoja del método en una crítica de la razón práctica, a saber: que el concepto del bien y del mal no tiene que determinarse antes de la ley moral (a la cual, aparentemente, debería servir de fundamento), sino solamente (como efectivamente se hace aquí) después de ella y por medio de ella”. Ídem, pág. 56.

72 “El saber o el conocimiento es un agregado, un acompañante circunstancial de las cosas; no forma parte de la naturaleza de éstas, y, consiguientemente, no tiene poder alguno para impulsarlas por sí solo, ni aun siquiera para contribuir a impulsarlas a la acción” DORADO, *La psicología criminal en nuestro Derecho legislado*, 2ª ed. corregida y aumentada, Hijos de reus editores, Madrid, 1910, pág. 12.

73 SCHOPENHAUER, *Metafísica de las costumbres*, Edición de Roberto R. Aramayo, Editorial Trotta, 2001, pág. 42.

74 SCHOPENHAUER, *Los dos problemas fundamentales de la ética*, Traducción, introducción y notas Pilar López de Santa María, Siglo XXI de España editores, Madrid, 2ª ed., 2002, cfr. págs. 65-66.

75 Como ocurre en el caso de las causas en el más estricto sentido y con los estímulos, así sucede, en no menor medida, con los *motivos*; porque la motivación no es, en lo esencial, distinta de la causalidad sino solamente un tipo de ella, a saber: la causalidad que pasa a través del medio del conocimiento. Ídem. pág. 78.

76 Ídem, cfr. pág. 63.

de una mera receptividad para los *estímulos* y el movimiento a partir de ellos, se presenta la receptividad a los motivos, es decir, una capacidad de representación, un intelecto en innumerables gradaciones de perfección, que materialmente aparece como sistema nervioso y cerebro; y justo con ello se presenta la conciencia”⁷⁷.

Si observamos toda la serie de formas de la causalidad, en las que se distinguen: causas en sentido estricto, estímulos y finalmente motivos (que se dividen en intuitivos y abstractos), advertimos que a medida que avanzamos, la causa y el efecto se separan cada vez más uno de otro⁷⁸. “Pero allá donde la conciencia es racional, o sea, capaz de conocimiento no intuitivo, es decir, de conceptos y pensamientos, los motivos se vuelven totalmente independientes del presente y del entorno real, y permanecen así ocultos al espectador”⁷⁹.

Hartmann hace la distinción entre libertad de la voluntad y libertad de acción, dada la repercusión que esta última tiene en las decisiones⁸⁰. Libertad de acción presupone la voluntad como determinación de dirección y atañe únicamente a la ejecución de la voluntad; no es libertad de la voluntad misma, sino sólo libertad de la realización de la voluntad. Libertad de acción social tampoco se identifica con la libertad jurídica⁸¹, los límites de la capacidad de realización son completamente distintos a los del estar permitido⁸².

Tengamos presente que la decisión moral cuenta -consciente o inconscientemente- con la posibilidad de realización, restricción que representa un riesgo característico del fenómeno de la libertad moral, pues las posibilidades reales sólo se van a mostrar con el éxito. Lo anterior no significa que sean los límites reales de la libertad de acción los que

77 *Ibíd.*

78 *Ídem*, cfr. pág. 68.

79 *Ídem*, pág. 71.

80 Ningún ser racional puede convertir en objetivo su tender hacia aquello que, manifiestamente, no está en su poder llevar a cabo.

81 La libertad de la voluntad es libertad de ser capaz, no del estar permitido. Puede existir junto con el estar permitido, incluso sólo por ella conserva el estar permitido en su sentido actual. Pero precisamente es evidente en esta relación de sentido entre ser capaz y estar permitido que la libertad de la voluntad es algo distinto que la libertad jurídica. Es precisamente a ese ser capaz del hombre al que el estar permitido trazar los límites externos como norma. HARTMANN, *Ética*, Presentación y traducción de Javier Palacios, Editorial Encuentro, Madrid, 2011, pág. 676.

82 *Ibíd.*, cfr.

restringen la libertad de la voluntad, sino que la expectativa de una “libertad exterior” de la voluntad es falsa. La decisión debe tener en cuenta las posibilidades reales, debe ser una voluntad previsoras, debe calcular de forma previa al actuar, los medios para sus fines y evaluar las posibilidades de realización, de otro modo estaríamos ante una voluntad ciega para la realidad, infantil⁸³. Pero este complejo de lo dado externamente no debe ser entendido sólo como restricción, sino además como un factor que suministra a la voluntad sus posibilidades positivas y concretas, quedando a la decisión un espacio de juego, ya que de lo contrario no sería libre.

Según este autor, hay que rechazar la mera libertad en sentido legal, la cual carece enteramente de elementos positivos. Del mismo modo hay que rechazar la libertad como voluntad de acción y, en general, todas las concepciones de la libertad exterior. De lo anterior no se desprende que la libertad interior (o psicológica) -entendida erróneamente como “una especie de independencia del discurrir del acontecer interior [...] acontecer que cuyo origen está profundamente oculto y se burla en todo caso del arbitrio del hombre”⁸⁴- como tal sea suficiente.

Los autores para quienes el hombre puede estar determinado para los demás y ser libre para sí mismo (o en tanto que sujeto), tienen la tendencia a identificar libertad con libre albedrío y a olvidar que junto con la posibilidad de elección tiene que haber una efectiva elección⁸⁵. Por varias razones debe asimismo rechazarse todo concepto de libertad que consista simplemente en afirmar la indeterminación y la contingencia⁸⁶.

Y, finalmente, debe rechazarse, por incomprobada y, además, peligrosa para su propia subsistencia, la noción de libertad que subsume a ésta en un absoluto.

83 Ídem, cfr. pág. 678.

84 Ídem, pág. 679.

85 FERRATER, *Diccionario de Filosofía*, 2 vols. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Tomo II, 5ª ed., 1965, cfr. pág. 55.

86 “La visión mecanicista del mundo no puede ver, por su orientación, que en el sentimiento del valor hay una ley autónoma de selección completamente peculiar -la ley de la jerarquía. En efecto no puede ver tampoco la autonomía de los valores mismos y de la determinación teleológica, que parte de ellos. Por eso, cuando se reflexiona sobre el valor y el deber, siempre está afectada por el relativismo del valor: para ella, el valor depende de la “valoración” y a ésta la considera como una función de la inclinación natural, del apetito, del placer; y éstos, a su vez, son representados sometidos a una causalidad física”. HARTMANN, op. cit., pág. 708.

Ahora bien, el rechazo de todos estos conceptos de libertad no equivale a desconocer que cada uno de ellos tiene un aspecto positivo. La verdadera y auténtica libertad deberá surgir, por consiguiente, de la acentuación de lo que haya de positivo en cualquier noción de ella⁸⁷.

En síntesis, estamos en condiciones de afirmar que los motivos -a diferencia de los fines- no se persiguen, sino que tratan de mover la voluntad dentro de las posibilidades. “Motivo es el antecedente psíquico de la acción, la fuerza que pone en movimiento el querer y lo transforma en acto”⁸⁸, en cambio fin, es aquello a que se endereza un determinado acontecer psíquico. La consecución del fin último satisface el deseo, mientras que la aparición de un motivo -que puede ser intenso o débil- no satisface el deseo, sino que porta la razón por la que se quiere alcanzar ese fin.

Un hecho volitivo requiere de la razón; de la reflexión entendida como elección, siendo la representación del acto plausible o censurable desde el punto de vista moral⁸⁹. Es esta participación de la razón la que distingue al acto ejercitado por la voluntad de una respuesta impulsiva o caprichosa.

Todo acto atribuible a la voluntad presupone un estado de cosas con un carácter de importancia y que tenga poder de motivación. No se puede querer sin motivo y éste a su vez, supone conocimiento del estado de cosas en que se ha de realizar la acción.

87 De ahí las siguientes conclusiones de Hartmann. (1) La antinomia causal mostraba que la libertad positiva tiene que ser, no estar determinado, sino determinación de índole particular. (2) El factor determinante no debe hallarse fuera del sujeto y, por consiguiente, no debe estar en los valores o en cualquier otro principio autónomo. (3) Lo determinante no debe radicar tampoco de manera ilimitada y profundamente en el sujeto. Debe permanecer en su capa consciente. De lo contrario, no habría libertad moral. La libertad debe estar no más allá ni más acá de la consciencia, sino únicamente en ella misma. (4) El factor determinante tampoco puede ser admitido en una consciencia superindividual, por ejemplo en la razón práctica; si así ocurriera, no sería libertad de la persona. (5) Debe haber libertad en doble sentido: no sólo libertad frente a la regularidad natural, sino que debe haberla frente a los principios morales y su exigencia de deber. La voluntad tiene que ser un espacio de juego frente a esos principios, de los que debe dejarse determinar cómo voluntad moral. Ídem, pág. 741.

88 MAGGIORE, *Derecho penal*, Editorial Temis, Bogotá, 1954, Vol. II, pág. 13.

89 “Según la concepción moral del crimen, el ser humano nace apto para el Bien y el Mal, encarnando una especie de maniqueísmo naturalista. Puede elegir entre los dos, y la suya es una elección libre en la que empeña su responsabilidad. El móvil fundamental del crimen es un impulso que puede ser irresistible -como en ciertos alienados- o reducir la responsabilidad por “fuerzas” psíquicas extrañas a la voluntad”. HESNARD, *Psicología del crimen*, traducción de José Ferrer Aleu, Ediciones Zeus, Barcelona, 1963, pág. 41.

