

JOSÉ MILTON PERALTA

MOTIVOS REPROCHABLES

**Una investigación acerca de la relevancia
de las motivaciones individuales
para el Derecho penal liberal**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2012

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
AGRADECIMIENTOS	19
ABREVIATURAS UTILIZADAS	21
INTRODUCCIÓN	23
1. PANORAMA GENERAL DEL TRABAJO.....	23
2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA.....	26
3. UNA PRECISIÓN CONCEPTUAL: DISTINCIÓN ENTRE «ELEMENTOS DE ACTITUD INTERNA» PROPIOS E IMPROPIOS.....	28
4. UNA CUESTIÓN METODOLÓGICA: ACERCA DE LA FECUNDIDAD DE UN CONCEPTO ASÉPTICO DE «MOTIVOS».....	29
5. PRECISIONES ACERCA DE LA TERMINOLOGÍA	31

PRIMERA PARTE

JUSTIFICACIÓN DE LA RELEVANCIA DE LOS MOTIVOS DESDE LAS TEORÍAS DE LA PENA

CAPÍTULO I MOTIVOS Y RETRIBUCIÓN

1. FUNDAMENTOS.....	37
2. CUESTIONAMIENTOS	42
3. VINCULACIÓN CON LA «CONCEPCIÓN DE LA PREMEDITACIÓN» (ÜBERLEGUNGSKONZEPTION).....	46
4. HACIA UN DERECHO PENAL PREVENTIVO	51

**CAPÍTULO II
MOTIVOS Y PREVENCIÓN ESPECIAL**

1.	FUNDAMENTACIÓN	53
2.	CRÍTICA A LOS MOTIVOS COMO INDICADORES DE PELIGRO- SIDAD	54
2.1.	La contingencia de la peligrosidad	54
2.2.	Peligrosidad como impulso delictivo y grado de libertad	57
2.2.1.	Responsabilidad por la falta de libertad	58
3.	CRÍTICA AL MODELO PREVENTIVO ESPECIAL	63
3.1.	Defectos empíricos	63
3.2.	Defectos sistemáticos	65
3.3.	Defectos valorativos	67
4.	ESPACIO REAL PARA LOS MOTIVOS EN LA PREVENCIÓN ES- PECIAL	71

**CAPÍTULO III
MOTIVOS Y PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA**

1.	FUNDAMENTOS	75
2.	MOTIVOS Y PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA	77
2.1.	Motivos, reducción de la libertad y prevención general negativa....	77
2.2.	Motivos, menor libertad y legitimación de la pena ante el indi- viduo	78
3.	PROBLEMAS REALES Y APARENTES DE LA PREVENCIÓN GE- NERAL NEGATIVA	82
3.1.	Problemas empíricos	82
3.2.	Problemas sistemáticos	85
3.3.	Problemas valorativos	87
4.	ESPACIO REAL PARA LOS MOTIVOS EN LA PREVENCIÓN GE- NERAL NEGATIVA	89

**CAPÍTULO IV
MOTIVOS Y PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA**

1.	DISTINCIONES CONCEPTUALES	91
2.	PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA-INTEGRADORA	92
2.1.	Fundamentos generales de la teoría	92
2.2.	Motivos y prevención general positiva integradora	93

	Pág.
2.3. Prevención general positiva integradora y límites al Derecho penal.	94
2.3.1. Límites en el sentido de un autor responsable por un hecho.....	94
2.3.2. Límites en el sentido del concepto material de delito.....	96
2.4. Espacio real para los motivos en la prevención general positiva integradora.	97
2.4.1. Problema empírico	97
2.4.2. Problema valorativo.....	97
3. PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA CON EFECTOS PEDAGÓGICOS O EDUCATIVOS	99
3.1. Fundamentos	99
3.2. Motivos y prevención general con efectos educativos.....	100
3.3. Legitimidad del fin de la teoría	101
3.3.1. Legitimación como medio para proteger bienes jurídicos...	101
3.3.2. Legitimidad como medio para proteger normas sociales....	102
3.4. Prueba empírica y contingencia del respeto a los límites.....	104
3.5. Espacio real para los motivos en la prevención general con efectos educativos	107
3.5.1. Problemas empíricos	107
3.5.2. Problemas valorativos. Análisis especial de la posición de Heine.....	107
3.6. Último problema: moralización general	110
3.7. P. g. e. como respeto por el orden jurídico.....	113
3.7.1. Justificación del respeto a la norma por su pertenencia al orden normativo	114
3.7.2. Justificación de la p. g. e. en el respeto por el orden jurídico frente al individuo.....	116
3.8. Motivos y p. g. e. en el respeto por el orden jurídico.....	117

SEGUNDA PARTE

JUSTIFICACIÓN DE LA RELEVANCIA DE LOS MOTIVOS DESDE LA TEORÍA DEL DELITO

CAPÍTULO I

DETERMINACIÓN DE LA PENA, CULPABILIDAD Y DOGMÁTICA

1. CULPABILIDAD COMO LÍMITE Y LEGITIMIDAD DEL CASTIGO.....	121
1.1. Presentación del problema.....	121
1.2. Dogmática y culpabilidad como límite.....	125

	Pág.
1.3. Generalidades sobre una determinación de la pena con base dogmática.....	128
1.4. Aproximación a la función del injusto y la culpabilidad en la determinación de la pena.....	129
1.5. El desarrollo del plan de vida.....	132
2. CONSECUENCIAS PARA LOS MOTIVOS DEL DELITO.....	133

CAPÍTULO II
**PRINCIPIO DE IGUALDAD Y MOTIVOS. EL PROBLEMA
DE LA «INVERSIÓN DEL ARGUMENTO»**

1. LA INVERSIÓN DEL ARGUMENTO.....	137
2. LA BASE TEÓRICA PARA LA «INVERSIÓN DEL ARGUMENTO»: LA TEORÍA DEL ESPACIO DE JUEGO.....	138
3. IMPOSIBILIDAD DE CONTROL DE LA «INVERSIÓN DEL ARGUMENTO».....	141
4. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA «INVERSIÓN DEL ARGUMENTO».....	144
5. DISTINCIÓN ENTRE JUSTIFICACIÓN GENERAL DEL CASTIGO Y MODO DE DISTRIBUCIÓN.....	147

CAPÍTULO III
¿LOS MOTIVOS COMO FACTOR DE VARIACIÓN DEL INJUSTO?

