



El motivo psicológico del delito

Su valoración jurídico-penal en la doctrina
y en el Derecho positivo español

POR EL

DR. JOSE BERNAL FERRERO

*Profesor Adjunto, Encargado de la Cátedra de
Derecho penal*

INTRODUCCION

I

PROPOSITO

Tan arraigado aparece en la conciencia el problema del fin, que, cuando el conocimiento de la realización de un acto vituperable cualquiera—delictivo o no—llega al hombre, éste, inevitablemente, formula la pregunta ¿por qué?, bajo cuya mera curiosidad aparente, palpita la inquietud valorativa de la búsqueda del motivo. Porque el hombre quiere, instintivamente, determinar la gravedad del hecho, y, para conseguirlo, no sólo tiene en cuenta aquello que es en su objetividad, sino también aquello que es en la psique del sujeto.

Y puesto que la experiencia diaria enseña que el mismo acto material puede ser bueno o malo, moral o inmoral, según el fin por el cual fué realizado (1), necesario e interesante sobremanera es investigar—tal es el propósito de nuestro trabajo—el valor estrictamente jurídico que ha de atribuirse al motivo psicológico determinante de la conducta, cuando ésta plasma en un hecho tipificado en la ley penal.

(1) No queremos decir que el fin justifique siempre los medios; decimos, simplemente, que a veces, el acto, dadas las hipótesis concretas en que se realiza, no obstante los medios, es bueno en función del fin.



Es verdad reconocida por todos que la misma acción criminal puede adquirir gravedad mayor o menor, producir mayor o menor resentimiento social según el móvil que la ha inspirado (2). Así, aquel para quien el delito es la liberación de una torpe esclavitud; quien mata a la mujer, sorprendida en flagrante adulterio; quien roba impulsado por la extrema miseria de los suyos, ciertamente que no tiene derecho de matar ni de robar. Pero sus conductas, indudablemente delictivas, se considerarán más como una desventura que como una ofensa a la sociedad; y en ningún caso serán parificadas a las de aquel que mata a su mujer para dejar libre el camino de los brazos de la amante; o del que roba para satisfacer sus vicios, o, simplemente, para procurarse ilícitamente una mayor ganancia.

Cuando Nora en Ibsen dice que es inicua la ley que prohíbe a la hija cometer una falsedad para salvar a su padre, el juez, dentro de los límites de la pena que le están confiados, sabrá distinguir a Nora del que comete una falsedad para procurarse dinero con qué divertirse (3).

Todas las legislaciones—aparte de los casos de consideración específica del motivo y del juego de las atenuantes y agravantes comunes—han tenido en cuenta tal orden de ideas cuando, con la elasticidad de la pena, que oscila entre un máximo y un mínimo, han reconocido la posibilidad de que dos delitos, no sólo objetivamente iguales, sino también subjetivamente iguales en cuanto a la voluntariedad del evento, se presenten con caracteres subjetivos diferentes. Como veremos, el motivo es tenido en cuenta desde las primeras manifestaciones escritas de la función que hoy denominamos justicia penal. Por ejemplo, en el Código de Hammurabí, 4, aparece: «...el que se presente como testigo *por grano o por dinero...*»; y en el Manava Dharma Sastra, VIII, 255: «El que *por maldad* afirme que esta muchacha no es virgen...».

Pero lo evidente, primario, instintivo, elemental, de la consideración del motivo y su implícito reconocimiento—argumento cómodo para articular una defensa—es precisamente una de las causas que dificulta la determinación de la importancia real, científica y legislativa, que, al fin de la responsabilidad penal, debe atribuirse al motivo, materia dominada por la incertidumbre, la imprecisión de conceptos y por los criterios más dispares.

El problema del motivo de la conducta en el Derecho penal, es, así

(2) P. MONTES. *Derecho Penal español*. T. I, pág. 439.

(3) ALIMENA. *Principios*. V. II, pág. 314. trad. esp. CUELLO CALÓN.

ALIMENA. *I limite e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, 1894. T. II, págs. 385



lo creemos, el más lleno de incógnitas y dificultades. La razón es obvia; el motivo del obrar que, tras el angustioso trance de la elección, por la que el hombre es hombre, mueve a la voluntad, es más subjetivo que ésta. Y así el motivo marca, en la lucha por la individualización de la pena, que es, en último término, la historia misma del Derecho penal, el jalón, hoy por hoy, insuperable.

Tema no elegido, sino sentido por nosotros, terreno fácil para la utopía, hemos de confesar que por ella nos deslizamos en nuestros primeros buceos. Pero la reflexión, con criterio estrictamente jurídico, hundió las iniciales ilusiones; y hoy, sólo ofrecemos con el presente trabajo, mediante la fijación de conceptos muy confundidos en la doctrina, una modesta sistematización del problema de la valoración jurídico-penal del motivo psicológico del delito, que, a nuestro juicio, ha de realizarse desde el doble punto de vista del legislador y del juez, concretándose en las siguientes cuestiones:

El motivo ¿es elemento constitutivo de todo delito o simple circunstancia? ¿Sólo modifica la responsabilidad o puede también excluirla? ¿Cuál es, en concreto, el motivo bueno y cuál el malo, es decir, el que atenúa, agrava, y, en su caso, excluye la responsabilidad criminal?

II

METODO

Convencido de las excelencias de la dogmática como instrumento insustituible en la investigación jurídica, a ella pretendemos sujetarnos en el desarrollo de nuestro trabajo, en tanto en cuanto sea posible, es decir, con las limitaciones que, derivadas de la naturaleza del Derecho penal, hacen legítima la orientación dogmático-jurídica.

En efecto, no hemos de entrar en disquisiciones filosóficas, porque, aparte de que sería un diletantismo, no más censurable que el jurídico de los filósofos no juristas, «donde la nebulosidad de la abstracción filosófica—dice ORLANDO (4)—impide la neta percepción de los contornos, allí no está jamás el Derecho, porque el Derecho es la precisión». Pero el tecnicismo jurídico, como el propio de cualquier otra rama del saber, no es más que un artificio inherente a la necesaria distribución del tra-

(4) Cit. por FERRER SAMA en *La llamada crisis del Derecho Penal*, pág. 2. Murcia, 1943.



bajo científico, y el que se sirve de semejante instrumento es un hombre que no puede dejar de plantearse los problemas del mundo y de la vida, y cuya posición, en referencia a los mismos, ha de proyectar luz sobre su técnica si ésta se refiere a ciencia de carácter moral, como el Derecho, que no puede dejar de tener constantemente presente, en modo directo o indirecto, el problema del fin del obrar humano (5).

Una mirada a la historia de la ciencia del Derecho penal demuestra de manera irrefutable la constante y desplazadora ingerencia filosófica en el seno de la misma. Esta ingerencia sólo es repudiable en cuanto desplazadora, es decir, en cuanto ignora el Derecho penal como Ciencia sustituyéndole por la Filosofía del Derecho penal, cuya delimitación constituye la tesis fundamental de la dogmática. Pero tal ingerencia, en cuanto persistente, es una constante histórica que no puede dejar de ser porque las nociones de imputabilidad, de culpa, de dolo, de error, de causalidad, de libertad, etc., son, antes de devenir categorías jurídicas, conceptos filosóficos, por lo que el Derecho penal tiene que enfocar sus problemas fundamentales a una luz filosófica.

El penalista no puede ignorar los problemas filosóficos que el Derecho presupone, ni los resultados de las disciplinas experimentales que estudian el fenómeno de la delincuencia. Y el mismo MANZINI (6) que, frecuentemente, recurre al agnosticismo en defensa del más intransigente dogmatismo jurídico, se ve obligado a declarar que si el aspecto jurídico de la delincuencia contempla abstracta y típicamente las acciones y las relaciones humanas, lo hace, no obstante, mediante una inducción fundada sobre la experiencia histórica y sobre la realidad viva de los hechos.

Cierto que el Derecho privado versa igualmente sobre conductas humanas y sin embargo ha sabido mantener deslindado su propio campo del de la Filosofía. Pero—como dice LEGAZ y LACAMBRA (7)— «mientras el Derecho privado puede operar con conceptos deshumanizados y manejar cómodamente los intereses abstractos que son objeto de su regulación, el Derecho penal falla en su misión específica si se encuentra con el hombre deshumanizado, por lo que una dirección puramente técnico-jurídica en el Derecho penal parece insuficiente, necesitando, por lo menos, compensarse con el recurrir a una multitud de ciencias penales auxiliares o complementarias, a cuyo estudio, conocimiento y manejo

(5) BATTAGLINI. *Principii di diritto penale in rapporti alla nuova legislazione*. Milano, 1929, pág. 5.

(6) *Tratato di diritto penale*. Torino, 1933, vol. I, pág. 3.

(7) Prólogo a la obra de SERRANO RODRÍGUEZ, *Culpabilidad en Derecho penal*.



no puede renunciar el penalista. Y, de un modo particular con el recurrir a la filosofía y, dentro de ésta a la Psicología».

El estudio del motivo del obrar humano implica siempre una valoración ética, y, por tanto, no cabe valoración alguna jurídica del motivo del delito con una concepción amoral del Derecho. La consideración del elemento ético en el Ordenamiento jurídico, es, pues, una cuestión preliminar.

Por otra parte, ¿cómo atribuir valor ni jurídico ni ético al motivo dentro del determinismo? Si el motivo—dice FINZI (8)—no lo pone el hombre, sino el ambiente, ¿cómo puede servir para estudiar el elemento intencional? Y si el motivo es psíquicamente insuperable, ¿cómo atribuirlo a favor o en contra del agente?

He aquí dos problemas metajurídicos que, sin proponernoslo, surgen ante nosotros y hemos de resolver necesariamente. ¿Resolver?; ambiciosa y por ello pueril pudiera parecer la expresión, pero la empleamos en el único sentido posible: adoptar una posición clara y terminante, independientemente de su veracidad intrínseca, que sirva de soporte y de la cual se derive lógicamente la construcción jurídica del objeto de nuestro trabajo. Podrá el jurista, artificioamente, ignorar estos problemas y negarse a penetrar en los mismos, pero tanto cuando legisla, como cuando interpreta la ley, quíeralo o no, y aun cuando no lo perciba, actúa en función de la posición adoptada, consciente o inconscientemente, frente a aquellas incógnitas. Y es que—como dice MANZONI (9)— «la Filosofía entra en casa sin ser invitada».