Fundamentar una volición no es establecer una simple relación causal, es la ética, a fin de cuentas, la raíz de aquello que mueve a obrar de un modo determinado de acuerdo con su jerarquía de valores.

1.3. Desde el punto de vista dogmático.

Ya analizados los puntos anteriores, debemos recordar que la culpabilidad como elemento del delito gira en torno a la idea de un *juicio valorativo de reproche* -que señala Carlos Cabezas- *basado la posibilidad de formar un juicio de reproche a su autor por el acto que ha realizado.*

El objeto sobre el cual recae el juicio de reproche, será por tanto un actuar típico y antijurídico, siendo el sujeto que lo formula el juez. Desde este punto de vista, debemos señalar que dentro de los elementos característicos del juicio de reproche, la doctrina establece a la parte motivadora del juicio de culpabilidad, es decir- los motivos- como elementos esenciales de ésta, conjuntamente con la parte psicológica (dolo o culpa) y la parte caracterológica de ella. “El juicio de cualquier conducta humana, necesita del conocimiento y valoración de los motivos que la determinan; el juicio de una conducta humana fundado exclusivamente en su materialidad, no puede ser nunca definitivo, con mayor razón se hará necesario este examen y valoración de los motivos, cuando la conducta humana, realizada fuera de los marcos legales, es el presupuesto indispensable del delito”⁹⁰.

Entendemos por motivos, aquellas representaciones matizadas por afectos para determinar un acto, y son los que impulsan a obrar, los que determinan el acto del agente. La parte motivadora que lleva al sujeto a actuar de una u otra manera puede ser más o menos reprochable como también ser más o menos aprobado, esto determinará que los motivos representen una consideración que deberá tener en cuenta el juez al momento de juzgar, estableciendo así a los motivos como parte importante en la formación de las circunstancias -atenuantes o agravantes- de la responsabilidad penal.

90 GONZÁLEZ PARADA, *De las circunstancias atenuantes y agravantes*, (Ley, doctrina y jurisprudencia chilenas), Editorial Samver, Concepción, pág. 89.

La valoración de los motivos nos permite adentrarnos al estudio de las circunstancias, constituyendo ambos, un pilar fundamental para la determinación de la pena. “En definitiva, la consideración de las circunstancias ha sido fundamental para la evolución de la teoría del delito y para una concepción garantista del derecho penal. Y ello porque se deja de contemplar al sujeto como un puro ser abstracto, producto de alguna idea filosófica, teológica o ideológica, y se le considera como ser social, como un ente concreto, no como pura idea; un tal planteamiento tenía necesariamente que ser profundizado a medida que el Estado se profundizaba democráticamente como Estado de Derecho, debiendo entrar a considerar las circunstancias concretas en que actúa cada sujeto, de otro modo el principio de igualdad pasa a ser una pura ficción”⁹¹.

A lo largo de la historia la doctrina de la teoría de las circunstancias del delito ha evolucionado de manera favorable. En la época anterior a la codificación se consideraba innecesaria la existencia de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal y ello por el ilimitado arbitrio judicial, ya que los jueces aplicaban la pena en la cantidad y calidad que ellos mismos consideraban pertinente. Con la Revolución Francesa se estableció un sistema diametralmente opuesto al señalado, puesto que una vez que el delincuente y el delito son reconocidos, el juez aplica la pena que el Código respectivo señala; a tal delito tal pena, limitándose de esta manera el campo de decisión arbitraria del juez. Se lleva a cabo la aplicación rígida de la ley.

Nos parece correcto y necesario señalar que se entiende por circunstancias del delito “sólo son aquellos elementos de hecho que agravan o atenúan la hipótesis típica del delito y, por lo tanto, no pueden técnicamente llamarse circunstancias todas aquellas situaciones o condiciones en las cuales el delito desaparece por defecto de uno de sus elementos constitutivos como la antijuridicidad, la culpabilidad, o cuando desaparece la consecuencia típica del delito, es decir, la pena”⁹². “La distinción más común es entre *circunstancias agravantes y atenuantes*, en cuanto agravan o disminuyen la entidad criminosa del hecho y repercuten sobre la *quantitas delicti*, determinando necesariamente

91 BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal, parte general*, 3º edición Ariel Derecho, Barcelona, 1989, pág. 361.

92 BETTIOL GIUSEPPE, *Derecho Penal, parte general*, editorial Temis, Bogotá, 1965, pág. 442.

un aumento o una disminución de la pena”⁹³.

Frente a lo anterior la relación de los motivos con las circunstancias es estrecha y vinculante, puesto que el motivo que impulsará a un agente a actuar de una u otra forma, será el que determine a posteriori la atenuación o agravación de la pena. “El conocimiento posterior de los motivos determinantes de un acto, que en su objetividad aparecía como nefasto, nos decide con frecuencia a modificar aquel juicio; si el hecho ha obedecido a motivos altruistas, la severidad del reproche se atenúa. Si descubrimos en el proceso interno de la trasgresión cometida, la influencia de motivos innobles, la energía de nuestra reprobación aumenta. En términos generales, podemos afirmar que el motivo que impulsa al agente a cometer determinada actuación, obra o para atenuar o para agravar la pena”. Acertada es la siguiente afirmación de Ferri: “si toda deliberación volitiva, toda actuación humana, no es más que la resultante necesaria de los motivos que están en aquel momento presentes a la conciencia del individuo y que influyen sobre ella, es evidente que el carácter y el valor de toda acción humana serán dados con precisión por los motivos que la determinan”⁹⁴.

Es importante no perder de vista que los motivos no se deben confundir con el dolo. Los motivos son las representaciones, impulsos afectivos que llevan a un sujeto a realizar una determinada acción, siendo independientes del dolo; puesto que se puede obrar con dolo por impulso de los motivos más generosos o por los motivos más bajos. Los motivos conjuntamente con la parte caracterológica del juicio de reproche, son los elementos necesarios para graduar la pena y en algunos casos para eximir de responsabilidad penal.

Tengamos presente la figura del asesinato, una persona mata a otro por precio, este es un motivo que es despreciable a los ojos de cualquier persona, y obviamente no dudaría en decir que la persona que cometió el crimen ha actuado con dolo. Pero piénsese que si la persona mató a otra por tener ésta última una enfermedad que le genera un sufrimiento insoportable y le rogó por su muerte, acá el motivo es distinto y quizás más

93 Ídem., pág. 446.

94 FERRI, *Sociología Criminal*, Centro Editorial de Góngora, Madrid, tomo II, 1907, pág. 168.

generoso, piadoso que el anterior, pero de igual forma no se puede decir que la persona que cometió el asesinato no ha actuado con dolo.

De igual forma, los motivos se deben distinguir de los objetivos -más precisamente con el fin- de la respectiva acción. Los primeros harían referencia a *por qué* obró el agente, mientras que los objetivos darían cuenta a un *para qué* actuó el agente de tal y cual forma, estableciendo así, que en los motivos se determina el pasado mientras que en los objetivos se determina el posible futuro. Sin embargo, estos dos conceptos tienen algo en común, puesto que “trascienden a los clásicos elementos subjetivos del ilícito: dolo e imprudencia y, por ende, parecen ir más allá de la mera imputación por el daño, real o potencial, a terceros (...) En este sentido, es probable que ambos elementos de «ánimo» deban seguir el mismo camino y que la justificación o el rechazo de la valoración de los motivos conduzca a idénticas consecuencias para la legitimidad de la consideración de los objetivos del autor como elementos relevantes para determinar la responsabilidad penal”⁹⁵.

2. Caracterización e inserción sistemática de los móviles desaprobados o valorados jurídicamente.

2.1. Panorama en el Derecho extranjero.

Los motivos en el Derecho penal latinoamericano no ha tenido mayor espacio para su estudio, no existen muchos trabajos para analizar el problema. En otros lugares del planeta, particularmente en Alemania, la situación quizás es diferente. “Dentro de los penalistas medianamente contemporáneos fue Schmidhäuser en 1958 quien comenzó a preocuparse por una fundamentación seria al respecto. Luego le siguieron los trabajos de Albin Eser (1980) y Heine (1988). De este siglo se pueden mencionar las profundas obras de Müssig (2005) y Kelker (2007), con los que, se podría decir, se ha renovado la discusión del problema”⁹⁶.

95 MILTON PERALTA, *Motivos Reprochables*, Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal, Edición Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2012, págs. 32 y 33.

96 Ídem., pág. 26.

Señalamos que en el Derecho penal alemán la expresión con la que se señala a los motivos es aquella establecida por Schmidhäuser en el trabajo con el que se da inicio a la discusión contemporánea del tema, acuña la palabra «Gesinnung», lo que, corrientemente, se traduce al castellano como «momentos de ánimo» o «elementos de actitud interna». Por el contrario, el legislador español, el argentino y chileno, sólo hablan de motivos. Pero esta distinción en las expresiones entre uno y otro país no tiene mayor importancia, ni siquiera en Alemania, donde las expresiones “motivos” y “actitud interna” se utilizan indistintamente.

En el Derecho italiano la consideración de los motivos se encuentra específicamente en el artículo 133 del Código penal, donde se establece una apreciación diferente a la establecida en países como Chile y Argentina, ya que si bien en la Escuela Clásica ellos no merecían consideración por ser los motivos contrarios a un ser racional -esto es, si el ser humano piensa racionalmente los motivos no deben tener espacio en la determinación de la conducta-, entrar a esos aspectos era considerado invasivo del área ética y moral, de la cual el Derecho no debe hacerse cargo.