1. INTRODUCCIÓN Y FALACIA DE REMISIÓN.....	151
2. MAYOR GRAVEDAD DEL INJUSTO OBJETIVO-MAYOR «DISVALOR DE RESULTADO».....	154
2.1. La existencia de una lesión más intensa.....	154
2.2. La lesión de dos normas como fundamento de la agravante.....	157
2.3. El daño físico o psíquico como fundamento de la agravante.....	160
3. MAYOR GRAVEDAD DEL INJUSTO SUBJETIVO-MAYOR «DISVALOR DE ACCIÓN».....	163
3.1. Motivos y concepto complejo de dolo.....	164
3.2. Motivos y justificación de la pena más grave del dolo directo.....	166
3.3. Intentos justificatorios de la relevancia de la intención.....	168

CAPÍTULO IV
**¿LOS MOTIVOS COMO FACTOR DE VARIACIÓN
DE LA CULPABILIDAD?**

1. GENERALIDADES ACERCA DE LA CULPABILIDAD.....	175
---	-----

	Pág.
2. CULPABILIDAD DE ACTITUD INTERNA (<i>GESINNUNGSS- CHULD</i>)	176
2.1. La posición de Schmidhäuser	176
2.2. Crítica. Remisión	178
2.3. Heterogeneidad del argumento. La posición de Kelker y Köhler...	181
3. CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN. ANÁLISIS PARTICULAR DE LA POSICIÓN DE JAKOBS.....	185
3.1. Culpabilidad y prevención en sentido descriptivo	185
3.2. Culpabilidad y prevención en sentido prescriptivo.....	187
3.3. Culpabilidad preventiva y motivos	188
3.4. Otro sentido prescriptivo de la relación entre culpabilidad y pre- vencción.....	191
4. CULPABILIDAD COMO IMPUTACIÓN.....	193

TERCERA PARTE

MOTIVOS REPROCHABLES COMO NEGACIÓN DE ALGÚN GRADO DE JUSTIFICACIÓN DEL HECHO

CAPÍTULO I

LA FUNCIÓN HEURÍSTICA DE LOS MOTIVOS REPROCHABLES. INTRODUCCIÓN A LA HIPÓTESIS DE SOLUCIÓN

1. VINCULACIÓN ENTRE MOTIVOS Y JUSTIFICACIÓN DE UNA CONDUCTA	199
1.1. Introducción	199
1.2. Sobre la graduabilidad de las causas de justificación	202
1.3. Sobre la relación entre motivos y causas de reducción del ilícito. La tesis de Müssig.....	207
1.4. Regulación positiva del exceso y motivos reprochables.....	210

CAPÍTULO II

MOTIVOS Y GRADUACIÓN DE LAS REGLAS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

1. LEGÍTIMA DEFENSA Y MOTIVOS	213
1.1. Legítima defensa y exceso	213
1.2. Motivos reprochables y reducción del injusto por circunstancias relacionadas con la legítima defensa	215
1.2.1. Provocación, responsabilidad del provocado y del provo- cador. La tesis de Müssig.....	216
1.2.2. Situaciones próximas al exceso	224

	Pág.
1.2.3. La cualidad de requerida o adecuada de la legítima de- fensa	227
1.3. Casos de exceso, consentimiento y victimodogmática	228
1.3.1. Fundamento de la insolidaridad en la legítima defensa	228
1.3.2. Fundamento de la atenuación ante circunstancias cercanas a la provocación. La tesis de Müssig	231
1.4. Motivos reprochables y ausencia total de justificación	236

**CAPÍTULO III
MOTIVOS Y GRADUACIÓN DE LAS REGLAS DEL ESTADO
DE NECESIDAD**

1. MOTIVOS REPROCHABLES Y ESTADO DE NECESIDAD	241
1.1. Principios generales del estado de necesidad	241
1.2. Requisitos específicos	243
1.3. Casos de exceso en estado de necesidad y su vinculación con los motivos reprochables.....	244
1.3.1. Casos de exceso	244
1.3.2. Motivos reprochables como falta absoluta de necesidad....	249
1.4. Discusión acerca de la posibilidad conceptual de casos de exceso en estado de necesidad. Sobre la ingraduabilidad de los deberes de solidaridad	252
1.4.1. El problema del homicidio en estado de necesidad.....	255

**CAPÍTULO IV
ACLARACIÓN DE ALGUNAS CUESTIONES BÁSICAS**

1. EL CARÁCTER OBJETIVO DE LOS MOTIVOS REPROCHABLES. SOBRE SU VALORACIÓN LEGÍTIMA E ILEGÍTIMA	262
1.1. Los elementos subjetivos en la exclusión del ilícito penal	262
1.2. Los elementos subjetivos del injusto en la determinación de la pena.....	266
1.3. Relación entre motivos y culpabilidad	269
1.4. Dos casos paradigmáticos.....	271
2. MOTIVOS Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN: LA IMPOSICIÓN DE LAS RAZONES JUSTIFICANTES.....	276
2.1. La imposición de valores en general	276
2.2. La imposición de valores en casos de socialización diferente.....	278

CAPÍTULO V
NUEVAS SOLUCIONES Y NUEVOS PROBLEMAS

1.	EL PROBLEMA CON LOS MOTIVOS QUE FUNDAMENTAN EL ILÍCITO	283
1.1.	Excurso. El problema del «ánimo de apropiación» en el hurto.....	288
2.	LA NECESIDAD DE ADMITIR GRADUACIÓN PARA LA PENA DEL ASESINATO.....	291
2.1.	El problema de la alevosía.....	294
2.2.	El problema del ensañamiento.....	296
2.3.	El problema del homicidio <i>criminis causae</i>	300
3.	LA COMPATIBILIDAD DE LA AGRAVANTE GENÉRICA POR MOTIVOS DISCRIMINATORIOS	303
4.	SOLUCIÓN A OTROS PROBLEMAS QUE SE PRESENTABAN BAJO LA ANTIGUA CONCEPCIÓN DE LOS MOTIVOS.....	305

CAPÍTULO VI
CONCLUSIONES GENERALES

ANEXO DE NORMAS CITADAS	313
BIBLIOGRAFÍA.....	321

INTRODUCCIÓN

1. PANORAMA GENERAL DEL TRABAJO

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)¹.

Estas previsiones generan dos reacciones opuestas. Por un lado, la agravante parece intuitivamente acertada. Los hechos delictivos cometidos con esta clase de motivaciones despiertan una reacción adversa más intensa y parecen, en algún sentido, más «graves» que aquellos cometidos por otro tipo de motivaciones. Por el otro lado, a la luz de ciertos principios liberales, estas variaciones de pena también podrían considerarse injustificadas. Se podría afirmar que las agravantes basadas exclusivamente en los motivos del autor expresan la censura de meras «actitudes internas» independientes del «hecho» disvalioso ya censurado suficientemente con la sanción del hecho básico. Se podría afirmar que se castigan meros pensamientos² en contradicción con las premisas de un Estado liberal³.

Para dilucidar si alguna de las dos reacciones es la correcta, en primer lugar, se debe determinar la razón por la que aquí se requiere una pena mayor a los casos en que no se obra con motivaciones semejantes. Establecido esto, en segundo lugar, se debe evaluar si la razón que torna imperativa una pena más elevada se encuentra justificada de conformidad con un Derecho

¹ En el ámbito angloamericano la situación no parece ser diferente, cfr. MOORE/HURD, *Hatred*, 1082 ss.; y HUSAK, *Motive*, 3.