III

LA MORAL Y EL DERECHO

Superfluo es insistir sobre la diferencia entre la Moral y el Derecho, conocida ya por los jurisconsultos romanos (10). Y ni siquiera en la sociedad primitiva se confundió el Derecho con la Ética, pues, como expresa MANZINI (11), ambas constituían un todo sin lógica posibilidad

(8) *Rivista penale*. Vol. 95, págs. 580 y sigts. *Relazione sul concorso Pietro Sastini per l'anno 1915*.

(9) *Dell'invenzione*. Nápoles, 1880, pág. 618.

(10) *Semper in conjunctionibus non solum quid liceat, considerandum est, sed et quid honestum sit*. I. 43. pr. D., 23,2.

(11) *Ob. cit.* Torino, 1941, vol. I, pág. 28.

de diferenciación. La separación se produce gradualmente en armonía con el desenvolvimiento del ordenamiento jurídico y de la función y finalidad autónoma del Derecho.

Pero si aparece cierta la distinción entre Moral y Derecho, no es menos cierto que salvo en los siglos XVII-XIX, en los que—con las escuelas de Derecho Natural, racionalistas e idealistas, sustancialmente tan distintas del iusnaturalismo clásico; el historicismo, con sus distintas corrientes, y las tendencias positivistas, realistas, materialistas y económicas—se rompen o relajan los vínculos del Derecho con la Moral, han dominado las concepciones jurídicas de base ética.

El fundamento ético del Derecho, como doctrina, constituye una tradición filosófico-legislativa, sólo interrumpida en algunos solitarios sistemas de la ciencia materialista (12).

El pensamiento filosófico-jurídico actual caracterizado por la multiplicidad de puntos de vista, encuentra un denominador común: «el resurgir de la temática genuinamente metafísica» (13). Se trata de un reentroyue con Aristóteles y Santo Tomás de Aquino actualizando o adaptando la doctrina de éste a nuestro mundo circundante, como él reelaboró, desde su peculiar situación de cristiano y hombre del siglo XIII, el pensamiento del Estagirita (14).

Posición ecléctica que, salvando el unilaterismo en la concepción del Derecho, trata—como dice CASTÁN (15)—de adaptar a las exigencias de nuestro tiempo, tanto científicas como vitales, el sentido transcendental de la filosofía tradicional. Empresa que HERNÁNDEZ GIL (16) denomina, acertadamente, realismo jurídico.

Veamos cómo el Derecho queda enclavado dentro de la órbita de la Ética:

La naturaleza, entendida como inclinación íntima de los seres hacia su fin, imprime a la actividad de los mismos una dirección especial hacia un término determinado; fin o bien, ya que bien es lo que está conforme con la tendencia natural de un ser: Bonum est quod omnia appetunt (17).

Así pues, el Creador del Mundo y del Hombre ha dado a los seres creados un impulso hacia su fin, es decir, una ley natural en conformidad con la Ley eterna con la que El concibió su obra.

(12) ROSMINI. *Doctrinas ético-jurídicas*, Madrid, 1919, págs. 64 y sigs.

(13) RUIZ-GIMÉNEZ. *La concepción institucional del Derecho*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1944, pág. 185.

(14) RUIZ-GIMÉNEZ. *Ob. cit.*, pág. 195, nota 111.

(15) *Las diversas escuelas jurídicas*. Madrid, 1947, pág. 120.

(16) *Las direcciones metodológicas en la ciencia del Derecho y la consideración de la realidad social*. Rev. de legislación, junio 1944, pág. 630.

(17) MERCIER, *Trat. de Filosofía*, II, pág. 201. Barcelona, 1927.

Ahora bien, esta ley natural—impulso de los seres hacia su fin—debe estar en armonía con la constitución del sujeto por ella afectado. Y así como los seres físicos, incluido también el hombre en cuanto a su naturaleza física, actúan en la prosecución de su fin inexorablemente, porque se rigen por leyes fatales, necesarias, que necesariamente se cumplen, el acto humano, es decir, el acto del hombre en cuanto ser racional «se ejecuta con la mira puesta en un fin, bajo la dirección de la razón y el imperio de la voluntad libre» (18), rigiéndose, por tanto, por la ley moral esencial a la naturaleza humana, «regla y medida de sus actos en cuanto los ordena y dispone a la consecución del fin» (19), necesaria en cuanto a su existencia, pero contingente en cuanto a su cumplimiento, ya que el hombre puede, de hecho, ajustar a ella su conducta o quebrantarla.

CARRARA (20) supo recoger vigorosamente tales verdades: Dios—dice él—sometió todo lo creado a una perpetua armonía. Y cuando en la sexta época, hizo el hombre a semejanza suya (es decir, dotado de un alma espiritual, rica de inteligencia y de libre voluntad), la obra más hermosa de la Divina Sabiduría, arrojó sobre la Tierra el germen de una serie de seres dirigibles y responsables de sus propias acciones. Estos seres no podían, como los simples cuerpos, estar sometidos sólo a las leyes físicas; una ley moral nació con ellos: la ley de la naturaleza. Quien la niegue, reniega de Dios».

La moral natural prescribe al hombre todo lo que es necesario para que su obrar—en relación a Dios, a sí mismo o a los demás hombres—sea adecuado a su naturaleza racional. Y así, la moral enfoca la actividad deliberada de los hombres—ya en relación a Dios, a sí mismo o a los demás hombres—a través del prisma de su relación o proporción de conformidad o disconformidad con la beatitud, fin último de la vida humana —*Subjectum moralis philosophiae*—enseña el Angélico—*est operatio humana ordinata in finem (últimum naturalem)*.

Y como quiera que ya se hable de Derecho como sinónimo de lo que a cada uno corresponde como suyo, bien se evoque el conjunto de normas, reglas o disposiciones vigentes en un grupo social o una parte orgánica del mismo, bien se tenga en mente la facultad moral de hacer o abstenerse de hacer, siempre está latente la idea de algo que atañe a la humana conducta y va teñido de las notas de racionalidad que a ésta

(18) S. TOMÁS. *Summ. theol.*, 1.^a, 2, q. 1, a. 1.

(19) ZIGLIARA, cit. por P. MONTES, T. I, Ob. cit.

(20) *Programa del curso de Derecho criminal*, V. 1.^o, Madrid, 1922, pág. 3.



en su esencia afecta (21), resulta que el orden jurídico, queda enclavado en la órbita de la ética.

El orden jurídico pertenece al orden moral como parte subordinada que respecto del restante orden moral se conduce en relación de medio a fin. Y no impide tal pertenencia el hecho de que el Derecho se satisfaga con el mero cumplimiento externo, porque la ley jurídica sólo capta las relaciones del hombre con sus semejantes en cuanto hacen que se les de a cada uno lo suyo (22), y de la buena intención interna no se es responsable para con los demás hombres sino para consigo mismo y para con Dios, razón por la que no es exigida en la ley jurídica.

Así pues no es posible negar la profunda exigencia ética del Derecho sin renunciar a conocer su verdadera naturaleza. Si el Derecho se diferencia de la arbitrariedad y de la fuerza, todo aquel que habla de Derecho y sabe lo que dice, colócase en el punto de vista ético (23).

Pero así como en las demás ramas jurídicas la moral no es más que un criterio de valoración (excepto en algunas instituciones, como el matrimonio, dirigidas por leyes de ética natural) en penal el contenido normal del precepto está constituido, en su mayor parte, por normas morales (24). Y, por otra parte, el legislador, para establecer y graduar la pena, no se sirve sólo del criterio del daño social, sino también, dentro de ciertos límites, del criterio de la inmoralidad de la acción. Por eso se ha dicho que el código penal es «el código moral de un pueblo», pues —como expresa CARNEVALE (25)—«el delito y la pena no pueden en verdad entenderse como entidad jurídica si primero no son entendidos como entidad ética».

Para CARRARA (26) el Derecho es congénito al hombre y por tanto debe tener una vida y unos criterios preexistentes a los acuerdos de los legisladores. La ciencia del Derecho criminal debe considerarse como un orden de razones que emanan de las leyes morales jurídicas y que obligan a los mismos legisladores. Pero, saliendo al paso de torcidas interpretaciones, sitúa tal relación en sus propios términos, al añadir que el Derecho criminal ha de sustraer sus preceptos, con indefectible cuidado,

(21) RUIZ-GIMÉNEZ. *Introducción elemental a la Filosofía Jurídica Cristiana*. Madrid, 1945, pág. 65.

(22) Entiéndese por suyo, en relación a otro, todo lo que al primero está subordinado o establecido para su utilidad. (*Summa teol.*, I, q., 21, a., ad., 3). Lo mío es derecho meum juris, es todo aquello con lo cual estoy tan unido, que su uso por otro y sin mi consentimiento podría dañarme. (KANT: *Metaphysik der Sitten*, v. 17).

(23) ULRICH. *Naturrecht* 219. cit. por Cathrein.

(24) BATTAGLINI. *Diritto penale*. Bologna, 1940, pág. 5.

(25) *La dottrina morale nel diritto penale*. Riv. p. V. 1V, 1902.

(26) *Prefacio al Programa*, vol. I. Madrid, 1922.



tanto de los peligros de la veleidat utilitaria como de la fascinación de la moral pura.

MANZINI (27) sostiene que el Derecho penal tiene como función asegurar la observancia del mínimo absoluto de la moralidad considerada como indispensable y suficiente para la segura y civil convivencia en un determinado momento histórico. Para él la ley represiva no recoge más que el mínimo del mínimo moral. Así el Derecho privado, sanciona, por ejemplo, el precepto de moral mínima de mantenerse fiel a las propias obligaciones, en tanto que el Derecho penal sanciona el precepto de moral submínima de no estafar.

El Derecho no es—dice MAGGIORE (28)—una porción mínima de la moral como sostiene la teoría del mínimo ético, sino la moral cristalizada en su momento. En el proceso ético, el Derecho representa el momento de la estaticidad y el reposo, sin negar con ello que el Derecho progresa. El incentivo de toda reforma jurídica parte de la conciencia ética que, poniendo de manifiesto la insuficiencia del Derecho vigente respecto a las variables condiciones sociales y morales, propone el Derecho nuevo. Cuando la norma jurídica resiste este impulso puede transformarse en ley injusta. Entonces surge el conflicto entre moral y Derecho; y se produce la rebelión de la pura conciencia moral contra el legalismo, del espíritu que vivifica contra la letra que mata. Este conflicto se resuelve con la reforma legislativa que trata de reconducir el Derecho a su origen ético, restableciendo el equilibrio turbado.