Pero con el paso de los años esta postura fue dando un vuelco necesario, se comienzan a considerar los motivos como un elemento en manos del juez para conmensurar la pena, en el sentido de atenuarla, tomando en consideración la experiencia personal del delincuente y el contexto en el cual se desenvuelve y dando la tarea al Estado, de que si él no proporciona un nivel de beneficio para las personas, no les puede exigir un determinado comportamiento; “los elementos contemplados en el párrafo segundo arte. 133 č.p., incluyendo "razones", requieren en efectos de la comprensión del comportamiento de cualquier delincuente a la luz de su experiencia personal y el entorno social en el que se inserta, y luego de todos los elementos que afectan a su global personalidad”⁹⁷. “*Los móviles de la acción delictiva realizada* consisten en la causa psíquica de la acción, o sea en el impulso, instinto o sentimiento que indujo al hombre a obrar. Obsérvese que, aunque no influyan sobre la gravedad del delito cometido, los móviles tienen siempre un gran valor sintomático respecto de la personalidad del reo, ya”⁹⁷.
⁹⁷ MADERE, MICHELE, *I Motivi a delinquere*, en Rivista Penale, volumen 131, fascículo 03, marzo 2005, pág. 257.

que revelan el fondo de la psiquis y particularmente las tendencias que la dominan”⁹⁸.

En cuanto a Chile, Argentina y España, los motivos son considerados como circunstancias, agravantes o atenuantes de la responsabilidad, y dichos motivos se encuentran concretamente establecidos en la ley penal, dando poco espacio para la interpretación del juez y, en muchos de los casos, elevando mayormente la responsabilidad penal, a diferencia a lo que ocurre en Italia, donde se establece un marco de movimiento del juez sin poder salir de él, evitando así que se agraven excesivamente las penas.

Por ejemplo, “el Código penal argentino agrava la comisión de los delitos de homicidio y lesiones si el autor actúa «por placer, codicia, odio racial o religioso» (arts. 80.4 y 92). El StGB califica el homicidio si fue cometido por «placer, para satisfacer el instinto sexual, por codicia u otro motivo abyecto» [§ 211,(2)]. Asimismo, en ambos códigos, en la parte general, se considera relevante para la mensuración de la pena «la calidad de los motivos» que determinaron el delito (art. 41 CP ar.; § 46 StGB). Por su parte, en el Código penal español se prevé una agravante genérica para los delitos cometidos «por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima», entre otras circunstancias (art. 22.4)”⁹⁹.

2.2. Panorama en el Derecho penal chileno.

En el Derecho penal chileno, como lo adelantamos en el apartado anterior, los motivos son considerados como circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad penal, dando poco espacio para la interpretación del juez. Lo dicho se deduce, puesto que la ley penal de nuestro país tiende a enunciar los distintos motivos que serán considerados como circunstancias. “Esto surge de la consideración de que debe haber cierta proporcionalidad entre el delito y la sanción, ya que sin variar la naturaleza de un delito, la presencia en él de ciertas contingencias o motivos reveladores de una mayor o menor perversidad del sujeto, refleja la necesidad de aplicar un mayor o menor

98 ANTOLISEI, Manual de Derecho penal. Parte general, Uthea, Buenos Aires, 1960, pág. 461.

99 MILTON PERALTA, op. cit., pág. 17.

castigo”¹⁰⁰.

Como hemos señalado, entre los diversos instrumentos de graduación de la responsabilidad penal, las circunstancias modificatorias de ésta -sea para atenuar o agravar la pena-, sin lugar a dudas, ocupan un lugar preponderante en nuestro sistema. Chile contempla un régimen de regulación específica, el cual se advierte perfectamente compatible con su orientación y con los principios que persigue el Derecho penal -como lo son los principios de legalidad, culpabilidad e igualdad- así como también una mayor afinidad con la idea de retribución. “El sistema de *numerus clausus*¹⁰¹ seguido por los redactores del Código, opuesto a una creación análoga de la agravantes, como la prevista en el modelo español, es aprobado, en general, por la doctrina chilena, sin perjuicio que se objeta la enunciación fatigosa, casuística, inconexa, y repetitiva [...] enumeradas sin ningún orden ni clasificación”¹⁰².

El Código penal chileno establece en su artículo 12 “*De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal*”, la enunciación de las agravantes de manera taxativa, redacción que encuentra su base en el artículo 10 del Código penal español. Dentro de la enumeración dada por el código, se establece el numeral 2 del artículo ya mencionado: “*cometerlo mediante precio, recompensa o promesa*”, siendo esta redacción una copia casi exacta del texto español, sólo habiendo sido reemplazado el adverbio “mediando” por “mediante”. Esta agravante es de naturaleza subjetiva, puesto que está fundada no en un mayor injusto, sino en un aumento de la culpabilidad en lo referido al juicio de reproche, que recae sobre el obrar del sujeto que se ha motivado por la obtención de lucro, único móvil abyecto reconocido por nuestra legislación hasta la entrada en vigencia de la ley 20.609, el 24 de julio de 2012.

100 GONZÁLEZ PARADA, op. cit., pág. 87.

101 “Consiste en señalar en forma precisa y taxativa las circunstancias modificatorias, quedando cerrada la posibilidad de que el tribunal pueda, por vía analógica, dar cabida a cualquier otro criterio que no sean aquellos que expresamente menciona la ley”. RODRÍGUEZ COLLAO, *Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVI, Valparaíso, Chile, Primer semestre, 2011, págs. (397-428) 420.

102 POLITOFF, ORTIZ, *Texto y comentario del Código Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo I, 2002, pág. 187.

Si esta agravante ha de recaer sobre el sujeto que recibe o promete recibir el precio o recompensa y no sobre quien la entrega o promete, es un tema discutido¹⁰³, mas la respuesta la debemos encontrar en la naturaleza subjetiva de esta agravante, que sólo va a recaer sobre quien tiene el móvil de lucro y no en quien entrega o se compromete a entregar el precio o recompensa, esto último en el supuesto de que el instigador no haya obrado, a su vez, con ánimo de lucro. Además no debemos perder de vista que “el precio, recompensa o promesa ha sido la forma de inducir al hecho, de otro modo no se podría lograr castigar al que está detrás, de suerte que habría una violación del *non bis in idem*, si se considera tal circunstancia para incluirlo como inductor y, además, para aumentarle la pena”¹⁰⁴.

Los elementos que permiten la aplicación de esta agravante son: 1) acuerdo previo: esto es, la necesidad de la intervención de dos personas (mandante-mandatario), en cuyo caso debe mediar un acuerdo, pacto o convenio, relativo al precio o recompensa entre ellos. Si el autor del delito actúa en la creencia o suposición de que su obrar será recompensado, no concurre esta agravante; 2) carácter del premio o promesa: se entiende que no es sólo el premio o promesa de carácter remuneratorio, sino además el de carácter honorífico como sentimental, estableciéndose una diferencia con el artículo 391 número 2 del Código penal, en que el premio o promesa, forzosamente, debe ser de carácter pecuniario.

Otra de las circunstancias modificatorias que será de nuestro interés, es aquella atenuante establecida en el artículo 11 número 4 del Código penal chileno: “*De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal; N°4 la de 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*

103 Así Politoff sostiene que “es una circunstancia material u objetiva por lo que afecta a los dos intervinientes en el pacto criminal, esto es, agrava la responsabilidad tanto del que paga el precio u ofrece la recompensa posterior, como del que lo recibe o confía recibirlo y ejecuta el hecho; puesto que es una circunstancia objetiva, consiste en un medio de perpetrar la acción que perjudica por igual quien a remunera y a quien es remunerado”. Ídem., pág. 191.

104 BUSTOS, HORMAZÁBAL, *Lecciones de Derecho penal*, Editorial Trotta, Madrid, Vol. II, 1999, pág. 404.

ilegítimos reconocidos”. Esta circunstancia toma en consideración el móvil vindicativo que anima al hechor, estimándolo menos reprochable por tener un origen natural firmemente arraigado en la especie humana, vinculado -por lo demás- con el instinto de conservación. En cuanto a la ofensa, ésta está entendida en sentido amplio, esto significa que supone la realización de un acto antijurídico, con independencia de si está tipificado o no como delito. La ofensa debe, además, ser grave, es decir, debe revestir cierta trascendencia atendido el entorno cultural en que se ejecuta, mas no debemos confundir gravedad de la ofensa con proporcionalidad de la reacción, ya que la desproporcionalidad es un elemento que caracteriza a la venganza.

Con respecto a la situación del error, “no es imperioso que la ofensa haya sido realmente inferida, es suficiente que el delincuente verosímilmente se la represente, pues el que se cree ofendido puede reaccionar por iguales motivos que aquel que verdaderamente lo ha sido”¹⁰⁵

Relevante es también la circunstancia atenuante establecida en el artículo 11 número 10 del Código penal chileno: “*De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal; N° 10 el haber obrado por celo de la justicia*”. Esta circunstancia es original de nuestro Código, añadida con el argumento de que “en muchos casos puede un celo exagerado arrastrar a la ejecución de actos que constituyen delitos, proponiéndose no obstante el hecho el mejor servicio de un puesto público”¹⁰⁶. Entre los elementos de esta atenuante, señalamos que el “celo por la justicia” no se refiere únicamente al servicio público, sino más bien a la idea de lo justo, cuyo concepto es, sin embargo, discutido por diferentes autores¹⁰⁷. En cuanto, a la motivación del autor, se entiende que esta circunstancia pone el acento en el móvil del autor y no en el efecto que aquél produciría en éste, por tanto, no se exige de parte del agente una alteración anímica,

105 GARRIDO, *Derecho penal*, parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, tomo I, 2001, pág. 187.

106 POLITOFF, ORTIZ, op. cit., pág. 185.

107 Si bien, la aplicación de esta circunstancia ha sido escasa, amén de su escaso estudio, podemos enunciar ciertas hipótesis en que alcanza su aplicación, a saber: los casos de realización arbitraria del propio derecho; aquellas situaciones en que el autor ejecuta el delito actuando *pro magistratu* sin autorización; delitos perpetrados por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones obrando con un celo excesivo; y el caso de los autores por convicción o por un hecho de conciencia no justificado.

pero no concurriría esta atenuante si el autor obra por motivos egoístas o mezquinos.