² KÜHL, *Rechtspflichten und Tugendpflichten*, 148 ss.

³ NINO, *Ética*, 204 ss.

penal legítimo. En el Derecho penal, tanto sustantivo como adjetivo, es usual que circunstancias que despiertan una reacción adversa o que, con apoyo en ciertas premisas, indican una mayor necesidad de castigo, luego de un análisis más detenido, no puedan ser legítimamente valoradas⁴. Esto se debe a que la forma de castigo estatal, al menos conforme a las premisas de un Estado liberal, se encuentra sometida a ciertas restricciones a las que no se encuentran circunscritas otras formas de castigo, como las estrictamente morales o sociales.

Una justificación insuficiente conforme a ciertos parámetros, empero, no supone abandonar sin más los institutos o regulaciones analizados. Antes bien, en tanto la intuición inicial siga vigente, se deben evaluar alternativas que no se encuentren reñidas con las premisas consideradas valiosas. Este es el modo en que usualmente se hace dogmática con numerosos problemas penales. Así, sólo para dar un ejemplo, la dudosa legitimidad de la tentativa inidónea conforme a ciertas justificaciones de la pena o del Derecho penal (en especial para quienes el resultado es constitutivo del delito) no ha conducido, en general, a una propuesta de derogación, sino, por el contrario, al desarrollo de nuevas teorías que procuren dar cuenta legítimamente de la regulación con apoyo en otros parámetros.

El problema de la agravante sobre la base de los motivos no ha transitado por un camino diferente. Ante el fracaso de ciertos esquemas teóricos de justificación se han sucedido esfuerzos para analizar su posible legitimidad con apoyo en fundamentaciones alternativas. Nuestro trabajo seguirá esta misma línea. Se parte de la hipótesis de que es posible explicar y justificar la relevancia de los motivos para el Derecho penal de modo compatible con las restricciones a las que este se encuentra atado. Luego del análisis crítico de concepciones alternativas, se intentará demostrar que se puede dar cuenta de esta variación de pena, sin necesidad de dejar de lado las premisas de un Derecho penal de acto.

El trabajo se desarrollará en tres partes. Luego de una introducción metodológica, en la primera parte se analizará la cuestión desde la perspectiva de las teorías de la pena. Existen dos razones para comenzar por aquí. En primer lugar, debido a que la mayoría de la doctrina que trata el tema fundamenta la relevancia de los motivos o bien sobre la base de una mayor inmoralidad en el autor o bien sobre la base de puras necesidades de prevención. Los defensores de estas posturas sostienen que las teorías que justifican el castigo en general pueden, por sí mismas y directamente, justificar también estas agravantes. En segundo lugar, porque este tipo de argumentación constituye una base para el posterior análisis crítico de otra clase de argumentaciones. En particular, las justificaciones retributivo-moralistas y las derivadas de la prevención general positiva luego ejercen una fuerza importante sobre

⁴ SANCINETTI, *Disvalor*, 142 y 156.

esquemas argumentativos vinculados a la teoría del delito. Lo que se diga respecto de las teorías de la pena, desde un marco más general, será también de utilidad para posteriormente entender y criticar análisis desde la teoría del delito, que parten de un marco más reducido.

Se analizarán cuatro grandes modelos de justificación, que se corresponden con los cuatro capítulos respectivos que conforman esta primera parte: la justificación retributivo-moralista, la preventivo especial, la justificación preventivo general negativa y, por último, la preventivo general positiva. No se realizará, empero, un análisis histórico del tema sino uno conceptual-normativo, procurando dar cuenta de las premisas y las consecuencias de los diferentes modelos de justificación. Se apelará a cuestiones históricas sólo en cuanto éstas tengan relevancia explicativa para la tarea emprendida o sean útiles para poner de manifiesto las consecuencias de ciertas posturas.

En la segunda parte del trabajo se analizará la relevancia de los motivos desde la teoría del delito. Luego de expuestos los problemas principalmente valorativos que presenta una justificación exclusivamente utilitarista de la mensuración de la pena, en el primer capítulo de esta segunda parte se postulan los criterios generales para otorgarle a dicha tarea una base legítima. La mensuración del castigo ya no se deberá vincular en forma directa a las teorías de la pena, sino, por el contrario, a la teoría del delito, con todas las consecuencias que de ello se siguen. En el segundo capítulo, y antes de entrar de lleno a la relación entre motivos y teoría del delito, se analiza y rechaza una clase de justificación de los motivos que pretende dar cuenta de la «ausencia de» motivos reprochables como una causal de «atenuación», por falta de necesidades preventivas, de una pena ya fijada conforme a la dogmática. Una vez hecho esto, en el tercer capítulo se evalúa la posibilidad de que los motivos indiquen un aumento del ilícito penal, ya sea por incremento de su parte objetiva o de su parte subjetiva. En el último capítulo, se analiza la muy pregonada relación de los motivos con la idea de responsabilidad individual. En ninguno de estos casos las teorías puestas a prueba podrán superar el escrutinio de un Derecho penal liberal.

Finalmente, en la tercera parte se propone una teoría que puede dar cuenta de la variación de la pena basada en los motivos aun sin apartarse de una estructura de análisis exclusivamente dogmática y, en este sentido, liberal. Esta alternativa, que trata de ser fundamentada aquí suficientemente, es posible gracias al establecimiento de una conexión entre este problema y el de las causas de reducción del ilícito. En el primer capítulo se desarrollan los principios generales de esta propuesta. En el segundo, se analiza detalladamente el problema en relación con el instituto de la legítima defensa, considerando especialmente el trabajo que ha constituido sin duda el primer gran paso en este sentido, la obra del *Bernd Müssig*. En el tercer capítulo se trata la relación entre motivos y estado de necesidad. En el cuarto, se aclaran algunas cuestiones básicas, útiles para comprender cabalmente las consecuencias

de la teoría, a la vez que se explicitan algunas consecuencias puntuales no evidentes. Finalmente, en el quinto capítulo se analiza la repercusión de esta postura sobre algunas partes de la regulación positiva tomando en consideración especialmente el ordenamiento argentino.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA

El tratamiento de la relevancia penal de los motivos ha sido objeto de algunos estudios centrales sólo en el extranjero. No existen en Argentina monografías o trabajos dirigidos a analizar este problema. Sólo Sancinetti se ha detenido en ello en su conocida primera tesis doctoral⁵, pero no se puede decir que constituya el tema central de su investigación. En otras latitudes, particularmente en Alemania, que es hacia donde hemos enfocado principalmente nuestra investigación, la situación 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 problema⁶. Por supuesto, existen decenas de monografías, especialmente en el ámbito foráneo, dedicadas a tratar este tema y en casi cualquier manual de Derecho penal se hace mención al tema y procura explicarse, aunque sólo sea someramente, su importancia. Los motivos también suelen ser objetos de referencia en ciertos trabajos sobre la determinación de la pena, pues su importancia reside, principalmente⁷, en que constituyen un factor que agrava el castigo. De todos modos, ni siquiera en Alemania se puede decir que el asunto haya centrado el análisis de los intereses científicos. En comparación con otros problemas del Derecho penal, sobre esto no se ha escrito prácticamente nada.