El Derecho, por tanto, nace de la ética y retorna siempre y fatalmente a su raíz ética. Del delito más grave a la más leve falta, se ofende, con el orden jurídico también el orden ético; porque es deber sumamente ético, como enseñó Sócrates, obedecer la ley del Estado. Aquellos que, como Alimena, tratan de demostrar que hay hechos no inmorales considerados como delitos, citando, al efecto, los delitos culposos y los políticos (estos últimos por su relatividad) olvidan que si es deber moral evitar toda negligencia perjudicial a otro, lo es con mayor razón respetar el orden político, salvo que éste no haya perdido todo valor ético en cuyo caso es legítima la revolución.

Ahora bien; si el Derecho penal se sirve inicialmente de criterios éticos, como base para la regulación de relaciones externas, más tarde deriva también sus preceptos de principios y fines sociales y políticos. El Derecho concreto e histórico—dice BATTAGLINI (29)—se asemeja a un

(27) *Instituzioni di diritto penale italiana*, III, Padova, 1927, n. 1.

(28) *Principi di ditto penale*, Bologna, 1939, vol. I, pág. 18.

(29) *Principi di diritto penale*, Milano, 1929, pág. 16.



río que es puro y límpido en su nacimiento pero que, durante su curso, recoge impurezas. De este modo en el Derecho positivo se observan tres clases de normas:

a) Normas de contenido ético, por ejemplo, el artículo del código penal que establece una pena para el homicidio.

b) Normas de contenido utilitario, pero ordenadas al fin moral del Derecho. Aquí la discusión si existen o no actos indiferentes respecto a la moral. Hay que distinguir, con Santo Tomás, los actos del hombre de los actos humanos. El acto humano, es decir, el acto propio del hombre es realizado, explícitamente, por un fin, y, por tanto, no puede ser indiferente para la moral.

Las normas de contenido utilitario pueden ser ordenadas al fin moral, siendo el fin el que las comunica su moralidad que por sí no tienen; por ejemplo, la norma que prescribe la reclusión en un Reformatorio del menor que ha cometido un hecho castigado por la ley. Aquí no se resuelve un problema inherente al acto humano y a la voluntad; se trata, simplemente, de un procedimiento apto para satisfacer las necesidades de defensa social, pero se realiza para el fin del bien.

c) Por último, tales normas utilitarias pueden estar en contraste con principios morales. En tales casos, se trata de una mal entendida utilidad que representa la parte caduca del Derecho, puesto que el sentido moral, que es escaso en los pueblos primitivos y bárbaros, se desarrolla paralelamente a la Historia. El Derecho implica la idea de rectitud y cumple mejor su misión cuando menos elementos puramente utilitarios, no reducibles a lo moral, contiene. Misión del Derecho es la de ser una fuerza del orden social. *Y este orden tanto más se asegura cuanto lo que prohíbe el poder civil puede también obligar en conciencia.*

IV

LIBRE ALBEDRIO Y DETERMINISMO

No tratamos de perdernos en el meandro del libre albedrío y el determinismo porque es cuestión que, científicamente, no puede ser resuelta, ya que, como dice JAMES (30) es insoluble sobre el terreno psicológico.

(30) *Princip. de Psicología*. Milano, 1901.



Son dos hipótesis que, como tales, la una vale tanto como la otra. Sin embargo, sus consecuencias son de tan distinto valor—por sus frutos los conoceréis—que no es posible el agnosticismo en tal materia, ni para el penalista ni para el católico. Para el penalista porque la solución afecta a todo el edificio de su ciencia, porque los conceptos de culpa, responsabilidad, imputabilidad, fin y significado de la pena, cambian radicalmente según que se acepte o no la libertad de albedrío. Para el católico porque se resuelve en una profesión de fe. La doctrina divina está claramente contenida en La Sagrada Escritura: «...ante el hombre la vida y la muerte, el bien y el mal, lo que a él le plugiere le será dado» (31). «Pudo hacer el mal, pero no lo hizo, y por eso han sido sus bienes asegurados en el Señor» (32).

La afirmación del libre albedrío se encuentra también en pasajes de Aristóteles (33): «...y precisamente porque está en nuestro poder el hacer el bien o el mal, está también en nosotros el ser buenos o malos»; en San Agustín (34): «¿Cómo podría Dios mandarnos o prohibirnos el querer o no querer alguna cosa, si estuviéramos necesitados a quererlos?»; y en Santo Tomás (35): «El hombre es libre; de otro modo serían completamente vanos los consejos, las amonestaciones, los mandatos, las prohibiciones, el premio y el castigo».

Para nosotros la cuestión del libre albedrío hace tiempo está incontrovertiblemente resuelta por la Santa Iglesia. El Concilio de Trento excomulgó a los que afirmen que la libertad de la voluntad se perdió por el pecado original o que es un nombre vacío de sentido (36). Y el Concilio Vaticano enseña que el hombre por medio de la fe se somete *libremente* a Dios, consintiendo con la gracia y cooperando con ella, aunque puede resistirla (37).

Verdad es que gran número de penalistas, de todas las tendencias, ALIMENA, MANZINI, ROCCO, MEZGER, CUELLO CALÓN, se pronuncian por tal agnosticismo. La hipótesis del libre albedrío, dice ALIMENA (38), representa el metafísico por qué de la cosa, pero no la cosa misma y constituye exclusivamente una tentativa de explicación del real fenómeno volitivo. Y para Rocco (39): «La cuestión del libre albedrío y del determinismo es una cuestión metafísica, que mira, no al querer, sino a la

(31) Gen. IV, 6 y 7.

(32) Ecis. XXXI, 10 y 11.

(33) *Ética* a Nicómaco.

(34) *De Gratia et lib. arb.* c. 2.

(35) *Summa Theol.* 1, q. 83, a. 1.

(36) Sess. 6, can. 5.

(37) *Constitut. dogm. de Fide*, c. 3.

(38) *I limite e i modificatori dell'imputabilità*. Torino, 1894, T. 1.º, pág. 119.

(39) Discurso al Senado sobre la reforma penal de 17 diciembre de 1925.



causa remota del querer. Para que pueda hablarse de sanciones jurídicas, y, por tanto, de sanciones penales basta considerar el querer».

Cierto que para hablar de sanciones penales, basta considerar el querer, o como expresa CUELLO CALÓN (40), para que el poder social imponga la pena señalada por la ley para el hecho realizado, basta que éste se haya ejecutado con voluntad, es decir, con voluntad libre. Ciertamente también que el juez no indaga si en el momento decisivo el agente tenía la facultad de hacer o de no hacer; se limita, en la práctica, a ver si lo acaecido es referible a un acto voluntario. Pero cuando da respuesta afirmativa, el juez admite, implícitamente la libertad. Porque la admisión de querer (facultad de obrar) implica, necesariamente, la admisión de la facultad de querer (libre albedrío), pues en otro caso se incurriría en un contradictorio juego de palabras, porque ambas no significan más que dos aspectos de una misma cosa. Si el hombre quiere necesariamente, es claro que al obrar en conformidad con lo que quiere, obra también necesariamente, y entonces ¿dónde la facultad de obrar?

Es absurdo obstinarse en seguir afirmando que el problema del libre albedrío debe permanecer extraño al Derecho penal, ya que su solución se presentará estrictamente ligada a la justificación de los principales institutos jurídicos penales. La escuela clásica estimaba que, para poder conexas la responsabilidad penal a la imputabilidad física, es preciso el nexo intermedio de la responsabilidad moral del agente, afirmando que ésta tiene como condición el libre albedrío.

La escuela positiva retiene, igualmente, que el libre albedrío es el presupuesto de la responsabilidad moral, y, por ello, negando aquél, se ve obligado a negar ésta, y, en último análisis, la responsabilidad penal. Llegando a la abolición de la justicia penal en el sentido en que ésta se ha formado históricamente y es tradicionalmente entendida, es decir, en su sentido lógico jurídico e histórico, Salta, pues, a la vista, que los conceptos fundamentales de Derecho penal cambian, esencialmente, según que se admita o rechace la libertad de albedrío.

Como expresa magistralmente LEGAZ Y LACAMBRA (41): «sirve de poco decir que no interesa el problema del libre albedrío en pura técnica jurídica, siempre que quede a salvo la voluntariedad del acto, si al fin el penalista ha de tener el convencimiento de que no hay acto voluntario si no es un acto psicológicamente libre y que, por tanto, sin libre albedrío, no tiene sentido ni una norma obligatoria, ni una sanción «penal», ni, en definitiva, un «Derecho penal».

(40) *Derecho Penal*. T. I, 7.^a edición, pág. 311.

(41) Prólogo a la obra de Serrano Rodríguez, ya citada.



Mientras que científicamente no se ha demostrado la necesidad del querer, la conciencia común se revela a la idea de hacer sufrir una pena a una persona necesitada de obrar. Por consiguiente, la libertad de querer es dada por la conciencia común, independientemente de su fundamento filosófico. Y «lo que toda conciencia normal, presupuesto el suficiente conocimiento, reconoce como inmediatamente evidente, lo llamamos cierto».

Esta realidad por la cual a unos hombres les reprochamos el delito y a otros no, ha de ser tenida en cuenta por el legislador. Porque el Derecho debe responder a los sentimientos y a la conciencia del pueblo, ya que, precisamente viene dada para satisfacer las exigencias sociales, no para dar satisfacción al convencimiento científico de una escuela (42).

Un código que desconociese el principio de la libre facultad de autodeterminarse del hombre, sería un código pregonero de inmoralidad, porque destruido el principio de la responsabilidad de la acción humana, fundada sobre la libre voluntad, el delito y la pena aparecían en el individuo y el Estado como una doble infelicitas fati, y la acción humana se afirmaríase dominada por una ley orgánica fatal, resultando destruido todo concepto de bien y de mal, de mérito y desmérito, de virtud y de vicio, de inocencia y de culpa, y, por ello, de premio y de castigo, de recompensa y de pena (43).

Para terminar señalaremos cómo esta libertad moral, rectamente entendida, a que nos venimos refiriendo, no supone un poder absoluto e ilimitado; no es una libertad de absoluta indiferencia con la que la voluntad se resuelve a realizar un acto sin otra causa que el querer de la voluntad. Es claro que, no viviendo fuera del mundo, nuestra voluntad es requerida por todos los impulsos que provienen de nuestra naturaleza física, del ambiente social y familiar, etc. Pero el error de los deterministas es confundir estos motivos con la causa determinante de nuestro obrar. Los motivos inclinan, influyen, pero no somos el producto abúlico del motivo más fuerte, sino que somos nosotros los que ponemos la causa de nuestro obrar a través de nuestra voluntad, dueña de escoger los motivos y dar la primacía a uno sobre los demás. Por eso la libertad moral no significa otra cosa que «el poder o señorío de la voluntad sobre los motivos y en la facultad de elegir en conformidad con ellos o con sus contrarios» (44).