Como hemos visto, los motivos en el Derecho penal chileno se establecen de forma general como circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, pero debemos señalar también su establecimiento de manera específica en ciertos delitos; así el artículo 391 del Código penal señala entre la enumeración de sus elementos constitutivos, el actuar “*por premio o promesa remuneratoria*”. Esta circunstancia, como vimos, guarda relación con la agravante común del artículo 12 del Código penal, pero diferenciándose por tener un sentido estrictamente pecuniario, siendo una circunstancia de naturaleza subjetiva, puesto que denota una mayor culpabilidad, ya que lo que anima al agente es un particular móvil abyecto: el móvil lucrativo.

A este catálogo de circunstancias fundadas en la parte motivadora del juicio de reproche, debemos añadir la circunstancia agravante vigésimo primera, recientemente incorporada, consistente en “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 sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca”, cuyo contenido será analizado en el capítulo tercero del presente trabajo.

IV. Capítulo Tercero.

1. Contenido y división de la circunstancia vigésimo primera incorporada al artículo 12 del Código penal chileno.

El bien tutelado que se pretende proteger en aquellos delitos de discriminación, no se encuentra del todo determinado; es así como Sergio Politoff, señala que dicho bien es la igualdad y dignidad de las personas, “los principios de dignidad e igualdad del ser humano, por el hecho de serlo, se traducen, pues, como su correlato, en el derecho a la no discriminación”¹⁰⁸. Tal postulado es erróneo, puesto que, sostener ello conlleva a una

¹⁰⁸ POLITOFF, *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, Ius et Praxis, vol. 5, número 002,

equivocación al confundir un atributo de la persona (dignidad humana) con aquellos elementos que garantizan y facilitan la conservación en el disfrute de dicha prerrogativa¹⁰⁹, es decir, se debe distinguir conceptualmente entre dignidad humana y bienes jurídicos. Frente al referido problema de la discriminación, con fecha de 22 de marzo de 2005, mediante mensaje presidencial ingresa al Congreso Nacional el proyecto de ley contra la discriminación, ley N° 20.609. Dicho proyecto de ley definía qué se entiende por discriminación arbitraria, estableciendo un procedimiento para recurrir a la justicia en caso de ser víctima de tal discriminación y la modificación que se llevaría a cabo en el Código penal, esto es, la incorporación de la agravante vigésimo primera al artículo 12 del mismo texto, por la comisión de actos delictivos motivados por actitudes discriminatorias.

Luego de varias modificaciones a dicho proyecto, mediante los diversos trámites concernientes a la aprobación del texto legal y su acelerada tramitación parlamentaria -puesto que, se utilizó como un instrumento destinado a combatir la homofobia al conocerse el caso de la golpiza propinada a Daniel Zamudio, un joven homosexual-, se promulga y publica en Chile con fecha de 24 de julio de 2012 la Ley N°20.609 que establece medidas contra la discriminación.

Se pretende crear un procedimiento judicial que permita restablecer el imperio del derecho de una persona que es víctima de discriminación arbitraria, por lo cual resulta relevante definir qué se entiende por discriminación arbitraria, en efecto el artículo 2 de la ley N° 20.609 define a ésta como: “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación

Universidad de Talca, Talca, 1999, pág. 194.

109 SQUELLA, GUZMÁN, *Estudio Preliminar*, en *Estado de Derecho y dignidad humana*, de Werner Maihofer, traducción directa del alemán por el Dr. José Luis Guzmán Dalbora, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008, cfr. pág. XIX.

socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

Se lleva a cabo también, en el título III la reforma de varios otros cuerpos legales, siendo de nuestro interés la modificación que establece el artículo 17 de la ley N° 20.609, la cual agrega una nueva agravante de responsabilidad criminal, pasando a sumar 21 números, consistiendo ésta en: "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 sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca"¹¹⁰.

Ahora bien, consistiría en una agravante de carácter general y común, ya que se pretende con ella que sea aplicada a todos los delitos, aunque en la práctica se utilice mayormente para ciertos delitos, sobre todo aquellos referentes a los delitos contra las personas.

La configuración que se lleva a cabo con esta nueva agravante es la existencia de una motivación discriminatoria bajo algunas de las formas mencionadas, lo cual resulta relevante y digno de análisis, ya que si bien “los motivos por los cuales puede cometerse un determinado delito no forman parte de la parte volitiva o cognoscitiva del dolo, de algún modo, obligaran al juez ha realizar un juicio de reproche respecto del asunto subjetivo que ocurre en la mente del imputado y que, en la práctica, suele estar íntimamente entrelazado con el dolo exigido para la configuración del tipo penal supuestamente infringido”¹¹¹. En una primera lectura del precepto legal, podría pensarse que estamos ante una agravante aplicable en todos los casos en que la concurrencia de los caracteres haya sido determinante para el autor a la hora de escoger a su víctima, mas

110 Ley que establece medida contra la discriminación.

111 SALAS, *La nueva agravante del Código Penal de cometer un delito con motivación discriminadora*, Derecho y Proceso, hermenéutica de las normas, 30 de julio de 2012, disponible en <http://jaimesalasastrain.blogspot.com/2012/07/la-nueva-agravante-del-codigo-penal-de.html>, consultado el martes 23 de octubre de 2012, pág. 2.

esto resulta erróneo, puesto que de esta elección no puede establecerse, en modo alguno, una vinculación necesaria con la discriminación como motivo de su actuar, que como ya sabemos, es el fundamento de esta agravante. Entonces, “si el fundamento de la mayor penalidad se hace residir en el motivo especialmente reprobable que preside la decisión delictiva, es indiferente que el agredido reúna o no los caracteres que los autores le suponen. Porque lo que interesa es que han actuado *movidos* por la voluntad de menospreciar a una persona en razón de ciertas peculiaridades de su personalidad y no el resultado que con su acción han producido. En consecuencia, conforme a la interpretación que analizamos, la suposición errónea de las causas que dan origen a la motivación no debería excluir la apreciación de la circunstancia. El fundamento de la agravación no aparece aquí vinculado a la víctima, sino a los motivos especialmente reprobables que orientan la acción”¹¹².

Ahora, siendo esta agravante de carácter general y donde el autor del delito que ha sido motivado por las peculiaridades del sujeto pasivo, no ve afectado el especial juicio de reproche que se le formula, por la circunstancia de haber conducido su voluntad en presencia de un conocimiento errado, es necesario referirnos a la comunicabilidad o incomunicabilidad de esta nueva agravante. El artículo 64 de nuestro Código penal, distingue entre circunstancias modificatorias personales y materiales. “De acuerdo con esta disposición, son personales aquellas circunstancias que consisten en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa de la misma índole. Son materiales, en cambio, aquellas que consisten en la ejecución material del hecho o en los medios utilizados para realizarlo”¹¹³. Queda demostrado que esta nueva agravante es de carácter personal, siendo incomunicable, pudiendo ser aplicadas sólo respecto de aquellos autores o partícipes en quienes se dieron los hechos constitutivos de las mismas, es decir, “en caso de intervenir dos o más personas en la ejecución de un mismo hecho delictivo, las circunstancias de índole personal que concurrieren sólo

112 LAURENZO, *La discriminación en el Código penal de 1995*, en revista *Estudios Penales y Criminológicos*, de la Universidad de Santiago de Compostela, nº XIX, 1996, págs. (219-288) 277.

113 RODRÍGUEZ COLLAO, *Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI, 1er Semestre, Valparaíso, Chile, 2011, págs. (397-427) 411.

pueden ser aplicadas respecto de aquellos autores o partícipes en quienes se dieron los hechos constitutivos de las mismas”¹¹⁴. Por último, señalamos en cuanto al concepto que se establece en el numeral 2 de la ley N° 20.609 de discriminación arbitraria -ya reproducido- no es obligatoriamente aplicable para determinar los supuestos fácticos de la agravante, es decir, el juez penal no se encuentra vinculado por la definición del artículo 2.

De entre los diferentes motivos de que habla la agravante del número 21 del artículo 12 del Código penal, destacamos como los más conflictivos y dignos de un análisis mayor: la ideología, posición política, etnia o grupo social y orientación sexual, a los cuales se les dará atención en el próximo apartado. Ahora bien, con respecto a los demás motivos, nos referiremos a algunos de manera sintética.