Sin embargo, ni su importancia práctica es menor ni su fundamentación normativa es clara. Los motivos, además de ser usualmente una agravante del homicidio y de algunos otros delitos puntuales, son relevantes para la determinación de la pena de cualquier delito según las reglas de la mensuración del castigo que los ordenamientos positivos suelen tener en su parte general. Para determinar la pena concreta se debe preguntar casi siempre por los motivos del agente. No obstante, su inclusión como factor relevante para el castigo no resulta obvia en absoluto⁸. Bajo ciertas premisas, es inclu-

⁵ SANCINETTI, Disvalor, 301 y ss.

⁶ Existen trabajos anteriores, pero no han tenido mayor influencia en la discusión.

⁷ Los motivos también pueden ser relevantes para el «sí o no» de la pena. En estos casos no agravan, sino que autorizan la punibilidad. Cfr. con detalle *infra* segunda parte, capítulo II, apdo. 3 y tercera parte, capítulo V, apdo. 1.

⁸ STRATENWERTH, Gesinnungsmerkmale, 190; KÜHL, Rechtspflichten, 148.

so hasta contradictoria. Si el injusto es caracterizado como la conducta que produce «dañosidad social»⁹, los motivos no encuentran una justificación evidente, porque prima facie la mera motivación no produce daño alguno. Definida la culpabilidad como mera «aprehensibilidad normativa»¹⁰ o como reprochabilidad por la «evitabilidad de la *conducta*»¹¹, no parece haber espacio alguno para los motivos, pues no es visible ninguna conexión entre estos y aquellos conceptos. Debido a la ausencia de un punto de referencia claro para analizar el problema, existen al respecto fundamentaciones completamente heterogéneas que dificultan establecer concretamente cuál es su relevancia jurídico-penal.

Esto se debe, principalmente, a que los motivos no dejan de ser, en primera instancia, algo interno ajeno a la esfera pública que puede ser objeto de control penal. De allí que a veces se los denomine, además de motivos o razones (*Motive, Beweggründe* o *Triebfeder*), elementos de ánimo o actitud interna (*Gesinnungsmerkmale*). En principio, bajo conceptos liberales de injusto y culpabilidad, la actitud interna del autor no puede desempeñar papel alguno. Esto es lo que ha llevado a que un sector importante de la doctrina haya realizado un intento de justificación de la relevancia de los motivos exclusivamente desde la teoría de la pena. Valiéndose de la escisión común entre las reglas del «cuánto» de la pena, normalmente vinculadas directamente a las teorías de la pena, y las reglas del «sí o no», vinculadas, generalmente, sólo a la teoría del delito, la medición de la pena puede ser al menos parcialmente independiente del delito cometido. Esta empresa, no obstante, tampoco ha logrado algún grado de uniformidad y se aducen al respecto todo tipo de «necesidades preventivas» como justificación de la variación de pena basada en los motivos. Aquí también existe entonces una anomia destacada.

Los pocos trabajos centrales sobre el tema, su importancia práctica y la ausencia absoluta de claridad en cuanto a fundamentación penal justifican la elección del tema para una investigación doctoral.

La heterogeneidad de los argumentos utilizados, a su vez, genera un esfuerzo distinto al que se suele hacer en una investigación jurídico-penal. El análisis recaerá primero sobre la teoría de la pena, luego sobre la determinación de la pena y, finalmente, sobre la teoría del delito. Las investigaciones tradicionales, aunque sin desatender los otros aspectos, se suelen centrar sólo en una de estas áreas e, incluso, en sectores particulares de éstas. La autorrestricción a la que se someten normalmente los penalistas es, por supuesto, deseable. No se puede pretender decir en una investigación algo interesante sobre todo aspecto penalmente relevante. Pero en nuestro caso,

⁹ ROXIN, ATI, 7/42; SCHÜNEMANN, Sistema propio, 11.

¹⁰ ROXIN, ATI, 19/36.

¹¹ SCHÜNEMANN, Sistema propio, 11 (la cursiva es mía).

por las razones dadas, esto ha sido imposible. La investigación tiene por ello cierto carácter transversal dado que se trabaja sobre varias áreas del Derecho penal. En algún punto, el problema de la relevancia de los motivos hace las veces de un *Aleph* en el que se reflejan simultáneamente varios problemas del Derecho penal y funciona, así, como un buen banco de pruebas para evaluar la liberalidad y coherencia de un determinado sistema de responsabilidad penal.

3. UNA PRECISIÓN CONCEPTUAL: DISTINCIÓN ENTRE «ELEMENTOS DE ACTITUD INTERNA» PROPIOS E IMPROPIOS

Es usual que se vinculen los motivos con otros factores también enumerados en el tipo penal del asesinato u homicidio calificado¹². Pero esto no es aconsejable debido a que no todas las circunstancias enumeradas por el legislador responden a una única razón. En el art. 80 del CP ar., por ejemplo, se mencionan casos que deben ser excluidos del análisis, porque tienen una clara relevancia objetiva. Esto sucede con las agravantes por la generación de un peligro común¹³ [art. 80.5; también el § 211.b) StGB], por el obrar con el concurso de dos o más personas (art. 80.6) o por la utilización de un procedimiento insidioso (art. 80.2 CP ar.). En el primer caso, la agravante se explica porque la conducta del agente abarca el resultado concreto de la muerte del sujeto A más el peligro concreto de la muerte de los sujetos B, C, D¹⁴. Existe aquí, objetivamente, un peligro adicional no implicado por cualquier homicidio. El obrar con el concurso premeditado de dos o más personas, por su parte, disminuye las posibilidades de defensa de la víctima. *Ceteris paribus* no es lo mismo defenderse frente a uno que frente a varios. Y la utilización de un procedimiento insidioso también responde al mayor peligro que corre el destinatario de éste, al no poder precaverse de la manobra agresiva.

Es cierto que prácticamente cualquier elemento relevante para la responsabilidad penal puede ser también explicado desde un punto de vista subjetivo. De este modo lo hacían los neonormativistas¹⁵ y mucho tiempo después, aunque desde la perspectiva del Derecho penal de autor criminológico, también autores de otras corrientes, por lo menos al analizar los factores relevantes para la medición del castigo¹⁶. Si se quiere, incluso la diferencia

¹² Cfr. entre otros, SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale*, 226 ss.; ESER, *Gutachten*, 171 ss.; KELKER, *Gesinnungsmerkmale*, 527 ss.