(42) BATTAGLINI. *Diritto penale*, Pte. gral. Bologna, 1940, págs. 137 y sigts.

(43) *Relazione al nuovo codice penale*, n. 4 Rocco.

(44) P. MONTES. *Ob. cit.* V. I, pág. 26.

PRIMERA PARTE

CAPITULO PRIMERO

CONSIDERACION GENERAL DEL MOTIVO DEL DELITO

I

EL CONCEPTO DEL MOTIVO PSICOLOGICO

Se entiende por motivo psicológico el impulso, o combinación de impulsos, adecuados para conducir a una acción consciente y voluntaria. Un motivo es, de ordinario, un conjunto de sentimientos, apetitos, inclinaciones y acaso impulsos instintivos. Se objetiva como un interés y, a menos que sea impedido por obstáculos internos o externos, conduce a una acción en persecución de dicho interés.

El hombre obra conscientemente por motivos; y la misma trayectoria psicológica sigue el delincuente, que siente el impulso de un estímulo, mira a un fin, escoge el medio, se dirige a un objeto exterior, se determina y resuelve traducir en acto la intención criminal, y la convierte en un hecho omisivo o comisivo, que es agresión consumada o potencial del derecho (45).

Por tanto, un concepto inicial y amplio del motivo del delito es el de ser «la causa de orden interno o psicológico de la criminalidad» (46), que necesita de un análisis complementario.

(45) ANDREOTTI. *La doctrina y clasificación del motivo del delito*. Esc. positiva. 1923, pág. 463.

(46) CONTI. *Ancora dei moventi a delinquere*. En *De honoranza a Carrara*, pág. 11 y en *Rivista di discipline carcerarie*, vol. 22, pág. 605.



La voluntad, no como facultad de resolver un conflicto de motivos, sino extrínsecada en la acción, proyectada al exterior, va encaminada necesariamente a un fin. Porque «si elijo y quiero, elijo y quiero alguna cosa» (47) y porque «toda voluntad es voluntad consciente» (48).

Así pues, toda acción voluntaria va encaminada a un fin. Pero en el hombre normal, el fin inmediato de su acción—*finis operis*—no es el único objetivo de la misma, sino medio para la obtención de un fin mediano o remoto. Loco habría de ser quien matara a un hombre, simplemente, por matarle; un loco era, ciertamente, el que según narra Maudsley, después de haber asesinado a una niña, escribía en su diario que estaba tierna y caliente (49); el homicida perseguirá otro fin: la venganza, el lucro, etc.

Este fin—*finis operantis*—que el agente se propone, es concebido por él como un bien, ya que la voluntad sólo puede apetecer lo concebido como bueno. Pero el bien—satisfacción de una necesidad—, aparece previamente en nosotros, antes de ser una realidad, en su posibilidad de producirse, como una idea representada que «por sí misma es inerte» (50), constituyendo el fin mediano de la conducta, pero no el motivo; éste es la energía psíquica que, dirigiéndose a la idea representada—fin mediano—, suscita el movimiento voluntario. O como expresa MANZINI (51): la energía psíquica, no sólo potencial, sino real, que se dirige a un determinado fin y mueve al sujeto a la acción o a la omisión.

Queda así establecida la distinción entre fin mediano o idea representada; motivo o energía psíquica que se dirige a la idea representada y mueve la voluntad a la realización de la conducta activa u omisiva; y el fin inmediato o fin de la acción misma.

Ahora bien; así como el fin inmediato o fin de la acción se distingue, tanto ideal como prácticamente, del fin mediano o idea representada y del motivo, no sucede lo mismo respecto a la distinción entre estos últimos. Motivo y fin mediano son, en efecto, conceptualmente distintos, porque el fin—idea representada—está fuera del agente, en tanto que el motivo es impulso interno. Pero, como el motivo determinante de la acción es al mismo tiempo determinado por un fin que se representó el sujeto (52), resulta que este fin, en tanto en cuanto inspira la acción del sujeto, deviene fenómeno interior: motivo (53). Por eso dice ALOYS

(47) ROMAGNOSI. *Genesi del diritto penale*, párg. 478.

(48) ROCCO. *L'oggetto del reato*. Torino, 1913. párg. 269.

(49) ALIMENA. *Principios de Derecho Penal*, trad. CUELLO CALÓN, 1915, vol. 1.º, párg. 37.

(50) MANZINI, *Trattato*, I, párg. 636.

(51) *Trattato*, I, párg. 636.

(52) FERRER SAMA. *Comentarios*, I, párg. 300.

(53) ALTABILLA. *Teoría soggettiva del reato*. Nápoles, 1933, párg. 122.



MÜLLER que el motivo con el relieve que le dan las bases del motivo (un conocimiento, un sentimiento, etc.) se presenta como estímulo o incentivo ante el yo. El yo y el motivo son los dos términos de la relación que constituye el fin de la voluntad (54).

Desde este punto de vista, aceptable con las reservas ya expuestas, fin mediato y motivo son la misma cosa. En este sentido se orienta MAGGIORE (55) para quien el motivo es «una representación que impele a la acción», y FLORIÁN (56) que hace consistir el motivo en «una representación que en el ánimo del agente se realiza del bien que debe alcanzarse y del mal que debe evitarse, mediante la ejecución del delito, y en vista y en fuerza de la cual se determina a realizarlo». Así lo entiende también el P. MONTES (57); el bien que por medio del delito—dice—se trata de obtener, es la primera idea que se presenta a la mente, el punto inicial del crimen y a la vez el móvil de la voluntad. Y ALIMENA (58) al decir que el motivo significa el fin remoto que quiso alcanzarse.

Algunos autores (59) sostienen que, si bien el fin mediato coincide generalmente con el motivo, puede no coincidir, ilustrando tal aseveración con los siguientes ejemplos:

Se puede matar a un hombre por venganza; entonces el fin próximo es la muerte; y el fin remoto y motivo coinciden: la venganza. Pero se puede matar a un hombre para robarle; la muerte es el fin próximo y el robo el fin mediato. Ahora bien—dicen—el motivo puede ser la satisfacción de sus vicios o atender a las necesidades más perentorias de su familia.

El segundo ejemplo, como argumento de que no siempre coinciden fin mediato y motivo, es sugestivo y una consideración superficial del mismo puede hacerle convincente a los fines de la tesis a que sirve. Sin embargo, la realidad es muy otra.

En efecto, el hecho, tal como es enunciado, independientemente de su tipificación, se compone de una primera acción dirigida a dar muerte a un hombre. El fin próximo, inmediato,—*finis operis*—es la muerte, pero ésta es medio para un fin ulterior, mediato: el robo. Este fin mediato (robo) es la idea representada que, en cuanto impulsó a la acción primera de matar, constituye el motivo de la misma; y el fin mediato y motivo coinciden: el robo.

(54) *Introducción a la Psicología*. Rev. de Occidente.

(55) *Principi di diritto penale*, vol. I, 3.^a ed., Bologna, pág. 412.

(56) *Parte General del Derecho Penal*. T. I. trad. Cast. La Habana., 1929, pág. 448.

(57) *Ob. cit.*, vol. I, pág. 183.

(58) *Ob. cit.*, vol. I, pág. 375.

(59) COCURELLO. *I moventi a delinquere nella dottrina e nella lege positiva*. Supplemento alla Rivista penale, II serie, vol. I, 1920, págs. 271 y sigts.



Claro está que el robo constituye en sí mismo otra acción, cuyo fin inmediato es la sustracción de la cosa ajena y cuyo fin último o motivo no puede ser otro (en la hipótesis propuesta: matar para robar) que el lucro, pues la idea representada es la de un beneficio, cualquiera que sea su clase y la aplicación que se dé al mismo. A su vez, este motivo, deseo de lucro, puede ser producto de otras motivaciones: el estado de indigencia de su familia, atender a sus vicios, etc.

Pero al hablar del motivo de una acción, nos referimos a aquel motivo que inmediatamente la ha originado. Los demás motivos, más alejados de la acción, es decir, los motivos de los motivos, cierto que son causa de la causa y, por tanto, causa, motivo o impulso de la voluntad. Mas en esta seriación de motivos, de no detenernos en el inmediato a la acción, considerándole verdadero motivo de la misma, no tendría sentido que tomáramos como tal, el segundo, tercero, etc., sino que habríamos de llegar al último; y, como dice IMPALLÓMENTI (60) la causa que coloca la raíz de todo cuanto es la personalidad de un hombre es desconocida y huye al juicio seguro del penalista.

II

EL CONCEPTO DEL DELITO

Todo intento serio de valoración jurídica del motivo psicológico de la actividad delictiva ha de enfocarse a la luz de la teoría jurídica del delito. Por ello, sin pretender desenvolver dicha teoría, ni siquiera rozar sus múltiples problemas—que nos llevarían lejos del objeto de nuestro trabajo—se hace necesario, siquiera sea a modo de esquema y al sólo fin de establecer la base de partida, recordar el concepto jurídico del delito y sus aspectos.

No impugnamos la legitimidad de la búsqueda de un criterio supremo de valoración para identificar el delito. Menor aún la necesidad de distinguir lo que, de hecho, la ley castiga, de lo que puede y debe castigarse; tal distinción aparece como una necesidad irresistible de la mente humana, y desde los romanos (61) hasta los positivistas (62) se ha

(60) *L'homicidio nel diritto penale. Il carattere dei moventi nell'homicidio premeditato.* Roma, 1888.

(61) *Quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitates,* Ulp. D. 50, 16.

(62) GARÓPALO. *Criminologia* Torino, 1891, 8.



querido distinguir la acción que tiene un contenido intrínseco delictuoso del delito de mera creación política, el delito natural reconocido conforme a la *recta ratio diffusa in omnes*, del delito artificial, la antigua distinción de los prácticos sajones entre prohibita quia mala y mala quia prohibita.

Se puede tener cualquier idea en el campo del Derecho *que debe ser*, pero, frente al derecho positivo, que es un derecho de autoridad, poco valen los criterios ideales y abstractos. Vamos pues a estudiar el delito como objeto regulado por la norma jurídica.