Los motivos de discriminación que dicen relación con la religión o creencias de la víctima, la nación, raza, sexo, identidad de género, edad, filiación o enfermedad y discapacidad que padezca el victimario, son motivos de carácter general que no impliquen mayores problemas en su determinación, puesto que si bien en algún momento de la historia ellos no se tenían por reconocidos, ésta misma se encargó de guiar sus pasos al establecimiento, es así, como en la Segunda Guerra mundial se produce su mayor institucionalidad y regulación, pasando a formar parte la mayoría de ellos, como motivos en sí discriminatorios, a los cuales el Estado se encontraba en deber de proteger y resguardar. Por ejemplo, con respecto al motivo discriminatorio “sexo”, se estableció en relación a posibles ciertas desventajas que pudiera tener la mujer frente a los hombres, pensando en que ellas aún se encuentran relegadas en ciertos ámbitos de la vida social y comunitaria. Aunque hay autores como Patricia Laurenzo Copello, que señalan que el “sexo” es un motivo discriminatorio que difícilmente puede ser igualado a otros motivos como la raza y nacionalidad, ya que estos últimos, despiertan una mayor hostilidad en algunos sectores de la sociedad. “No se discute que el sexo representa un dato de identidad de las personas que coloca a un grupo –las mujeres- en una posición de subordinación respecto de otro y por eso he afirmado con rotundidad que el trato

114RODRÍGUEZ COLLAO, op. cit., pág. 425.

perjudicial dispensado a una mujer por el solo hecho de serlo ciertamente es discriminatorio. Pero no es menos cierto que la situación desventajosa que aún sufre este sector de la población es difícilmente comparable con la de otros grupos a los que la legislación penal siempre pretende asimilarlo -v.g., algunas razas o nacionalidades o colectivos de homosexuales-. Aunque en determinadas ocasiones, como sucede en el terreno laboral, sus respectivos ámbitos de vulnerabilidad efectivamente coinciden, a nadie se le oculta que existen otros muchos peligros propios de las auténticas situaciones de marginalidad -y no sólo de “subordinación”- que resultan completamente ajenos a la naturaleza de la discriminación que aún afecta a las mujeres”¹¹⁵.

En el plano internacional, el motivo relativo a la “religión y las creencias” se encuentra instaurado, luego de las terribles muertes producidas en la Segunda Guerra Mundial. Es así como se lleva a cabo el establecimiento de los siguientes artículos, que sirven de base para la regulación interna de cada Estado, a la no vulneración de la religión y su determinada manifestación como posible motivo de discriminatorio; el artículo 1, inciso 3º, de la Declaración Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece que “la libertad de manifestar la propia religión o las propias convicciones estará sujeta únicamente a las limitaciones que prescriba la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”. Además, el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dice: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; ese derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

2. Análisis pormenorizado de ciertos motivos: ideología, opinión política, etnia o grupo social y orientación sexual.

115 LAURENZO, *La discriminación por razón de sexo en la legislación penal*, en revista *Jueces para la Democracia*, nº 34, 1999, págs. (16-23) 21.

Actúa motivado por la *ideología* quien se halla en un estado espiritual de exaltación que, partiendo de una idea, por ejemplo, política o patriótica, exalta, por difusión en el grupo o en la multitud, la legalización o *legitimación colectiva*¹¹⁶. Es por ello que para la aplicación de esta agravante no debe bastar la simple adhesión del hechor a una concepción ideológica contraria a la de la víctima, sino que deberá ser ella el motivo que preside o estimula su obrar. Sin perder de vista que el fundamento de la agravante examinada viene dado por el juicio normativo de valoración que lleva consigo la culpabilidad -y a fin de descartar conclusiones perniciosas-, lo que el legislador ha introducido no es una norma que deba conducir a la prohibición de ideas por medio de una persecución a sus adeptos o a una suerte de criminalización de concepciones miradas con desconfianza por el sector dominante de la sociedad; la agravante por móvil ideológico -que veremos, es posible deslindar de los propiamente discriminatorios- debe ser contemplada en su verdadera dimensión, la de criterio mensurador de la reprochabilidad del acto típico y antijurídico.

Con respecto a la *opinión política* de la víctima, podemos decir que el actuar motivado por ella, es reflejo de una visión de adversario llevado al extremo, vinculado -al igual que el móvil ideológico- a la noción de fanatismo. Quien delinque por este motivo, lo hace en conocimiento de las ideas de la víctima, ya que en eso radica la publicidad que implica la opinión.

En relación a la *etnia o grupo social*, advertimos que determinados Códigos han establecido una intensa regulación de los delitos contra la etnia; es así como el artículo 221-1 del Código penal Francés¹¹⁷; artículo 607 del Código penal español; el artículo 220 del Código penal alemán, entre otros, establecen el delito de genocidio, pero también se

116 HESNARD, op. cit., pág. 216. A entender del autor, este fenómeno mental -más que un desequilibrio de la vida afectiva- es una intensificación la *omnipotencia de la acción dominadora*, la movilización excitante de la más integral de las dominaciones sádico-narcisistas; la pulsión hacia la aniquilación, hacia la negación del Otro.

117 “El delito de genocidio se describe esencialmente, con algunas variaciones sobre la clase de mal infligido a las personas, como una figura pluriofensiva, que *consiste en matar, causar lesiones graves, etc., en el marco de un plan o intención de aniquilar total o parcialmente a un determinado grupo nacional, étnico, racial o religioso, o un grupo determinado a partir de cualquier otro criterio arbitrario* (al decir del Código penal francés)” POLITOFF, *Informe sobre los delitos de discriminación en el Derecho penal comparado a la luz del proyecto de ley sobre discriminación racial y étnica*, op. cit., pág.196.

consigna como una circunstancia agravante en aquellos países donde la figura del genocidio todavía no es incorporado a sus textos legales. “Por otra parte, también algunos Códigos que si contemplan tal figura, han previsto, en ocasiones, la posibilidad de que en la comisión del homicidio, lesiones u otros delitos comunes, aunque haya existido un motivo discriminatorio, éste no necesariamente sea expresión de un plan de exterminio del respectivo grupo humano. Para tales hipótesis, algunos códigos han previsto una circunstancia agravante de la responsabilidad criminal”¹¹⁸. Tal es el caso del Código penal español, donde se establece la agravante de la responsabilidad del hechor en el caso de cometer el delito -artículo 22 circunstancia 4- “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad”¹¹⁹.

La categoría de *etnia* no representa mayores conflictos en su delimitación conceptual, existiendo ciertos elementos distintivos comunes que la identifican, tales como el idioma, la religión, la tribu, la nacionalidad o la raza, o una combinación de estos elementos, y que comparte un sentimiento común de identidad con otros miembros del grupo¹²⁰. Por su parte, *grupo social*, como se desprende de la definición de grupo de

118 Ídem., pág. 197.

119 “Según aparece de los antecedentes de la introducción de la agravante en el nuevo Código Penal español, se había pensado en un primer momento en reducir la agravación a los delitos contra las personas en su integridad física, pero luego se advirtió que había delitos tales como las agresiones sexuales, el secuestro, el incendio y los estragos, y muchos otros que pudieran ser inspirados en una motivación discriminatoria, por lo que se optó por su extensión a cualquier tipo de delito. Por supuesto, habrá casos en que tal motivación no sea conceptualmente imaginable y, en todo caso, la agravante no será aplicable a los delitos discriminatorios, esto es, a aquellos en que se castiga la provocación a la discriminación, las injurias discriminatoria, la pertenencia a una asociación ilícita discriminatoria o la denegación de prestaciones por razones discriminatorias”. Ídem., pág. 198.

120 “En este concepto intervienen los siguientes elementos distintivos: a) Un origen racial indígena [...]; b) Una lengua común, cualquiera sea el estado de pérdida o de decadencia en que se encuentre [...]; c) Expresiones culturales comunes, compartidas por la mayor parte de la comunidad, máxime al nivel del rito y la ceremonia de origen ancestral; d) Un territorio que usan en común [...]; e) Una auto-conciencia de su ser propio, esto es, auto-conciencia de su identidad como “pueblo” [...]; f) Una tendencia, aún perceptible, a la endogamia étnica [...]; g) La conservación de algunas expresiones artísticas y artesanales propias de la etnia. Un caso es la presencia de alfarería en varios pueblos atacameños. Del trabajo textil o de cestería, según los recursos disponibles, en otros pueblos”. LARRAÍN, *¿Pueblo, etnia o nación? Hacia una clarificación antropológica de conceptos corporativos aplicables a las comunidades indígenas*, en *Revista de Ciencias Sociales (Cl)*, Universidad Arturo Prat, Iquique, número 002, 1993, págs. (28-53) 50 y 51.

pertenencia¹²¹, es una categoría a que se adscribe un individuo por compartir comportamientos, valoraciones, creencias, etc. Creemos que, en ciertos puntos, la alternativa entre estos dos colectivos -abierta con la disyunción “o”- podría ser considerada redundante, debido a que la etnia es parte del conjunto de grupos sociales; sin embargo, creemos que no son equivalentes y que con “grupo social” se alude a un campo de identidad que no es posible subsumir dentro de la noción de etnia.

Con *orientación sexual* se hace referencia a las tendencias sexuales de las personas, no existiendo redundancia con el motivo discriminatorio en razón del sexo de la víctima. Aquí, se estaría tomando en consideración el carácter homosexual, bisexual o heterosexual de la víctima, no pudiendo incluirse, en cambio, el modo de ejercer la sexualidad¹²².

3. Motivos agravantes y una mirada al fanatismo.

Mientras que la redacción de su equivalente en el Código penal español, califica a todo el catálogo de motivos como discriminatorios, la circunstancia agravante vigésimo primera de nuestro Código, prescinde de tal calificación. A continuación advertimos que, al margen de la explicitud de tal categoría, la totalidad de los motivos enunciados por la ley no parecen estar referidos a la discriminación; es así como se destaca la circunstancia de actuar motivado por la ideología o posición política de la víctima, como ejemplo de agravante subjetiva, que atiende a un móvil especialmente reprochable diverso a la discriminación, entendiéndose ésta como “aquel comportamiento que implica una negación de la igualdad entre todos los seres humanos basada en ciertos rasgos o peculiaridades que distinguen al discriminado del modelo de normalidad que se toma como punto de referencia”¹²³. El actuar motivado por la ideología de la víctima no

121REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, 22ª edición, Disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=grupo> consultado el 25 de Octubre de 2012.