¹³ BGH, JA 2006, 11.

¹⁴ CREUS/BUOMPADRE, PE, 36 ss.

¹⁵ DAHM, *Methodenstreit*, 233, 260, 263 ss. y *passim*; DAHM, *Tätertyp*, 25 y ss.

¹⁶ NÚÑEZ, DPA, 452 y ss.; MARCHIORI, *Individualización*, *passim*; al respecto, JAHN, *Mord*, 88. También puede ser leída así la fundamentación de S/S/ESER, 29, § 211.

de pena entre distintos tipos de delitos puede explicarse de esta manera. La mayor pena del robo respecto del hurto podría tener su razón de ser en que quien roba es más peligroso o más inmoral que aquel que sólo hurta. Pero mientras la diferencia entre el robo y el hurto o entre el homicidio común y el homicidio con insidia *también* puede ser explicada objetivamente por el mayor daño o peligro que se ocasiona, los motivos, en principio, *sólo* pueden ser explicados subjetivamente¹⁷.

Esta distinción entre los elementos que califican al homicidio y tienen, en principio, una exclusiva referencia interna y aquellos que tienen por lo menos también una referencia externa es reconocida por la doctrina. A los primeros se los denomina «elementos de ánimo *propios*» y a los segundos «elementos de ánimo *impropios*»¹⁸. En el medio de estas dos categorías están ubicados casos más difíciles de delinear, como la alevosía y el ensañamiento. No profundizaremos sobre esta tercera categoría ahora. A lo largo del trabajo se tomarán como modelo del problema los casos centrales de los elementos de ánimo «*propios*», *i. e.* homicidio por placer, codicia, odio racial o religioso. Luego se verá si esto tiene un reflejo sobre cuestiones más complejas como el ensañamiento, la alevosía e, incluso, el homicidio *criminis causae*¹⁹. En ningún caso, sin embargo, serán objeto de esta investigación aquellos supuestos designados como elementos de ánimos «*impropios*» cuya relevancia también puede ser convincentemente explicada ya desde una perspectiva exclusivamente objetiva.

4. UNA CUESTIÓN METODOLÓGICA: ACERCA DE LA FECUNDIDAD DE UN CONCEPTO ASÉPTICO DE «MOTIVOS»

El establecimiento de una definición neutral del concepto «motivo» ha sido un punto importante para algunos de los que ocupado de este problema. La metodología ha sido la de definir, en primer lugar, el significado de este término o del de «actitud interna» o expresiones similares según el uso del lenguaje para luego, en un segundo momento, extraer de allí consecuencias para el Derecho penal²⁰. Este es, no obstante, un procedimiento equivocado y engañoso.

Es equivocado, porque un Derecho penal orientado políticamente²¹ no puede desprenderse de las consecuencias valorativas de cierta

¹⁷ Así S/S/LENCKNER, Vor. § 13 ss., n/m 122; JESCHECK/WEIGEND, AT, 472 ss.

¹⁸ ROXIN, AT, 10/78 y ss.; S/S/LENCKNER/EISELE, comentarios previos al §§ 13, nm. 122; JESCHECK/WEIGEND, AT, 472 y ss.; KELKER, Gesinnungsmerkmale, 162 ss.

¹⁹ Cfr. al respecto, *infra* tercera parte, capítulo V, apdo. 2.

²⁰ SCHMIDHÄUSER, Gesinnungsmerkmale, 24 ss.; HEINE, Beweggründe, 121 ss.

²¹ ROXIN, Política criminal, *passim*; SCHÜNEMANN, Sistema propio, 10 ss.; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, 43 ss., 67 ss. y 149 ss.; BACIGALUPO, Punibilidad, 21 ss., entre otros.

definición, por lo menos si se asume que no existe una sola concepción posible. Por el contrario, lo primero que debe preguntarse un penalista preocupado por las consecuencias de ciertas interpretaciones es cómo pueden ser entendidos dichos elementos a efectos de su posible legitimidad. La definición de los motivos debe ser *dependiente* de aquello que haga legítimo al Derecho penal. No es correcto preconcebir el concepto de motivos de una manera independiente de valoraciones²².

Es engañoso, porque en rigor las definiciones tampoco son asépticas. Generalmente, se vincula el concepto de motivos de forma directa a alguno de los fines de la pena. Pero no se hace abiertamente, diciendo que se elige una determinada definición del término «motivos», porque de esta forma también se puede dar cuenta de cierto fin de la pena. Al contrario, se elige la concepción más afín encubiertamente, al definir primero los motivos conforme a un supuesto uso común del lenguaje, para luego evaluar si «por casualidad» con esa definición se puede dar cuenta de los objetivos políticos asignados al Derecho penal. Ciertamente, puede ser necesario que alguna teoría de la pena pueda, plausiblemente, dar cuenta de los motivos para recién afirmar que ésa es la comprensión «correcta» de su relevancia jurídico-penal. Pero existen varias concepciones de la pena que pueden cumplir ese cometido por lo que la correcta definición del término «motivos» depende, en rigor, de una elección de aquélla con mejores consecuencias valorativas. Así, por ejemplo, su tratamiento dentro de la prevención especial en el sentido *lisztiano* conduce necesariamente a otorgarle un contenido más emocional e impulsivo asociado a la pérdida de autocontrol del agente. En cambio, para un concepto más vinculado al aspecto comunicativo, lo relevante para definir el concepto de motivo será su desafío al derecho y, así, su aspecto intelectual.

En los hechos, aunque la metodología de análisis no sea siempre explicitada, la definición «descriptiva» que se formula suele coincidir con los fines de la pena o del Derecho penal que cada autor considera legítimos, lo cual no es más que encubrir una prescripción bajo el manto de la descripción. Nosotros seguimos otro camino. En primer lugar, efectivamente tratamos de evaluar la compatibilidad o capacidad de las teorías de la pena para dar cuenta de los motivos. Pero, posteriormente, evaluamos su plausibilidad a la luz de ciertas premisas valorativas que le otorgan legitimidad al Derecho penal. Debido a ello, ciertas comprensiones de los motivos, aunque compatibles con ciertos fines de la pena, deben ser descartadas a causa de defectos valorativos. Debe quedar claro, entonces, que el concepto de motivos que se

²² JAKOBS, *Beweggründe*, 489 ss.; ESER, *Gutachten*, 50 ss. Esto se puede discutir algo más cuando se analiza el art. 41 del CP ar., pues allí se habla de «mayor o menor peligrosidad» con un marcado sentido preventivo especial. Sin embargo, esto también depende de qué es lo que ha tenido en mente el legislador al mencionar la palabra «peligrosidad» en el CP argentino y, en última instancia, de si eso es legítimo. Cfr. *infra* el segundo capítulo de la primera parte.

busca estará siempre condicionado por ciertas premisas político criminales o normativas.