En sentido jurídico-formal podemos definirle, ora como *toda acción legalmente punible* (63), ya como *todo hecho al que el ordenamiento jurídico liga la pena como consecuencia jurídica* (64), bien como la *acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena* (65), o como *el hecho individual con el que se viola un precepto jurídico dotado de aquella sanción específica de coacción indirecta que es la pena en sentido propio* (66). En todas estas definiciones se encuentra la idea fundamental de que la noción del delito viene de la ley, de modo que, suprimida ésta, el delito quedaría suprimido. Idea que aparece ya en CARRARA (67), cuando le define como «la infracción de la ley del Estado promulgada...» Y no se diga que una tal definición es un puro círculo vicioso, como pretenden algunos autores. Se os pregunta—dice FRANK (68)—cuáles son las acciones punibles, y respondéis que las que están penadas. En el mismo sentido MAGGIORE (69) para quien decir que el delito es un hecho punible es tanto como decir que el delito es... el delito. Sin embargo, no son justas tales afirmaciones, pues, como magistralmente expone MANZINI (70), si admitimos que no hay delito fuera de los previstos en la ley (principio de legalidad: arts. 1.º y 2.º del Código penal español), y si se reconoce que en la formación de la ley, los hechos a incriminar vienen dados en función de criterios de política criminal varios y mudables, aparece indudable la imposibilidad de dar del delito una definición jurídica distinta de la expuesta.

Verdad que una acción es o no criminosa según que atente o no a la ley suprema del Derecho, de tal suerte que la tutela jurídica exija su

(63) MAGGIORE. *Principi*, 1939, vol. I, pág. 177.

(64) LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1932, I, párg. 26.

(65) CUELLO CALÓN. *Derecho Penal*, 7.ª ed. I, pág. 249; HARRIS, *Principles of the criminal law*, pág. 1.ª.

(66) MANZINI, *Trattato*, I, pág. 496.

(67) *Programa*, I, párg. 21.

(68) *Philosophie du droit pénal*, II, París, 1880, cap. I.

(69) *Ob. cit.*, pág. 178.

(70) *Ob. cit.* I, pág. 497.

represión, dependiendo su calificación, por tanto, de un orden superior a la voluntad de los legisladores humanos, que éstos no pueden derogar. Ciertamente que el delito se castiga porque es un hecho injusto; no es un hecho injusto porque esté castigado (71). Pero, contestaremos con CARRARA (72), que al definir el delito como infracción de la ley promulgada, damos por supuesto que la ley se ha dictado en conformidad con la suprema ley natural jurídica, y que si al dictar sus prohibiciones el legislador conculca estos preceptos, comete un abuso de poder y su ley es injusta.

Así pues, la esencia del delito radica en la infracción del mandato jurídico-penal, es decir, no constituye delito, si la norma no lo prohíbe como tal. Porque así como lo esencial de todo hecho jurídico es la calificación que recibe de la norma, es decir, la atribución de determinadas consecuencias jurídicas, del mismo modo lo esencial del delito, que es un hecho jurídico, es la calificación que el hecho recibe de la norma jurídico-penal, esto es, la atribución de la consecuencia jurídica de la pena.

Hemos definido el delito como la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena. Pero esta definición, puramente formal, necesita complementarse con la investigación de su contenido, que ha sido determinado a través de una elaboración conceptual iniciada con CARLOS BINDING (73), siendo su verdadero creador ERNESTO BELING (74), cuya posición, tras la rectificación de MAX ERNESTO MAYER (75), llega a su estado actual como es concebida por EDMUNDO MEZGER (76) quien define el delito como la *acción típicamente antijurídica, culpable y punible*, que pone de manifiesto sus notas esenciales. Llámense estas notas, elementos constitutivos (77), requisitos (78), caracteres o aspectos, debe quedar bien firme que el delito es un todo unitario, no una suma de elementos; la consideración, en sí, de un elemento, sólo es legítima en cuanto responde a necesidades prácticas y de sistematización (79); por lo que, si hubiéramos de puntualizar sobre esta cuestión puramente terminológica, nos decidiríamos, con MAGGIORE (80) por el vocablo «aspecto» ya que en éste, se acentúa el valor cualitativo, en tanto que en la palabra

(71) CIVOLI, *Trattato*, 1912, I, 10.

(72) *Ob. cit.*, nota al párg. 21.

(73) *Die Normen und ihre uberrctung*, 1872.

(74) *Die Lehre von Werbrechen*.

(75) *Allgemeine leit des Deutschen Strarechts*, 1915.

(76) *Strafrecht*, 1931, 1938.

(77) CARMIGNANI, *Elementi di dir. crim.*, párg. 101.

(78) CARMELUTTI, *Teoría gral. del reato*, párg. 82.

(79) BATTAGLINI, *Diritto penale*, Bologna, 1940, párg. 84.

(80) *Ob. cit.*, párg. 193.

«elemento», por asociarse al concepto de parte, prevalece un significado cuantitativo. Tales aspectos son: acción, antijuridicidad tipificada, culpabilidad y punibilidad.

La acción.—El hombre es delincuente por su obrar y en su obrar; no delinque en cuanto es, sino en cuanto obra (81). Así el Derecho penal considera al sujeto siempre *sub specie actionis*; y por eso la acción constituye el aspecto básico material del delito.

La acción como voluntaria conducta exterior del hombre comisiva u omisiva produce una modificación en el mundo exterior: el evento. Esta modificación puede ser de varios órdenes; pero sólo cuenta como evento, para la existencia de la acción como primer requisito del delito, el efecto que la ley penal considera en cuanto es consecuencia lógica de la acción, o en cuanto la acción es su causa (relación de causalidad).

Antijuridicidad tipificada.—La antijuridicidad es uno de los atributos de la acción típica sin el concurso de la cual no es posible su calificación como delito. Algunos autores, GOLDSMIDT (82), CARNELUTTI (83), BATTAGLINI (84) han querido prescindir de la ilicitud en la estructura del delito, ya por absorberla en otros aspectos del mismo, bien por considerarla la esencia misma del delito.

No hay duda—dice BATTAGLINI—que el puro hecho material es cosa distinta de su valoración jurídica. Pero el hecho material del delito no es un simple hecho natural; es el hecho que la ley contempla. Porque en la construcción jurídica un hecho que no contradice la ley no interesa. La antijuridicidad no puede ser aspecto del delito porque es el delito mismo.

Sin embargo, tales tentativas, se resuelven en meras sustituciones verbales, permaneciendo la antijuridicidad como uno de los aspectos irreducibles del delito.

Superadas las tesis de la doctrina de las normas de BINDING (85), la fórmula de la conducta injusta de GRAF DU DHONA (86), la teoría de las normas de cultura de MAX E. MAYER (87) y la posición dualista de FRANZ VON LISTZ (88), hoy domina en la doctrina la tesis jurídica de la antijuridicidad. Se ha vuelto así al concepto de la antijuridicidad de CARRA-

(81) PESSINA. *Manuale*, 1899, I, 112.

(82) *Contributo alla sistematica della teoria gen. del reato*. Riv. it. di dir. pen., 1934.

(83) *Ob. cit.*, págs. 82 y sigs.

(84) *Ob. cit.*, págs. 116 y sigs.

(85) *Normen*, II, pág. 151.

(86) *Rechtswidrigkeit*, pág. 35.

(87) *Kulturnormen*.

(88) *Tratado*, T. II, págs. 323 y sigs.

RA (89) sobre la que basa su teoría del delito como ente jurídico. La idea de delito—dice—no es más que una idea de relación: la relación contradictoria entre el hecho del hombre y la ley; en esto consiste el ente jurídico.

Por consiguiente, como expresa MEZGER (90), un hecho es antijurídico, simplemente, cuando contradice las normas objetivas del Derecho. De este modo, situado el concepto de lo antijurídico en un plano superior a la distinción entre las diversas ramas jurídicas, no es posible encontrar una diferencia ontológica entre ilícito civil e ilícito penal. Así, el delito es, indudablemente, acción antijurídica; pero también es antijurídico, por ejemplo, el incumplimiento de un contrato, que ni es delito ni concierne al Derecho penal, y, por tanto, no toda acción antijurídica interesa al mismo.

Es preciso, que la antijuricidad, en lo que concierne a la fundamentación del delito, aparezca determinada de manera precisa e inequívoca (91), debiendo acudir para determinarla a su concreto disciplinamiento en el Derecho vigente.

En efecto; ya hemos observado que la acción—como primer aspecto del delito—ha de ser típica; entendiéndose por hecho típico o por tipicidad la cualidad de un hecho en virtud de la cual, éste, se puede subsumir en alguno de los tipos o figuras de delito descritas por el legislador.

Ahora bien, el tipo lleva en sí lo antijurídico, porque el legislador, al describir un hecho—por ejemplo matar a un hombre—indudablemente ha tenido en cuenta que esto es antijurídico. El hecho simple de que habla BELING, es decir, el hecho natural ajurídico o extrajurídico, no cuenta para el ordenamiento jurídico; ante el hecho indiferente, el Derecho dice: No sólo te ignoro, sino que no existes. El fundamento de la antijuricidad de la acción yace en la misma ley penal (92). Y esta antijuricidad especial, «tipificada», «típica», no una antijuricidad cualquiera, es la que queda sometida a un tratamiento penal.

Mas, pensamos, que si la tipicidad lleva en sí la antijuricidad y sólo interesa ésta—a los efectos penales—en cuanto está tipificada ¿no sería suficiente hablar de acción típica, prescindiendo del adjetivo «antijurídica», al modo de BATTAGLINI? (93). No; porque el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente *en tanto no exista una causa de exclusión del injusto* (94). Es decir, la antijuricidad—con consecuen-

(89) Programa. I, parg. 35.

(90) Tratado, trad. Rodríguez Muñoz, I, pág. 278.

(91) MEZGER. Ob. cit. I, pág. 298.

(92) MEZGER. Ob. cit. I, pág. 311.

(93) Vid. págs. 33 y sigs.

(94) MEZGER, ob. cit., pág. 308.

cias penales—, no existe sin la tipicidad, pero sí es posible el caso inverso: hechos que siendo típicos, es decir, teniendo la apariencia de antijurídicos, no lo son, en sustancia, en cuanto la ley los justifica.

La culpabilidad.—Mientras ligando el primer elemento del delito al tipo de hecho definido en la ley, se resuelve un problema de alto valor político, con la exigencia de la culpabilidad se establece, como base del código un gran principio moral (95).

La culpabilidad, término científico para designar uno de los aspectos esenciales del delito, no significa otra cosa que reprochabilidad jurídica. Ahora bien, para poder realizar tal reproche, se necesitan ciertas condiciones y presupuestos. Y de aquí, una segunda definición, la de MEZGER, como «conjunto de presupuestos que fundamentan frente al sujeto la reprochabilidad personal de su conducta típicamente antijurídica».