122 “Si bien este criterio permitiría captar ciertos supuestos evidentes de marginación -como la prostitución-, resultaría una ampliación desmedida de este motivo discriminador. Así, habría que considerar abarcadas todas las formas posibles de enfrentarse a la sexualidad: desde el celibato hasta la promiscuidad sexual”. LAURENZO, *La discriminación en el Código penal de 1995*, op. cit., pág. 247.

123 “No se trata de cualquier particularidad del sujeto pasivo, sino de ciertas características que, conforme a las valoraciones sociales imperantes, pueden conducir a situaciones de marginación y rechazo social [...]. Ciertamente si la discriminación supone un trato desigual hacia determinadas personas únicamente porque en ellas concurre alguna peculiaridad diferencias, nos encontramos ante una negación de su condición de

implica necesariamente una pretensión de menospreciar, dar un trato peyorativo o profundizar la situación de marginación en que un sujeto de un determinado colectivo se encuentra; el móvil ideológico es comprensivo de la noción de enemigo y su particular desvalor social se funda en el aprecio del valor de la tolerancia y el repudio del odio y el fanatismo.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define como fanática a aquella persona “que defiende con tenacidad desmedida y apasionamiento creencias u opiniones, sobre todo religiosas o políticas”¹²⁴. “El fanatismo es un estado mental caracterizado por la adhesión tenaz y prolongada a ciertas creencias. En el mundo mental del fanático, una o varias creencias adquieren una importancia muy superior a las demás, hasta el punto de transformarse en la mayoría de sus actos”¹²⁵. Dentro del fanatismo es posible encontrarnos con una doble dimensión: la dimensión cognitiva y la dimensión personalógica, ambas en íntima relación, pues las creencias forman parte del mismo ser humano¹²⁶.

La dimensión cognitiva¹²⁷ hace referencia al conjunto de ideas que hace suyas el sujeto fanático. Estas ideas y creencias, se caracterizan por su carácter absoluto y su infalibilidad a los ojos del fanático, para quien representa una idea predestinada a vencer y norma suprema de acción a obedecer¹²⁸. Marcada por la afectividad, su fundamento dista del pensamiento lógico-racional y se apoya en una visión mágico-religiosa de la realidad¹²⁹ “El pensamiento fanático es concreto y dicotómico, sin matices ni

seres humanos iguales a los demás, efecto éste que afecta a su dignidad personal” LAURENZO, op. cit., págs.. 234 y 235.

124REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, 22ª edición, Disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=fan%C3%A1tica>, consultado el 25 de Octubre de 2012.

125 VILLAREJO, *Fanatismo: interés en psiquiatría forense penal*, en *Cuadernos de medicina forense*, Asociación andaluza de médicos forenses, Andalucía, Vol. 16, N° 3, 2010, págs. (137-144) 137.

126 Ídem, cfr. pág. 138.

127 “Siguiendo a la escuela cognitiva, la personalidad es el resultado de las creencias del sujeto, conformando un estilo de vida que otorgan validez y perpetúan estas creencias”. Ibídem.

128 Ibídem, cfr.

129 “El fanático suele ser un sujeto poco propicio para el discurso racional, la persuasión, el diálogo y la discusión, y descalifica rotundamente a los discrepantes de sus ideas como traidores, gentes de mala fe, tiranos y enemigos del pueblo, sin advertir que su visión del mundo (*Weltanschauung*, en alemán) se halla deformada bajo la presión de sus pasiones y fuertes sentimientos”. ALONSO-FERNÁNDEZ, *Psicosociología del terrorismo*, en *Anales de la Real Academia Nacional de Medicina*, Tomo XCVII, Madrid, 1980, págs. (207-223) 215.

discriminaciones, donde las ideas se han maximizado, sacralizado, transformado en creencias que no admiten examen y excluyen la libertad de pensar”¹³⁰.

En cuanto a la dimensión personalógica, los individuos fanáticos presentan rasgos de comportamiento o de carácter, consistentes en una sobrevaloración de sus creencias y sus méritos, obedecen a pasiones ideológicas y se convierten fácilmente de perseguidos en vengadores: son a menudo *justicieros* y en esto se asemejan al criminal no patológico¹³¹.

No debemos perder de vista que el fanatismo, al estar sustentado sobre creencias, no se aparta de la realidad cognitiva normal de la mayoría de las personas, es por ello que se hace necesario adoptar un criterio que nos permita distinguir la actitud fanática de la simplemente apoyada en creencias básicas. “Lo que diferencia las sobrevaloraciones del fanático de las del depresivo y del inseguro, es que no *necesitan* tener ningún signo negativo y, además, que conducen a la lucha *externa* o, por lo menos, en formas más asténticas al *programa*, a la demostración [...]. El fanático es una personalidad *activa*, de naturaleza marcadamente esténtica; sin embargo, a estas formas se unen otras, cada vez más pálidas y más pacíficas, que se pierden, por último, entre los fanáticos silenciosos, disimulados, apartados de la realidad y puramente fantásticos”¹³².

Los fanáticos activos, llamados por Schneider *fanáticos luchadores*, se distinguen por la formación de un ideal sobrevalorado que inspira una conducta muy activa y beligerante. “Se entiende por ideal sobrevalorado un ideal sobrecargado de afecto que se erige en el centro de la vida psíquica y gobierna desde allí los pensamientos y los actos del sujeto”¹³³. Los fanáticos activos en sí, no son necesariamente psicópatas; “sólo llegan a serlo cuando, por el predominio de rasgos *pendencieros*, dan lugar a conflictos, como los que suele observarse en los litigantes, y cuando surgen, de los expansivos decididos, aquellos enfadosos “porfiados” o aquellos “justicieros” que “tienen escrupulosidad de

130 VILLAREJO, op. cit., pág. 138.

131 HESNARD, op. cit., cfr. pág. 76.

132 SCHNEIDER, *Las personalidades psicopáticas*, Ediciones Morata, Madrid, 8ª edición, 1980, pág. 138.

133 “Queda delimitado así el fanático luchador por dos rasgos esenciales: la sobrevaloración afectiva y creencial de un sistema ideológico y la conducta consagrada al cumplimiento de este ideal”. ALONSO-FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 214.

conciencia para todos los demás hombres”¹³⁴.

Hay que distinguir el fanatismo primario que arranca de un especial modo de ser, establecido muchas veces en la infancia, del fanatismo secundario, que es producto del contagio psíquico a través de la convivencia¹³⁵. Diversos autores estiman que existen marcadas diferencias de personalidad entre los líderes fanáticos y los adeptos, “así, Post [...], describe rasgos de narcisismo, psicopatía y visión paranoica del mundo en los líderes fanáticos, Alonso Fernández encuentra rasgos narcisistas autoritarios y E. Fromm halla un carácter autoritario sadomasoquista en los dictadores”¹³⁶. Por otra parte, entre los fanáticos adeptos o fanatizados secundariamente “predominan los radicales de inseguridad, inmadurez, carencia de identidad y dependencia emocional, o bien, rasgos narcisistas, psicopáticos con alta impulsividad y búsqueda de emociones fuertes o paranoides”¹³⁷.

No obstante la distinción anterior, si estudiamos los distintos ámbitos que conforman la estructura de la personalidad, es posible establecer coincidencias en los rasgos presentes en las personas fanáticas, a saber: autoimagen, combativa¹³⁸; estilo cognitivo, dogmático y dicotómico¹³⁹; comportamiento observable, suspicaz/explosivo¹⁴⁰; comportamiento interpersonal, extrapunitivo/sumiso¹⁴¹; mecanismos de defensa,

134 SCHNEIDER, op. cit., pág. 139.

135 “El fanático es muy proselitista y con facilidad transmite el fanatismo a quien mantiene relaciones afectivas profundas con él”. ALONSO-FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 215.

136 VILLAREJO, op. cit., pág. 139.

137 *Ibidem*.

138 “Se sienten orgullosos de sus ideas y son, como los paranoides, reacios a confiar o depender de los otros y tienen un sentido combativo y tenaz de los propios derechos al margen de la realidad. Impregnados, al igual que el sujeto antisocial, de la creencia de la superioridad moral de sus ideas políticas o religiosas, tratan de imponérsela a los demás, para lo que no dudan en emplear métodos coactivos, combativos o violentos”. *Ibidem*.

139 “Intensa aversión a cualquier estado psicológico de ambigüedad e incertidumbre, que se traduce en dos efectos complementarios: a) una predisposición favorable hacia las ideas y sistemas de creencias claros y sencillos, y b) la tendencia a “congelar las propias creencias y opiniones para mantenerlas intactas “cerrando las puertas de la mente” al tráfico de ideas e informaciones que habitualmente se derivan de la interacción social”. *Ibidem*.

140 “Se comportan como los paranoides, con suspicacia extrema, con desconfianza hacia las intenciones de los demás que le hacen presentar actitudes defensivas y hostiles frente al mundo [...]. Adolecen de pobreza afectiva, pero son irascibles y con alta impulsividad, por lo que tienen predisposición a reaccionar con explosiones emocionales súbitas y bruscas de naturaleza inesperada e injustificada”. *Ídem*, pág. 139-140.

141 “Despectivos y despreciativos obtienen, al igual que los sádicos, satisfacción de la humillación, coacción e intimidación de los otros. Con ausencia de empatía para sensibilizarse con el sufrimiento ajeno y desprecio a la naturaleza humana, no sienten, como los antisociales, remordimientos cuando generan daño

racionalización/sublimación¹⁴²; representaciones objetales, perniciosas¹⁴³; estado de ánimo/temperamento, irascibilidad¹⁴⁴; organización morfológica, fragilidad del yo¹⁴⁵.