5. PRECISIONES ACERCA DE LA TERMINOLOGÍA

En este texto se usará la expresión «motivos reprochables» por lo que es necesario aclarar exactamente a qué se hará referencia con ello. Primero para explicar por qué usamos la expresión motivos, cuando también existen otras alternativas y, segundo, para aclarar qué significa «reprochables» y por qué elegimos este adjetivo en lugar de otros aparentemente posibles. Por último, se debe explicar la vinculación que existe entre los casos que representan paradigmáticamente el problema en cuestión, me refiero a los casos de homicidios por odio, y los casos de delitos finalmente condicionados, es decir, aquellos en los cuales el delito no se explica tanto en referencia a la preposición «por», sino a la preposición «para».

Respecto al primer punto, 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»²³ o «elementos de actitud interna»²⁴. La utilización de esta terminología se debe, en Schmidhäuser y otros autores alemanes, a que en aquel país el propio StGB en el § 46, 2), cuando explicita los principios de medición de la pena, menciona, además del término motivos (*Beweggründe*) y objetivos (*Ziele*), la actitud interna (*Gesinnung*) demostrada por el autor en el hecho. El legislador argentino y el español, por el contrario, sólo hablan de motivos, por lo que la utilización de este término parece aquí la más adecuada. Pero esto no debe ser entendido como una toma de postura sobre la solución al problema. Como ya lo expusieramos, esto es algo que resultará del trabajo y no que lo precederá. En cualquier caso, ni siquiera en la propia discusión alemana se toma demasiado en serio esta distinción aparentemente denotada por el código entre «motivos» y «actitud interna» y la discusión del problema se realiza, a veces, indistintamente bajo cualquiera de esas denominaciones²⁵. Así, por ejemplo, Heine trata exactamente los mismos casos que Schmidhäuser y mientras el primero los denomina «motivos abyectos» (*niedrige Beweggründe*) el segundo los llama «elementos de actitud interna». Nosotros seguimos, generalmente, la denominación motivos, pero bajo ella se analizan los mismos problemas que a veces son denominados también de esta otra forma²⁶.

²³ Así la traducción de Ramírez y Yáñez Pérez a la obra de WELZEL, DPA, 95.

²⁴ Así la traducción de Diego Manuel Luzón Peña del tratado de ROXIN, PG, 10/78.

²⁵ STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 8/131 y ss. figura entre las excepciones.

²⁶ No se desconoce, por cierto, que, en algunas ocasiones, también se habla de «actitud interna» para explicar o justificar otras cosas cuya vinculación con la idea de motivos es más difícil de percibir. Con ella también se hace referencia, a veces, a la distinción valorativa entre dolo directo

En cuanto al adjetivo, se ha optado por el uso de la palabra «reprochable» en lugar de, por ejemplo, «abyecto» o «banal». Esto se debe a que estas últimas expresiones son infraincluyentes. Abyecto, según el diccionario de la Real Academia Española, es aquello «despreciable, vil en extremo». No todos los motivos que agravan los delitos reúnen en sí mismos tales características. En especial, la «codicia» y el «placer», como tales, no son motivaciones de este tipo. Obrar por estas razones es algo, en general, considerado socialmente aceptable o, si no, cuanto menos no calificado de despreciable o vil en extremo. Por el contrario, el «odio racial o religioso» sí puede ser considerado como algo plenamente abyecto. Lo cierto es, no obstante, que los ordenamientos suelen colocar a todos estos motivos en el mismo nivel. En particular, en Argentina y en Alemania (art. 80 y § 211, respectivamente), donde tanto la «codicia» como los motivos propiamente «abyectos» conducen a una pena fija, donde no existe siquiera espacio en la determinación de la pena para hacer alguna distinción cuantitativa que pueda reflejar alguna diferencia cualitativa entre el actuar por codicia o placer, por un lado, y el obrar por odio racial o religioso, por el otro.

En cualquier caso, las variaciones, especialmente las agravantes, tienen todas el mismo problema: si se basan en la motivación del autor y no en el daño a terceros subjetivamente imputable parecen ir más allá de lo que permite el Derecho penal de acto. Por ende, todas deben ser sometidas al mismo estudio. La terminología «reprochables» permite incluir los casos especialmente despreciables y los casos que no llegan a ese extremo, siempre que vayan acompañados de incrementos de pena. Se puede decir que reprochables tiene el defecto de ser sobreincluyente, porque en principio todo motivo que no revista un carácter positivo (como la compasión o el altruismo) es un motivo reprochable para cometer un delito. Esto conduciría a la necesidad de hablar de motivos «especialmente» reprochables. Pero esta terminología, quizás más precisa, tornaría la lectura del trabajo en algo un tanto tedioso. Por ello, a modo de estipulación se utilizará aquí el adjetivo reprochable como comprensivo de los motivos que normalmente agravan el delito, puedan ser ellos calificados de abyectos o no.

Por último, parece relevante también distinguir entre «motivos» y «objetivos (fines)» de la acción. Los motivos harían referencia a *por qué* obró el agente, mirando hacia el pasado, y los objetivos a *para qué* realizó su conducta, mirando más bien hacia el futuro. Así, se puede distinguir entre quien obra para ganar dinero, porque quiere salir de su situación de pobreza, de

y eventual, o entre dolo eventual y culpa consciente. Sin embargo, no creo que se pueda decir que esto sea lo más común, sino que la discusión de estos temas, por regla general, se desarrolla bajo otras denominaciones como «dolo», «elementos subjetivos del ilícito», etc., dejándose, por lo general, el uso de la palabra «actitud interna» para cuestiones subjetivas que trascienden estos aspectos. Cuando hacemos referencia a la vinculación entre «ánimo» o «actitud interna» y motivos le damos a aquellas palabras el contenido más extendido.

quien delinque para ganar dinero, pero debido a que es codicioso. Ambos tienen el mismo objetivo, pero diferentes motivos. De esta manera, motivos y objetivos de la acción parecen dos cosas diferentes, por lo que, por ejemplo, el «fin de lucro» (art. 176.7 CP ar.; art. 234 CP es.; § 203.5 StGB) no respondería exactamente al mismo esquema de explicación y justificación al obrar por codicia. Sin embargo, ambos elementos comparten algo en común: 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 terceros²⁷. 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. Sea como sea, empezaremos por el caso más claro y luego evaluaremos en qué medida lo que se diga de los «motivos» abarca a los objetivos de la acción.

²⁷ SANCINETTI, *Disvalor*, 319 ss.