La misma definición nos pone de manifiesto cómo, por encima de esos presupuestos, antes de penetrar en los mismos, es preciso la existencia de una conducta injusta. La culpa criminal, sin obrar antijurídico es una quimera (96).

Tales presupuestos son: la imputabilidad y la responsabilidad. La culpabilidad presupone la antijuricidad y la supera en cuanto comprende un elemento más: la subjetividad (97).

La imputabilidad.—El hombre no puede ser culpable si previamente no es imputable, es decir, si no reúne un mínimo de condiciones psíquicas por las que el delito pueda serle atribuido, o como dice el P. MONTES (98): «Conjunto de condiciones necesarias para que el hecho pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó como a su causa eficiente y libre».

De modo que la imputabilidad es la cualidad o modo de ser del hombre en virtud de la cual pueden serle atribuidos los actos que realiza y sus consecuencias; es la común capacidad de entender y de querer que existe en todo hombre con desarrollo mental y mentalmente sano, «normal», «igual a sí mismo y semejante a los demás», diremos con TARDE. Por eso tales condiciones no se establecen nunca en los códigos en forma positiva, sino negativa, es decir, se determinan las causas que excluyen la imputabilidad, porque el legislador se representa siempre la imagen del hombre «normal», apareciendo la inimputabilidad como

(95) BATTAGLINI. Ob. cit., pág. 140

(96) BELING. *Die Lehre von Verbrechen*, pág. 78, cit. por CUELLO CALÓN, ob. cit., pág. 307.

(97) MAGGIORE. *Principi*, I, Bologna, 1939, pág. 298.

(98) Ob. cit., vol. I, pág. 326.

excepción (99) (psicosis, psicopatías, siempre que tengan hondura y permanencia suficiente (100), menor edad, etc.). De modo que la imputabilidad es una expresión técnica para denotar la personalidad o capacidad penal.

Imputabilidad y capacidad.—Algunos autores, como MANZINI (101), quieren contraponer o distinguir la imputabilidad de la capacidad. La imputabilidad se refiere—dice—a las condiciones concretas en las cuales el individuo debe encontrarse en el momento de la ejecución del delito; mientras que la capacidad se refiere a las condiciones abstractas (o la normalidad) para que el individuo sea sujeto de Derecho penal.

Pero esta duplicidad de términos (capacidad e imputabilidad) no responde a una duplicidad de conceptos y relaciones reales, porque, como veremos seguidamente, o la capacidad es la imputabilidad, o si es distinta, no sirve a los fines del Derecho penal.

La capacidad es una universal categoría jurídica: es la abstracta posibilidad de recibir los efectos del ordenamiento jurídico (sujetos de derechos, titulares de derechos y obligaciones), común a todo derecho, público y privado, civil y penal; coincide con la misma cualidad del hombre.

Bien distinta es la capacidad de obrar, es decir, la capacidad de realizar actos jurídicos, y, en general, acciones con efectos jurídicos; tal capacidad de obrar puede ser negocial, procesal, y delictiva. Pues bien, la capacidad de obrar transferida al campo específico del Derecho penal, deviene, precisamente, imputabilidad; entre los dos conceptos hay identidad absoluta.

En efecto, mientras realizo cualquier actividad—dice MAGGIORE (102)— sin cometer un delito, nadie indaga si soy capaz de Derecho penal; porque sería una búsqueda abstracta, privada de razón y de gusto. El problema surge cuando cometo una específica y concreta acción delictiva; en tal caso sí preguntan si tengo capacidad, pero, entonces, se trata ya de la imputabilidad, toda vez que ésta se refiere a las condiciones concretas en que el individuo debe encontrarse en el momento del delito.

Nada nos importa que el sujeto sea, normalmente, capaz de Derecho penal, si es lo cierto que en el momento del delito o de poner en marcha la cadena causal, no era capaz de Derecho penal. Lo que nos inte-

(99) MEZGER. Ob. cit., T. II, pág. 55

(100) R. ALBERCA, *Comentario al apartado 1.º del art. 8.º del Código*, págs. 111, 118 y 128, en *Comentarios*, T. I, FERRER SAMA.

(101) *Diritto penale*, Torino, 1941, vol. I, pág. 608.

(102) Ob. cit. Vol. I, pág. 315.



resa es esta capacidad en el momento de la realización del delito, y esto es, precisamente, la imputabilidad.

Imputabilidad y responsabilidad.—Así como hemos rechazado que la capacidad sea un presupuesto de la culpabilidad independiente de la imputabilidad, haciendo coincidir ambos conceptos, por el contrario admitimos la distinción entre imputabilidad y responsabilidad como términos que expresan conceptos realmente distintos, considerando la responsabilidad como segundo presupuesto de la culpabilidad.

MAGGIORE (103) quiere desconocer la distinción entre imputabilidad y responsabilidad, estimando que el lenguaje común emplea indistintamente los dos términos; y que la casi totalidad de los filósofos han considerado los dos términos como equivalentes. Se esfuerza en concentrar todo en un pletórico concepto de imputabilidad, porque ésta no tendría significación si no llevase la obligación del agente de sufrir los efectos de la propia conducta.

De conformidad con el sentir común de la doctrina distinguimos ambos conceptos. Para DE MARSICO (104), la imputabilidad se refiere a la capacidad de entender y de querer, virtual, abstracta; en tanto que la responsabilidad se refiere a la conciencia y voluntad concreta del hecho. Así como el Derecho privado distingue la capacidad de querer de la efectiva voluntad en los negocios jurídicos, así el Derecho penal distingue la capacidad de querer—que sería la imputabilidad—de la efectiva voluntad—que sería la responsabilidad.

Para nosotros la distinción más clara y correcta es la de CAVALLLO (105). La imputabilidad—dice—es la capacidad del sujeto de realizar su conducta en coherencia con una norma y, por tanto, la posibilidad de atribuir al autor su acción, sea buena o mala, es decir, independientemente de que se haya o no violado la norma. La responsabilidad es la obligación del sujeto de responder de la acción cometida, a él imputable, surgiendo sólo tal obligación cuando la acción es mala penalmente.

Por tanto, deducimos que la responsabilidad es un concepto que se produce en función de dos factores: la imputabilidad (capacidad del sujeto para que su acción pueda serle atribuida) y la antijuricidad tipificada (acción mala penalmente). Tal es el sentir de CUELLO CALÓN *al* definir la responsabilidad como el deber jurídico que incumbe al individuo imputable de dar cuenta del hecho realizado (106).

(103) Ob. cit., págs. 316 y sigts.

(104) *Diritto penale*, pág. 242.

(105) *Libertá e responsabilitá*, Torino, 1933, pág. 40

(106) Ob. cit., pág. 307.

Culpabilidad en sentido estricto.—Sustentada sobre estos dos presupuestos de imputabilidad y responsabilidad, surge la culpabilidad en sentido estricto.

El sujeto responsable—imputable que ha realizado un hecho anti-jurídico—tiene el deber jurídico de dar cuenta del hecho realizado. Y, al responder de su acción, en ese juicio de valor sobre el contenido de la culpabilidad, que reside ya en el sujeto, en el que se juzga de la acción, no en su aspecto exterior, como conforme o no con la ley, sino en el pensamiento y voluntad que la anima, se realiza el análisis del grado de la voluntad del agente en la producción del evento dañoso o peligroso.

Pues bien—y esto es fundamental para la teoría del motivo—, tan pronto como la voluntariedad, en cuanto al evento, aparezca, ya en forma directa (dolo), o como imprevisión del resultado previsible (culpa), surge la culpabilidad en sentido estricto, que no es más que «la declaración de que el sujeto es acreedor a una pena (107)», por existir una «transgresión imputable de una ley penal» (108).

La punibilidad.—De todos los aspectos del delito es, indudablemente, la punibilidad el de mayor relieve. Y, realmente, no es más que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena constituye un elemento del tipo delictivo (109).

El ordenamiento jurídico responde a un principio único, derivado de su fin fundamental, también único, que es el de mantener el equilibrio entre los intereses de los coasociados, y, según una visión más moderna del Derecho, el de promover el desenvolvimiento de todos los valores de la vida. De aquí la unidad del ordenamiento jurídico, aun cuando por la diversidad del objeto y de los medios de tutela, se subdivida en varias ramas o secciones.

Para la consecución del fin aludido el Derecho actúa esencialmente con una serie de mandatos (naturaleza imperativa del Derecho), los cuales regulan, ya la conducta de los coasociados, en cuanto particulares, ya el funcionamiento de los órganos del Estado y de las demás Entidades de carácter público, para la actuación de la voluntad del Derecho.

La trasgresión del mandato supone, por la naturaleza misma del Derecho y por el fin que con él debe obtenerse, la necesidad de reintegración del interés ofendido y del orden jurídico violado, mediante la sanción. Por tanto, toda norma jurídica aparece integrada por dos elementos: el precepto y la sanción. Es, precisamente, mediante la san-

(107) CUELLO CALÓN. Ob. cit., págs. 307 y 308.

(108) MAGGIORE. Ob. cit., pág. 298.

(109) CUELLO CALÓN. Ob. cit., pág. 502.



ción que la manifestación de la voluntad contenida en el precepto, por sí mismo privado de fuerza, deviene norma jurídica obligatoria.

Ahora bien; tal reintegración puede tener lugar de diversos modos, es decir, la sanción es de diversas clases. En algunos casos, por la naturaleza del interés ofendido, por la cualidad de la ofensa, por la imposibilidad o ineficacia de hacerlo de modo distinto, la reintegración tiene lugar infligiendo al autor del daño un mal denominado pena.

La sanción penal no se establece sólo porque es una sanción más grave, ni tampoco por la naturaleza de los bienes tutelados, sino porque dada la naturaleza de los hechos a que se refiere, y de las consecuencias que produce en la vida social es la sola que a aquellos hechos puede adaptarse; en tales casos la norma es penal.

De este modo resulta ser la sanción la que origina la variedad de normas jurídicas (penales, civiles, etc.). La verdad —dice CARNELUTTI— es que el precepto «no matar», «no robar», no es civil ni penal; no es una norma, sino una fracción de norma. La clasificación en civil y penal no es una clasificación de normas sino de sanciones. En el mismo sentido, MAGGIORE (110) para quien mientras el precepto es indiferenciable de una norma a otra, es la sanción la que imprime el *quid propium* a la norma.

La sanción penal da carácter de originalidad al Derecho penal, no sólo cuando la norma tiene un contenido que no se encuentra en otro campo del Derecho, sino también cuando los bienes que tutela están protegidos por otras normas no penales, pues en tal casa la sanción «pena» imprime nueva forma al precepto, ya que el mandato jurídico penal no tutela el bien en sí, en cuanto pertenece al particular, sino en cuanto bien social asumido, como propio, por el Estado.