Tras haber analizado en qué consiste el fanatismo, cabe preguntarnos si detrás de ciertos motivos de la agravante vigésimo primera, se esconde una valoración negativa de este estado mental. Como ya hemos visto, el fanatismo consta de una dimensión comprensiva de las creencias (cognitiva) y una dimensión que abarca el carácter del sujeto (personológica), de suerte que esta última nos inclina a pensar que podríamos estar ante una agravante subjetiva que atiende a la parte caracterológica del juicio de reproche. Siguiendo con esta idea, podríamos decir que el legislador ha decidido agravar la pena, en razón ciertos aspectos de la personalidad del autor que -viéndose reflejados en el acto delictivo- aumentan la culpabilidad.

No creemos que lo anterior sea el fundamento de esta agravante, puesto que para su aplicación no se requiere la concurrencia de determinados rasgos de la personalidad

en los otros, a quienes suelen ver como enemigos. Su actividad está orientada hacia el poder, ejerciéndolo de forma despótica sobre sus subordinados o sobre las personas que consideran débiles. A la vez, se sienten fascinados por quien detenta el poder y la autoridad.” Ídem, pág. 140.

142 “Racionalizan sus conductas intransigentes e impositivas en forma de indignación moral, asegurando que actúan “por el bien del otro o por el bien común” y justifican sus comportamientos combativos como reacción a un ataque de los otros. Subliman sus comportamientos agresivos y coercitivos y sus creencias como imprescindibles para conseguir un fin social, religioso o político que servirá de redención de los demás o de la humanidad. Subliman, por otro lado, su actitud sumisa como lealtad a autoridades o ideologías por encima de los espurios intereses egoístas”. Íbidem.

143 “La representación del mundo que se hace el fanático es un lugar hostil que le ha producido multitud de frustraciones personales, originando un déficit de autoestima y de las que responsabiliza a los otros. Al mismo tiempo, ha ido asumiendo un sistema de valores según el cual el grupo (nacional, religioso, racial, social, sexual, etc.) al que pertenece el sujeto también ha sido víctima real o imaginaria de agravios”. Íbidem.

144 “Las personas fanáticas son normalmente irascibles, fácilmente irritables al ser contrariados sus postulados, no siendo infrecuente la hostilidad hacia los que no piensan como ellas. No comparten verdaderos sentimientos con los demás, tan sólo empatizan con sus correligionarios en los dogmas y creencias que les unen”. Íbidem.

145 “La anulación del yo individual y el intento de sobreponerse, por ese medio, a la intolerable sensación de impotencia, constituyen tan sólo un aspecto de los impulsos masoquistas. El otro aspecto lo hallamos en el intento de convertirse en parte integrante de alguna más grande y más poderosa entidad superior a la persona, sumergiéndose en ella. Esta entidad puede ser un individuo, una institución, Dios, la nación, la conciencia, o una compulsión psíquica. Al transformarse en parte de un poder sentido como incommovible, fuerte, eterno y fascinador, el individuo participa de su fuerza y gloria. Entrega su propio yo y renuncia a toda la fuerza y orgullo de su personalidad; pierde su integridad como individuo y se despoja de la libertad; pero gana una seguridad que no tenía y el orgullo de participar en el poder en el que se ha sumergido”. FROMM, *El miedo a la libertad*, versión castellana de Gino Germani, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2004, págs. 188-189.

del autor. La ley alude al “actuar motivado por...” y, si bien, existen móviles abyectos que únicamente son concebibles en la mente de un sujeto fanático, no resultaría ajustado al principio de culpabilidad el establecimiento de una agravante que se funde en, precisamente, un rasgo que dificultaría una motivación normal.

Además, si convenimos en que el fanatismo posee una dimensión cognitiva, veremos que, como resultado de ella, el sujeto fanático se vuelve presa de fuertes creencias, aislándose de los flujos de información a fin de evitar toda reflexión. Es por ello que su conocimiento -necesario para determinarse por motivos- se aparta de la racionalidad y sus actos -ligados o no al concepto de deber- van a ser fruto de una voluntad impropia del ser humano.

Como ya hemos señalado, la personalidad fanática es proclive a hacer abandono de la razón y a crear una representación hostil del mundo, siendo sus pensamientos, voluntad y actos, concordantes con su particular cosmovisión. De sus tendencias se deriva una conducta caracterizada por una escasa resistencia psíquica a la tentación, haciendo depender de la situación del momento la concreción de su belicosidad¹⁴⁶. Siendo esta una característica distintiva del sujeto fanático, difícilmente podríamos agravar la culpabilidad en atención a la parte caracterológica del juicio de reproche, puesto que la referida tendencia del autor, sumada a su odiosa convicción, hacen de él un sujeto fácilmente motivable en dirección a ciertos delitos. Es así como advertimos que, lejos de merecer un reproche más intenso -aunque bien podríamos reconocer una fuerte exigencia de luchar contra ese odio-, el actuar del fanático es muestra de una imputabilidad disminuida que debiera atenuar su responsabilidad o, en ciertos casos, eximirle de ella.

No quiere esto decir que el fanatismo -que no es una enfermedad mental ni está reconocido como trastorno de la personalidad en clasificación nosográfica alguna¹⁴⁷- derive forzosamente en la aplicación de la primera eximente de responsabilidad criminal: “El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por

146 “El que así actúa, además de no sentirse culpable de nada, experimente la satisfacción de estar cumpliendo un deber sagrado, de estar sirviendo, con la mayor fidelidad posible, a un gran ideal”. JAVALOY, *Introducción al estudio del fanatismo*, Edicions Universitat de Barcelona, Barcelona, 1984, págs. 9 y 10.

147 VILLAREJO, op. cit., cfr. pág. 139.

cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón”; sin embargo, creemos necesario tener en cuenta que el fanático podría presentar una anomalía o alteración psíquica que determina su personalidad en este sentido, afectando sus capacidades cognitivas¹⁴⁸ y volitivas, en cuyo caso, estaríamos ante la hipótesis del artículo 10 n°1 del Código penal y no podríamos atribuir el acto típico y antijurídico a su autor por faltar la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad; o bien, podría tener aplicación la eximente incompleta del artículo 11 n°1 y atenuar la responsabilidad por menor imputabilidad del autor.

148 “La mentalidad fanática es proclive a incurrir en graves distorsiones de percepción y pensamiento. Estas distorsiones se caracterizan por a) una enorme selectividad a la hora de buscar, captar y recordar información acerca de la realidad social circundante, dando prioridad absoluta a aquella información que es congruente con sus actitudes, valores y creencias, y b) tendencia al autoengaño (respecto a los propios defectos y fracasos) y a incurrir en el llamado sesgo del pensamiento desiderativo (confundir la realidad con el deseo y sobreestimar las probabilidades de que las cosas salgan como uno quisiera”. Ídem., pág. 141.

V. Conclusiones.

La culpabilidad tiene como aspecto medular el reproche que, a su vez, se apoya sobre la motivación y el carácter del agente, ambos aspectos que han de tener en consideración la exigibilidad de actuar de otro modo. Frente a las críticas que suscita el concebir a la culpabilidad como reprochabilidad, rechazamos la opinión que sostiene que aquella no es más que un criterio de limitación de la pena, encontrando ésta su sustento en consideraciones preventivas. La culpabilidad es un principio que tiene como presupuesto una concepción del hombre visto como un ser capaz de determinarse de acuerdo con el conocimiento que posee y en base a la representación de los resultados de sus actos.

Para la teoría normativa de la culpabilidad, en sus diversas concepciones, la consideración de los motivos es un aspecto que atañe a la culpabilidad. Motivo no debe ser confundido con fin o finalidad, puesto que el primero es considerado, sobre todo, como el impulso psíquico que determina la acción; mientras que el último se identifica con la representación final del resultado que el agente se propone conseguir, pudiendo tener las más diversas motivaciones.

Desde el punto de vista psicológico, hemos visto que los motivos están inseparablemente unidos a la construcción de la personalidad, de manera que todos nuestros actos representan intentos de adaptar la personalidad al medio. Puesto que la personalidad está integrada por el pensamiento, la voluntad y las acciones del ser humano, el proceso motivador no puede sino estar vinculado con los patrones de conducta distintivos de los sujetos.

La filosofía nos aporta diversas visiones de libertad y autonomía, de las que se deriva que todo acto o hecho volitivo, tiene como presupuesto el uso de la razón, entendida como un proceso reflexivo que lleva al sujeto a elegir entre las diversas representaciones -coincidentes o no con el deber-, de modo que todo acto al que se atribuya voluntad, ha de tener un poder de motivación en los términos antes señalados.

Desde el punto de vista dogmático -y tomando en cuenta las visiones psicológica

y filosófica-, los motivos forman parte del juicio valorativo de reproche; juicio que hace necesario el examen y valoración de los motivos que determinan la conducta humana, no bastando la materialidad del hecho.

Los motivos discriminatorios del hechor, son fundamento de agravación de la responsabilidad penal en diversos ordenamientos jurídicos. En Chile se ha introducido recientemente -por la ley 20.609- una agravante de carácter general que busca incrementar la punición de los delitos en que el móvil corresponda a una de las figuras allí catalogadas. Debemos hacer presente que -si bien esta agravante fue incorporada al Código penal, fruto de una ley orientada a proteger la igualdad y condenar la discriminación- todos los motivos enunciados en ella no pueden ser calificados como discriminatorios, advirtiéndose en seguida que el móvil ideológico se relaciona con una clase de intolerancia que no ve en el otro a un sujeto marginado y rechazado socialmente en razón de su menor valía, sino a un adversario que contraría sus postulados y que, por ello, impulsa su actuar delictivo dentro de un estado de exaltación muy propia del fanatismo.