CAPÍTULO I

MOTIVOS Y RETRIBUCIÓN

1. FUNDAMENTOS

a) La manera más natural de dar cuenta de la relevancia de los motivos agravantes es poner el acento en su aspecto intelectual y en su contrariedad a ciertas premisas morales. Así es como, de hecho, lo hace parte de la doctrina. Lo que torna jurídico-penalmente relevante a estos motivos es, según esta postura, su inmoralidad, su oposición a ciertos valores éticos sociales. Esta es la posición que sostenía *Schmidhäuser* en su famoso trabajo *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*. Según sus palabras, el «comportamiento mental contrario a los valores y a la moral»¹ que implican los motivos reprochables es lo que explica el aumento de pena en estos casos. En el mismo sentido se pronuncian Jescheck/Weigend citando directamente al autor mencionado². Roxin, por su parte, afirma que el ordenamiento jurídico al enunciar los motivos describe la «actitud interna moralmente reprochable del autor» al momento de actuar³. El *Bundesgerichtshof* (BGH) también dice que la agravante del homicidio calificado o asesinato basada en los motivos del agente, especialmente, en los motivos abyectos, se caracteriza porque éstos, «según la valoración moral general, están en el nivel más bajo y, por ello, son especialmente reprochables, incluso despreciables»⁴. Lo que hace que esos motivos deban ser caracterizados de ese modo es la relación de medio a fin a la que es sometida la víctima, esto es, la «ausencia de toda consideración de los intereses y derechos de otros» al momento de procurar ciertas satisfacciones⁵.

¹ SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale*, 90 ss.

² JESCHECK/WEIGEND, AT, 472.

³ ROXIN, AT I, 78/10.

⁴ BGHSt 3, 132; en el mismo sentido el Tribunal Supremo Español, cfr. BACIGALUPO, PG, 622.

⁵ ALBRECHT, *Mordparagraphen*, 699; también OTTO, BT, 8 ss. —para quien la peligrosidad también es un factor que explica y justifica la agravante junto con la mayor reprochabilidad de la actitud interna del autor—.

En un trabajo de principios del siglo pasado, Meissner afirmaba que la variación de pena en los casos de presencia de motivos reprochables no tiene que ver con la mayor antisocialidad del hecho, sino sólo con la mayor o menor actitud ética del autor al cometerlo, poniendo de relieve el grado de «honor» de esta actitud⁶. No está del todo claro en Meissner qué significa que un hecho sea antisocial, pero parece hacer referencia a lo que ahora se conoce como «dañosidad social» y que tiene en miras un daño a terceros en el sentido fuerte de la expresión. Traducido al lenguaje actual, Meissner parece estar diciendo que los motivos no tienen que ver con la dañosidad social de la conducta, sino que sólo importan por su propia calidad moral y que esto es lo que justifica la necesidad de incrementar el castigo. Una conducta antijurídica «honorable» no puede ser sancionada con el mismo rigor que una conducta «deshonrada». No es lo mismo, según Meissner, cometer un delito por hondas convicciones religiosas, nacionales, políticas o sociales que hacerlo, por ejemplo, por mero placer⁷. Finalmente, agrega este autor: «Un juicio exclusivamente jurídico del delito sin considerar el momento *moral* de la subjetividad del delincuente no se corresponde con una concepción popular y jurídica (*rechtsgelehrte*) de la idea de culpabilidad individual»⁸.

No siempre se explicita por qué, ante una actitud interna moralmente reprochable, es necesario aplicar una pena más grave. Pero si el fundamento es retributivo, esto puede fundarse en la necesidad de que el autor pueda expiar adecuadamente el mal⁹ o, simplemente, en que pague y padezca en su justa medida por lo que ha hecho¹⁰.

b) Las críticas a una fundamentación de corte retributivo son bien conocidas. No es sencillo justificar cómo es que la mera inmoralidad de una actitud puede legitimar una pena estatal más elevada¹¹. En primer lugar, porque la existencia del Estado, conforme a una teoría que prescindiera de objetivos metafísicos, sólo tiene sentido si es que éste cumple una función social útil. Esta función que se le encomienda consiste simplemente en asegurar la convivencia pacífica entre los ciudadanos. El castigo de la mera inmoralidad, *por la inmoralidad misma*, no es relevante para el logro de ese objetivo. Ante esto se puede responder que el control de la moralidad puede ser útil como un medio para lograr otros fines que sí contribuyan, al final, a mejorar la relación entre los ciudadanos. Pero, en ese caso, ya no se castigarían los motivos «por su inmoralidad misma», sino por otra razón. Este ya es otro fundamento frente al cual cabe otro tipo de análisis. En cualquier caso, *no* es esto lo que supone la tesis retribucionista. La tesis retribucionista no basa el castigo

⁶ MEISSNER, Motiv, 58 ss.

⁷ MEISSNER, Motiv, 62 ss.

⁸ MEISSNER, Motiv, 65 (las cursivas no pertenecen al original).

⁹ GALLAS, Tastrafe, 400; véase también SCHMIDHÄUSER, Strafe, 19.

¹⁰ JESCHECK/WEIGEND, AT, 70 y 877; ROXIN, ATI, 3/2.

¹¹ JAKOBS, Beweggründe, 489 ss.; también MÜSSIG, Mord, 95 ss.

de los motivos en finalidades de utilidad social, sino todo lo contrario; cree que se pueden castigar con prescindencia de que sea socialmente útil.

Una segunda crítica podría basarse en un argumento subsidiario que quizás tenga relevancia causal en la adopción de un sistema de Estado liberal. Éste afirma que en las sociedades occidentales actuales es difícil encontrar valores compartidos por la mayoría de sus miembros¹². Esto hace difícil valorar uniformemente los motivos y, por ende, formular un reproche basado en ello. Pero este punto es secundario. En efecto, aunque eso no fuera cierto, es decir, aunque hubiera valores sociales compartidos por la mayoría de los miembros de una comunidad, de todos modos, basar el incremento de pena en los motivos sería cuestionable. El derecho de una minoría o, incluso, de una sola persona a *pensar* diferente no depende de eso. Este es un derecho individual que debe imponerse incluso, y con mayor razón, frente a una mayoría abrumadora¹³. El derecho individual a pensar distinto no puede quedar sometido a que la mayoría acuerde que una minoría tiene ese derecho.

c) También se podría responder que una separación tajante entre Derecho y moral no puede ser sostenida plausiblemente. Esto implicaría, «si se es consecuente, [...] dejar de lado cualquier proceso de conciencia»¹⁴ y, por consiguiente, la posibilidad de castigar en casos en los que no es correcto hacerlo. Supondría, pues, la posibilidad de sanción cuando se obra bajo el influjo de un error inevitable, coaccionado por situaciones extremas u otras situaciones en que un hecho no le puede ser legítimamente reprochado al autor. Si hay una razón para rechazar el castigo en estos casos, se encuentra fundada en determinados principios morales, íntimamente ligados al uso del Derecho, que obstruyen de modo permanente esa posibilidad. Estos principios, están, además, ampliamente vinculados a la idea de responsabilidad subjetiva y, por ende, a la idea de que los procesos de conciencia son relevantes para el Derecho penal. Un castigo fundado de manera independiente a la moral, como parece suponerlo una separación tajante entre Derecho y moral, permitiría la imposición de un castigo injusto.