III

EL MOTIVO EN LAS LEGISLACIONES MAS ANTIGUAS

Nos proponemos aquí realizar un somero examen de algunos preceptos de las más antiguas legislaciones, al sólo fin de aportar la prueba documental de que *la valoración del motivo psicológico de la acción humana, es connatural al delito y al derecho penal.*

(110) Ob. cit., pág. 28.

En el Código de Hammurabí (111)

Notabilísima es la consideración que el Código hace del elemento subjetivo en general y del motivo en particular.

Distingue el dolo de la culpa, fundamentando ésta ya en la imprudencia o imprevisión: «si cualquiera conoce el vicio de su buey de dar cornadas y no le despunta la cornamenta y encierra al buey, y el buey embiste a un hombre libre y le mata, el propietario deberá pagar media mina» (H. 251); ora en la negligencia: «si alguno fleta un barco y se lo entrega a un capitán y éste, por negligencia, hunde o pierde el barco, el capitán deberá restituir al propietario barco por barco». (H. 236).

La buena fe, como clásica hipótesis de exclusión del dolo, aparece en el Código, pues, en tanto que en el núm. 226 establece la pena de amputación de la mano para el esquilador que imprime la marca de esclavo inalienable a un siervo, sin el consentimiento del amo, el número siguiente, 227, dispone que el esquilador deberá jurar: no lo he señalado intencionalmente, y quedará absuelto.

El reconocimiento de la eficacia discriminante de una hipótesis de estado de necesidad aparece clarísimo en el siguiente texto: Ham. 133: «si alguno es hecho prisionero y en su casa hay de qué sustentarse, pero la mujer abandona su casa y se va a otra, porque aquella mujer no ha custodiado su casa, deberá ser judicialmente condenada y arrojada al agua». Por el contrario, en el núm. 134 dice: «si alguno es hecho prisionero y en su casa no hay de qué sustentarse, y su mujer marcha a otra casa, ésta deberá ser absuelta». De modo que el estado de miseria, de necesidad inmediata justifica la conducta que, determinada por otro motivo, sería delictiva.

En las lesiones personales la pena aplicable es el talión (H. 196, 197, 200, etc.); pues bien, en el caso de legítima defensa previsto en el número 206, el sujeto activo sólo deberá pagar al médico; resarcimiento del daño limitado al «damnum emergens».

La legítima defensa es extendida también a la de los bienes. Se declara lícita (H. 21) la muerte del ladrón que es repetida por todas las legislaciones con presupuestos diversos.

El uxoricidio por adulterio tiene aquí su primera regulación: H. 129: «si alguno sorprende a su mujer yaciendo con otro, tendrá la facultad de atarlos y arrojarlos al agua». La semejanza, a treinta siglos vista, no puede ser más clara con el artículo 428 de nuestro vigente Código.

(111) *Luigi di Hammurabi*, con prefazione e note del Prof. B. BOFANTE, Milano, E. Libreria. MANZINI. *Il diritto penale nella più antica leggeconosciuta*, en Riv penale, 1903, págs. 662 y sigts. COCURILO. *I moventi a delinquere*, págs 35 y sigts.



Pero es sobre todo interesante la consideración que el Código hace del motivo como parte integrante del tipo: En materia de homicidio establece el Código (H. 153): «si la mujer de un hombre libre ha hecho matar a su marido, *por causa de otro*, se la deberá clavar en un palo». La pena de muerte en la mujer es siempre ejecutada mediante su arrojamiento al agua, forma natural y apropiada en un país de grandes ríos; ahora bien, en la hipótesis citada, a causa del motivo, se hace más cruel e ignominiosa.

Señala un caso de hurto calamitoso: «si en la casa de alguno estalla un incendio y otro que viene a extinguirlo echa su ojo sobre la propiedad del dueño de la casa, deberá ser arrojado al fuego mismo». Aquí la facilidad de ejecución, la situación favorable al delito, actúa como motivo secundario y concurrente; y por eso la pena normal de muerte es particularmente atroz y ejemplar.

El falso testimonio sólo es considerado en función del ánimo de lucro (H. 4): «si alguno se presenta como testigo, *por grano o dinero*, deberá soportar la pena conminada en el proceso.

Derecho Hebreo

En la legislación hebrea aparece la valoración del motivo más restringida que en el anterior Código examinado y en un plano ético-religioso.

En referencia al aspecto subjetivo del delito, en general, aparece sobre todo la afirmación de un principio notable: La rigurosa personalidad de la responsabilidad penal; el padre mismo no responde de la obra del hijo. (Deuteronomia, XXIV, 16, 4; Libro de los Reyes, XIV, 6, 2; Libro de Ezequiel, XIII, 20). Ello supone un progreso respecto al Derecho babilonio en el que el hijo pagaba con la vida la culpa del padre (H. 230). Los textos que parecen contradecir este principio son más bien afirmación o promesa de la ira divina, que verdaderas sanciones penales. (Ez. XXIII, 23; Re. XIII. etc.).

Distingue el dolo: «Quien golpea a un hombre, *queriendo matarle... sea muerto*». (Exodo XXI, 12), de la simple culpa; «quien mata a otro por error, sin conciencia y sin voluntad». (Josue, XXII, 3). Casos de culpa son considerados también la omisión de la debida cautela en la custodia del animal y excavar pozos sin cubrirlos cuando de tales hechos se deriva algún daño para otro. (Exodo, XXI, 28-36).

De la culpa separa la noción del caso fortuito que aparece clarísimo del contraste entre los siguientes textos: «Si un buey golpea a un hombre o mujer y éste resulta muerto, el buey deberá ser lapidado, y no se comerá su carne; el dueño del buey será inocente». (Exodo, XXI, 28).

Pero si el buey daba habitualmente cornadas, y si el dueño lo conocía y no le tenía bajo custodia, el buey será lapidado y el dueño muerto». (Exodo, XXI, 28-32). Es de advertir que, reconociendo lo excesivo de esta sanción se admitía la composición pecunaria. (Exodo, XXII, 14, 15).

Un caso de fuerza mayor se encuentra en el Deuteronomio (XXII, 25-27). El texto precedente (XXII, 23-25) preceptúa que «si alguno se uniera carnalmente con una virgen, debe ser, juntamente con la mujer lapidado; y ello porque la última hubiera podido pedir socorro y no lo hizo». Y el pasaje siguiente ya citado establece: «Si, por el contrario, un hombre encuentra en el campo a una virgen, y yace con ella usando de la violencia, deberá morir, pero la mujer será inocente, porque sufrió la violencia; ella estaba sola en el campo, pidió ayuda, pero nadie podía socorrerla». Como se ve es un caso de fuerza mayor presunta *juris et de jure*.

Es la primera legislación en la que se recoge el *motivo patriótico*. El homicidio cometido por defender la independencia y libertad de la patria, no sólo se declara meritorio, sino inspirado por Dios, proclamándose bendito su autor, no obstante sea premeditado y realizado del modo más cínicamente traidor, como cuando el agente se finje profeta, dice a la víctima que le va a hablar en nombre de Dios, y le asesina. (Jueces, III, 14-15; 16-21; 27-28; y V, 24-27).

Es también la primera legislación que reconoce la legítima defensa sin limitarla al propio agredido, sino extendiéndola, explícitamente, a la defensa de otro (L, XIX, 16). Y la defensa de los bienes, con la condición de nocturnidad, con plena eficacia discriminante. (Exodo, XX, 2-3).

Del motivo como integrante del tipo hay dos ejemplos. El hurto en el cual el móvil del lucro parece elemento esencial ya que, en numerosos textos se insiste sobre la condición de que la cosa sea vendida o de otro modo directamente disfrutada. (Exodo, XII, 1-3; XXI, 16; Deuteronomio, XXIV, 16, etc.). El delito cometido por el juez que, *por dinero*, dicta sentencia injusta. (D. XVI, 19; Exodo, XIII, 2; etc.).

Entre los motivos discriminantes, es decir, los motivos que hacen legítima o penalmente impune una acción que, originándose en causa diversa sería criminal, existen numerosos textos de ejecución del precepto religioso. Célebre es la matanza ordenada por el mismo Moisés cuando descendiendo de la montaña, después de haber recibido las leyes del Señor, encontró al pueblo abandonado a la orgía y adorando al becerro de oro. (Exodo, XXXII, 15-20).

Una institución típicamente hebrea, en la que algunos quieren ver el precedente de la moderna ley de Lynch, es el deber de reaccionar



con inmediata violencia contra el que trata de apartar al pueblo de la fe tradicional. Está recogido en el Deuteronomio, XIII, 1-9, y se refiere al falso profeta que excita al pueblo a abandonar la fe del padre; deberá ser muerto al instante: «Si vuestro hermano, vuestro hijo, vuestra esposa, excita para que se adore a los falsos dioses extranjeros, nos os dejéis seducir por sus palabras; no os dejéis llevar de compasión; ningún perdón: vuestra mano le golpeará inmediatamente, y después todo el pueblo le golpeará». Como se ve el motivo particular que informa la conducta es la defensa de la religión.

En el Manava Dharma Sastra (112)

La grandiosidad de esta obra no queda empañada por la distinción de castas, principio que no debe impresionarnos demasiado, toda vez que la distinción de clases frente al Derecho penal ha llegado hasta la Revolución Francesa.

Por lo que se refiere al elemento subjetivo en general, existe una evidente referencia al dolo concebido como conciencia de la intrínseca ilicitud de la acción: «La pena... cuando cada uno de éstos (las diversas clases sociales) conoce perfectamente el bien o el mal de su acción». (M. VIII, 338).

La valoración del motivo del delito aparece psicológicamente acusada y precisa en el Código de Manú, revelando un profundo conocimiento del alma humana.

La pena como contraspinta al delito y como spinta al obrar lícito y a la conducta honesta aparece en (M. VIII,340): «Para ayudar al rey en sus funciones, Dios creó, desde el principio, el genio de la pena... El temor de la pena que permite a todas las criaturas gozar de lo que les pertenece impidiéndoles transgredir su deber. La pena es un rey enérgico, un administrador hábil... la pena gobierna al género humano, le protege. La pena rige el género humano porque un hombre espontáneamente virtuoso se encuentra difícilmente».

Entre los motivos discriminantes aparecen, ante todo; la legítima defensa: «Un hombre debe matar, sin dudar, al que se arroje sobre él para matarle, si no tiene algún medio para evitarlo, aunque éste sea su amo, o un niño, o un viejo doctor de la ley. Matar a un hombre que comete una tentativa de homicidio, en público o privado, no produce en modo alguno la responsabilidad del matador; el furor contra el furor». (M. VIII, 349).