Del estudio del fanatismo, hemos del concluir que existe una apreciable conexión entre la personalidad fanática y las patologías psiquiátricas -sin llegar a identificarse plenamente-, de tal modo que nos parece necesario poner de relieve el hecho de que en los casos en que un sujeto delinque cautivado por una ideología o creencia, sus capacidades cognitivas y valorativas debieran ser objeto de análisis, puesto que para atribuir (y graduar) responsabilidad en el acto típico y antijurídico, no debe bastar con la simple materialidad del hecho.

Bibliografía.

1. ABRAHAMSEN, DAVID, *Delito y psique*, versión de Teodoro Ortiz, Fondo de cultura económica, Pánuco México, 1ª ed., 1946.
2. ALONSO-FERNÁNDEZ, Francisco, *Psicosociología del terrorismo*, en *Anales de la Real Academia Nacional de Medicina*, Tomo XCVII, Madrid, 1980, págs. (207-223).
3. ANTOLISEI, FRANCESCO, *Manual de Derecho penal*, Parte general, Uthea, Buenos Aires, 1960.
4. BACIGALUPO, ENRIQUE, *Lineamientos de la Teoría del Delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1974.
5. BACIGALUPO, ENRIQUE, *Manual de Derecho penal*. Parte general, Editorial Temis, Santa Fé de Bogotá, tercera reimpresión, 1996.
6. BETTIOL, GIUSEPPE, *Derecho Penal*, parte general, editorial Temis, Bogotá, 1965.
7. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, parte general*, 3º edición Ariel Derecho, Barcelona, 1989.
8. BUSTOS, JUAN; HORMAZÁBAL, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal*, Editorial Trotta, Madrid, Vol. II, 1999.
9. BUSTOS, JUAN, *Manual de Derecho penal*. Parte general, Ariel Derecho. Barcelona, 3ª ed., 1989.
10. CEREZO MIR, JOSÉ, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1982.
11. CEREZO MIR, JOSÉ, *Derecho penal*, Parte general, Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2008.
12. DORADO, PEDRO, *La psicología criminal en nuestro Derecho legislado*, 2ª ed. corregida y aumentada, Hijos de reus editores, Madrid, 1910.

13. ENGISCH, KARL, *La teoría de la libertad de la voluntad en la actual doctrina filosófica del Derecho penal*, Traducción y notas del doctor José Luis Guzmán Dalbora, Editorial B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2006.
14. FERRATER, JOSÉ, *Diccionario de Filosofía*, 2 vols. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Tomo II, 5ª ed., 1965.
15. FERRI, ENRICO, *Sociología Criminal*, Centro Editorial de Góngora, Madrid, Tomo II, 1907.
16. FRANK, REINHARD, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, Traductores Gustavo Aboso y Tea Löw, Editorial B. de F. Montevideo-Buenos Aires, 2004.
17. FREUDENTHAL, BERTHOLD, *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*, Traducción y prólogo del doctor José Luis Guzmán Dalbora, Editorial B. de F., Montevideo- Buenos Aires, 2006.
18. FROMM, ERICH, *El miedo a la libertad*, versión castellana de Gino Germani, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2004.
19. GARRIDO MONTT, MARIO, *Derecho penal, Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, tomo I, 2001.
20. GOLDSCHMIDT, JAMES, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Editorial B. de F., Buenos Aires, 2ª. ed., 2002.
21. GONZÁLEZ PARADA, GUSTAVO, *De las circunstancias atenuantes y agravantes*, (Ley, doctrina y jurisprudencia chilenas), Editorial Samver, Concepción.
22. GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER, *La estructura de la teoría del delito*, Traducción de la 4ª edición alemana, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958,
23. HARTMANN, NICOLAI, *Ética*, Presentación y traducción de Javier Palacios, Editorial Encuentro, Madrid, 2011.

24. HESNARD, A, *Psicología del crimen*, traducción de José Ferrer Aleu, Ediciones Zeus, Barcelona, 1963.
25. JAVALOY, FEDERICO, *Introducción al estudio del fanatismo*, Edicions Universitat de Barcelona, Barcelona, 1984.
26. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de Derecho penal*, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, Tomo V, 1ª ed., 1956.
27. KANT, IMMANUEL, *Fundamentación metafísica de las costumbres*, Traducción de Manuel García Morente, Edición de Pedro M. Rosario Barbosa, San Juan, Puerto Rico, 1ª ed., 2007.
28. KANT, IMMANUEL, *Crítica de la razón práctica*, Traducción de J. Rovira Armengol, Editorial Losada, Buenos Aires, 2003.
29. LARRAÍN, HORACIO, *¿Pueblo, etnia o nación? Hacia una clarificación antropológica de conceptos corporativos aplicables a las comunidades indígenas*, en *Revista de Ciencias Sociales (CI)*, Universidad Arturo Prat, Iquique, número 002, 1993, págs. (28-53)
30. LAURENZO, PATRICIA, *La discriminación en el Código penal de 1995*, en revista *Estudios Penales y Criminológicos*, de la Universidad de Santiago de Compostela, nº XIX, 1996, págs. (219-288).
31. LAURENZO PATRICIA, *La discriminación por razón de sexo en la legislación penal*, en revista *Jueces para la Democracia*, nº 34, 1999, págs. (16-23).
32. LISZT, FRANZ, *La idea de fin en el Derecho penal*, Universidad Nacional Autónoma de México-Universidad de Valparaíso, EDEVAL, Valparaíso, 1ª ed., 1984.
33. MADERE, MICHELE, *I Motivi a delinquere*, en *Rivista Penale*, volumen 131, fascículo 03, marzo 2005.
34. MAGGIORE, GIUSEPPE, *Derecho penal*, Editorial Temis, Bogotá, Vol. II, 1954.

35. MEZGER, EDMUND, *La Culpabilidad en el moderno Derecho penal*, traducido por José Ma. Navarrete, publicaciones de los seminarios de la facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Vol. 14, 1956.
36. MEZGER, EDMUND, *Tratado de Derecho penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, Tomo II, 1946-1949
37. MILTON PERALTA, JOSÉ, *Motivos Reprochables*, Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal, Edición Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2012.
38. PARMA, CARLOS, *Culpabilidad lineamientos para su estudio*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997.
39. POLITOFF, SERGIO; ORTIZ, LUIS, *Texto y comentario del Código penal chileno* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo I, 2002.
40. POLITOFF, SERGIO, “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, Ius et Praxis, vol. 5, número 002, Universidad de Talca, Talca, 1999.
41. RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, *Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVI, Valparaíso, Chile, Primer semestre, 2011, págs. (397-428).
42. ROXIN, CLAUS, *Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el Derecho penal*, artículo traducido por Elena Carranza y Fabricio Guariglia, Congreso Argentino de Ciencias Penales, conferencia de Claus Roxin, dictada en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, el 6 de septiembre de 1996.
43. ROXIN, CLAUS, *Derecho penal*. Parte general, Traducción de la 2ª. ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Muguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, España, 1997.

44. SALAS ATRAIN, JAIME, *La nueva agravante del Código Penal de cometer un delito con motivación discriminadora*, Derecho y Proceso, hermenéutica de las normas, 30 de julio de 2012, disponible en <http://jaimesalasastrain.blogspot.com/2012/07/la-nueva-agravante-del-codigo-penal-de.html>, consultado el martes 23 de octubre de 2012.
45. SCHNEIDER, KURT, *Las personalidades psicopáticas*, Ediciones Morata, Madrid, 8ª edición, 1980.
46. SCHOPENHAUER, ARTHUR, *Los dos problemas fundamentales de la ética*, Traducción, introducción y notas Pilar López de Santa María, Siglo XXI de España editores, Madrid, 2ª ed., 2002.
47. SCHOPENHAUER, ARTHUR, *Metafísica de las costumbres*, Edición de Roberto R. Aramayo, Editorial Trotta, 2001.
48. SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, 5 vols., Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 3ª. Reimpresión total, tomo II, 1999.
49. SQUELLA, GUZMÁN, *Estudio Preliminar*, en *Estado de Derecho y dignidad humana*, de Werner Maihofer, traducción directa del alemán por el Dr. José Luis Guzmán Dalbora, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008.
50. STRATENWERTH, GÜNTER, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Traducido por Enrique Bacigalupo y Agustín Zugaldía Espinar, Universidad Complutense de Madrid, Instituto de Criminología, Madrid, 1980.
51. VILLAREJO, A, *Fanatismo: interés en psiquiatría forense penal*, en *Cuadernos de medicina forense*, Asociación andaluza de médicos forenses, Andalucía, Vol. 16, Nº. 3, 2010, págs. (137-144).
52. WELZEL, HANS, *Derecho penal alemán*. Parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 11ª ed., 1976.
53. WELZEL, HANS, *Derecho penal*. Parte general, Traducción de Carlos Fontán

- Balestra, Roque Depalma Editor, Buenos Aires. 1956.
54. WELZEL, HANS, *Teoría de la acción finalista*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951.
55. WESSELS, JOHANNES, *Derecho penal*. Parte general, Traducción de la 6ª. Ed. Alemana de 1976 por el Dr. Conrado A. Finzi, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980,
56. ZAFFARONI, EUGENIO, *Derecho penal*. Parte general, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2ª ed., 2003.
57. ZAFFARONI, EUGENIO, *Tratado de Derecho penal*. Parte general, 4 vols., Ediar, Buenos Aires, Tomo III, 1981.