La idea de que responsabilidad subjetiva y motivos se encuentran íntimamente relacionados es defendida ampliamente entre los penalistas, aunque de un modo menos evidente y con un poco más de sofisticación para que no parezca que se cae en un Derecho penal completamente invasivo de los estados mentales. El argumento es el siguiente: la separación entre Derecho y moral sólo puede ser sostenida en la medida en que el sujeto se mantenga en la legalidad¹⁵.

¹² Cfr. WOESNER, Tötungstatbestände, 1137 y 1139; HEINE, Beweggründe, 54 ss.; MÜSSIG, Mord, 103 ss.; CALLIESS, Strafzwecke, 1338 ss.; KINDHÄUSER, Rechtstreue, 722; ALCÁCER, Fines, 188 ss.

¹³ NINO, Ética, 263.

¹⁴ KELKER, Gesinnungsmerkmale, 405 ss.

¹⁵ KÜHL, Rechtspflichten und Tugendpflichten, 148; KELKER, Gesinnungsmerkmale, 406.

Pero, afirman Schmidhäuser¹⁶, Jescheck/Weigend¹⁷ y Wessels/Beulke¹⁸, una vez que éste ya ha ingresado en el terreno de la ilegalidad, se puede y se debe evaluar la actitud interna del autor. Sólo de ese modo se podrá evaluar si su conducta antijurídica es acompañada por un «comportamiento espiritual» también contrario a derecho y sólo cuando esto ocurre el castigo puede considerarse legítimo.

En un conocido artículo, Schmidhäuser profundiza esta idea¹⁹. Allí realiza una comparación entre la «actitud interna de la ética» (*Gesinnungsethik*) y la «actitud interna del Derecho penal» (*Gesinnungsstrafrecht*) y explica la relación entre ambas. Para hablar de la «actitud interna de la ética» se basa en las concepciones que Kant expuso en la «Fundamentación de la metafísica de las costumbres» y para hablar de las jurídico-penales se remite a las de Gallas. De esta manera, siguiendo expresamente a Kant, afirma que para la ética no sólo importa lo que el sujeto quiere realizar, sino la actitud interna con la que lo hace²⁰. Una determinada conducta sólo será moralmente valiosa si el agente obra para cumplir con su deber y no por otro motivo²¹. En la ética, aun cuando el sujeto obre correctamente, todavía corresponde evaluar por qué lo ha hecho, cuál es la razón que lo movido. Un hecho correcto desde el punto de vista externo y aun querido por el autor no tiene mérito sin una «actitud interna» del mismo tipo.

El Derecho penal no puede realizar este tipo de evaluaciones acerca de conductas lícitas, pues lo prohíbe el principio de legalidad. Por ello, en estos casos, aún se sostiene la separación entre Derecho y moral. Pero, en cambio, cuando el sujeto ha obrado incorrectamente, es decir, cuando ya ha realizado un hecho «externamente» antijurídico, es necesario evaluar si su «actitud interna» también es incorrecta, pues no corresponde el castigo de quien no acompaña internamente lo externamente ilícito. Así, mientras en la ética el objeto es la conducta «correcta» y la «actitud correcta», en el Derecho penal el objeto es la conducta «antijurídica» y la «actitud antijurídica». Al disvalor del ilícito externo debe corresponder un infractor a la ley, un «incumplidor», alguien que no se tome en serio la prohibición jurídica²².

En cualquier caso, la «actitud interna del Derecho penal» no tiene que ver con una concepción del delito «sintomática», que nos muestra quién es el autor, sino sólo con su «postura actualizada en el hecho concreto»²³. Con esto Schmidhäuser pretende dejar claro que esta forma de comprender

¹⁶ *Gesinnungsmerkmale*, 178 ss.

¹⁷ AT, 426 ss.

¹⁸ AT, 10/401 ss.

¹⁹ *Gesinnungsethik*, 81 ss.

²⁰ *Ibid.*, 81 ss.

²¹ *Ibid.*, 88.

²² *Ibid.*, 90.

²³ *Ibid.*, 89.

la responsabilidad penal no implica una evaluación de la personalidad del autor como algo permanente²⁴, sino sólo como aquello que acompañó el hecho concreto.

Una vez que está claro que la actitud interna debe ser objeto de análisis penal, es posible hablar de su graduación. Dicha graduación se realiza, justamente, conforme a los motivos del autor²⁵. De acuerdo al grado de antijuridicidad de la actitud interna se sabrá con qué intensidad el autor no ha tomado en serio el bien jurídico²⁶. Para determinar si el sujeto ha tomado en serio o no cierto bien jurídico, se debe evaluar si contaba con normalidad motivacional, era consciente de la antijuridicidad del acto y si se encontraba en una situación que le permitiera, sin demasiado esfuerzo, cumplir con lo que mandaba la norma. Si a pesar de responder positivamente a estas preguntas, el autor no ha seguido el mandato del legislador, entonces se puede concluir que no ha tomado en serio el bien jurídico. Luego, el motivo por el que el sujeto no ha seguido el mandato es que lo que va a permitir graduar, en más o en menos, la calidad de esa actitud interna y, así, se podrá hablar de más o menos pena, según el caso.

d) Dicho así, esto no suena mal, sino todo lo contrario. Conocer y valorar la actitud interna del autor permite un castigo acorde a los principios de la responsabilidad moral. Quien niegue la culpabilidad de «actitud interna» se compromete con la posibilidad de que castigue aun en ausencia de culpabilidad o, en el mejor de los casos, de que se castigue en disonancia con ella. Negar que para la pena sea necesario conocer la relación intelectual del sujeto con la norma admitiría el castigo de sujetos que nada pueden en contra de su conducta (por obrar por error de prohibición invencible o con una inimputabilidad que le impida obrar de otra manera) o que pueden algo, pero que no les es exigible que se conduzcan conforme a ese poder (por obrar con un grado de inimputabilidad que dificulta su accionar o en una situación coactiva intensa).

Sin embargo, a pesar de su atractivo, defender esto es erróneo por dos razones. En primer lugar, porque de que haya que evaluar la relación intelectual del sujeto con la norma jurídico-penal no se sigue que se pueda evaluar cuál es su «postura» (*Einstellung, Haltung*) frente a ella. En segundo lugar, porque si en algún sentido fuera así, de esto tampoco se sigue que esa actitud interna pueda o deba graduarse conforme a los motivos del autor.

²⁴ SCHMIDHÄUSER, Schuld begriff, 493.

²⁵ *Ibid.*, 496 ss. Aquí actitud interna parece ser algo más amplio que los motivos. Estos últimos parecen señalar solo el *grado* de desaprobación de la primera. En cualquier caso, la consideración de la calidad de los motivos es lo que justifica la variación de pena.

²⁶ *Ibid.*, 496 ss.