(112) THONISSEN. *Etude sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens.*



En materia de falso testimonio, el motivo piadoso libera completamente de todo pecado: «En todo caso en que la afirmación de la verdad pueda ocasionar la muerte de un Sudra, etc., si se trata de un delito cometido en un momento de turbación, y no de un delito premeditado, una mentira es preferible a la verdad». (M. VIII, 103-5).

El abandono del padre, madre, esposa o hijo constituye delito, pero si la causa de tal abandono encuentra su motivo en haber aquéllos cometido un delito, está justificado». (M. VIII, 389).

Es delito para una mujer beber en una fiesta líquidos enervantes y frecuentar los espectáculos y asambleas. Es delito para el hombre hablar con mujer extranjera. Pues bien, los dos hechos son lícitos si existe el consentimiento de la persona que tiene poder sobre la mujer (M. XIX, 84 y M. VIII, 361). Es una verdadera hipótesis de consentimiento del ofendido.

El motivo como circunstancia agravante aparece en un texto referente a la deposición falsa en juicio, en que la multa va progresivamente aumentando en importancia según que el motivo sea por miedo, por amistad, por concupiscencia. (M. VIII, 120-21). Se observa aquí la progresiva irritación del antimotivo penal en relación con la creciente separación del motivo del delito de las normas de convivencia social.

El motivo que parece natural o al menos psicológicamente predominante, respecto del hecho castigado, aparece, con frecuencia, como elemento constitutivo del mismo. Así, el deseo de lucro determina: el delito contra la buena fe del tráfico: Se castiga con destierro y multa al que, *por avaricia*, no da ejecución a un convenio al que estaba obligado por juramento, o falta de otro modo a su promesa. (M. VIII, 123, 219); el delito contra el orden económico: castiga con la confiscación de sus bienes al comerciante que, *por deseos de lucro*, exporta mercancías prohibidas que constituyen monopolio del rey. (M. VIII, 399); contra el orden social: el destierro es conminado para el que, *por concupiscencia*, se dedica a ocupaciones reservadas a las clases superiores. (M. X, 96).

Recoge un motivo típicamente antisocial en materia de difamación: multa al que por maldad, afirma: esta muchacha no es virgen. (M. VIII, 225).

CAPITULO SEGUNDO

EL MOTIVO EN LA DOCTRINA

I

TEORIAS DEL MOTIVO COMO ELEMENTO DEL DELITO

El valor atribuído por la doctrina al motivo psicológico oscila entre dos posiciones extremas:

En tanto que para MANZINI (113) carece de valor: Bien poco interesa conocer los motivos—dice—cuando con el hecho se realiza un delito, ya que su ejecución voluntaria indica en el autor un alto grado de rebelión a la disciplina social. También el infierno está empedrado de buenas intenciones. Otros—como FERRI— (114) concibiendo el motivo como elemento esencial del dolo, hacen depender la existencia del delito de aquél.

Prescindiremos, de momento, de la posición de MANZINI, cuyo sentido negativo y, por tanto, extremo, es más aparente que real. Porque si de sus palabras, anteriormente transcritas, sería lícito deducir, como hacen algunos autores (115), la más absoluta negación del valor del motivo, no es menos cierto que tales expresiones desbordan su propio pensamiento. Así, seguidamente añade: El Derecho penal se sirve del motivo, ya para regular algunos institutos particulares, sea para reconocer una circunstancia agravante o atenuante, bien para la aplicación de la pena dentro de los límites de disponibilidad del juez, independientemente de las circunstancias específicas; y también como criterio de clasificación.

(113) *Trattato*, I, 1949, pág. 637.

(114) *Sociologia criminale*, II, 1930, págs. 262 y sigts.

(115) TANCREDI GATTI. *I movendi del reato nella scienza del diritto penale*. Ferrara, 1927, pág. 5.



Queda, pues, como posición extrema, por exceso, la que podemos denominar Teoría del motivo como elemento del delito, diversificada en Teoría del motivo antisocial, y Teoría del motivo antijurídico.

1.—Teoría del motivo antisocial

Si el delito no sólo es un frío ente jurídico, sino también una expresión viva de la personalidad humana, es lógico que se deba indagar todo el proceso genético, elevándonos desde la acción a las fuentes más remotas que son los motivos psicológicos. Y es justo reconocer el mérito de tal deducción lógica—sin olvidar el precedente genial de Romagnosi—a los positivistas, quienes, sin embargo, exageraron y erraron—por boca de Ferri—al hacer del motivo antisocial un requisito del elemento psicológico del delito natural, confundiendo así el motivo con el dolo, o mejor aún, integrando el uno en el otro.

Esta doctrina positivista del fin antisocial tiene su precedente histórico en los escritores que definían el dolo como propósito malvado o maligno. Para RENAZZI (116) el dolo es «*excogitatum delinquendi propositum conscientiae malignitate suffussum*». Para CREMANI (117) consiste en la «*turpitudinen actionis*», por lo que—según él—, no incurren en delito los que «*simulant ob honestum finem*». Para CARMIGNANI (118) el delito consiste en intención malvada y en la ejecución de la misma.

La consideración de que el fin bueno debe hacer desaparecer el carácter de delincuente lo encontramos en LE SELLYER (119), quien dice que la *bonne intention* es la mira laudable por la cual se nos dirige el fin hacia el cual se tiende por obra de una voluntad que desea el bien; por tanto, esta *bonne intention* debe alejar de aquel que la ha tenido la aplicación de toda ley penal. Y TISSOT (120) estima que la falta de mala intención exime de la pena.

Pues bien; con estos antecedentes y partiendo de un concepto ya expresado por IHERING (121), la escuela positiva definió el delito como acción determinada por móviles individuales y antisociales que turban las condiciones de vida y contravienen la moralidad media de un pueblo dado en un momento dado. Por tanto, la violación de las condiciones de existencia, ha de ser siempre, según lo entiende el positivismo, deter-

(116) *Elementa iuris criminalis*, lib. I, cap. III, párg. VIII, núm. 3. Roma, 1819.

(117) *De iure criminale*, vol. I, págs. 41-42. Torino, 1791.

(118) *Elementi*, párg. 100.

(119) *Le droit penale étudié dans ses principes*. París, 1880. T. I. pág. 36.

(120) *Traite de la criminalité*. I, pág. 125.

(121) Es delito el hecho de poner en peligro las condiciones de vida de la sociedad, comprobado por parte de la legislación (*der zweck im Recht*, I, pág. 401).



minada por motivos antisociales. Ya en este terreno, para que el dolo exista, exige FERRI (122) la concurrencia de tres condiciones psicológicas distintas: voluntad, intención y fin (motivo). La voluntad considera el acto en sí mismo; el disparo de fusil es querido o accidental. La intención se refiere al fin inmediato para la consecución del cual se ha querido el hecho; se dispara el tiro para matar, para hacer ruido, para atemorizar, para ejercitarse en el tiro al blanco, etc. El fin (motivo) se relaciona con el efecto que, queriendo el acto con determinada intención, se trata de obtener y producir; se dispara el tiro para matar, pero con el fin de vengar un ultraje, de robar, de defenderse o de cumplir un mandato de la autoridad.

Afirma que la teoría del motivo determinante es de importancia fundamental en toda la ciencia del delito y la pena. El mismo acto material puede, según FERRI, ser moral o inmoral, jurídico o antijurídico, según el fin para el cual fué realizado. La beneficencia puede realizarse por manía de reclamo o por verdadero espíritu filantrópico; el homicidio puede ser cometido por venganza o por legítima defensa (123). Por consiguiente, para que exista responsabilidad penal es necesario no sólo haber *querido* el hecho, sino también la *intención* de violar el Derecho, con un *fin antisocial y antijurídico*.

2.—Teoría del motivo antijurídico

CONTI (124) pone la base de la responsabilidad penal en la normalidad relativa de condiciones personales y en el hecho determinado por motivos antijurídicos, estimando que es el motivo el que, dando carácter al hecho, hace surgir el verdadero y propio delito, que define como «aquél hecho de pública alarma, contrario al Derecho, que sea cometido por un hombre relativamente normal, *por motivos antijurídicos* correspondientes». De este modo afirma ser el motivo elemento constitutivo del delito, debiendo, por tanto, entrar en la noción del mismo. No puede existir delito que no sea el efecto de impulso antijurídico del agente normal. Así sustituye el concepto del dolo por el del motivo, entendiendo éste como «la interna primera causa de un acto voluntario cualquiera».

(122) Ob. cit., pág. 628.

(123) *Prefazione a la Teoria psicologica de la difamación de Florián*.

(124) *I moventi a delinquere e il codice penale italiano*. Riv. penale. Suplemento. Vol. V. 1896-97, págs. 193 y sigts.

Ancora dei moventi a delinquere. Riv. di discipline carcerarie. Vol. XXII, pág. 605.
Nouve ricerche in torno ai moventi a delinquere. Riv. penale. Vol. 48, págs. 413 y sigts.



Por tanto, el motivo, elemento constitutivo de todo delito, es siempre antijurídico; pero este motivo, específicamente considerado en su intrínseca naturaleza, cualidad y moralidad, puede distinguirse en: singularmente compatible, no malvado, malvado y singularmente reproble.

Tal determinación debe realizarse por obra concorde de la ley y del juez de frente al hecho realizado, mediante la previsión y definición legal, en su líneas generales, de los motivos singularmente reprobables y compatibles, ora para todos los delitos, ya para alguno de ellos. Y tiene por objeto individualizar la pena, graduándola y regulándola en su misma ejecución.

En contraposición al motivo antijurídico, da CONTI el concepto del motivo jurídico que estima como «aquel conforme a las exigencias de la convivencia humana y por tanto representante de una necesidad de derecho y de ley». Estos motivos jurídicos, legítimos o sociales, constituyen, por ley, otras tantas causas de justificación. Declarando, por último, imposible toda clasificación, distingue el motivo, a los efectos penales, en: justificantes, excusantes, diferenciales (atenuantes y agravantes) y cualificantes.

En análogo sentido se pronuncia DURANDO (125), para quien el motivo se ha de considerar con relación al hecho y, por tanto, el motivo del delito es siempre antijurídico, en cuanto es el impulso a la satisfacción de una necesidad o interés particular, en daño de las necesidades o intereses de los coasociados. Así, en quien, por ejemplo, roba para alimentar a su hijo, el motivo antijurídico consistirá en nutrir al hijo robando. Estimando también imposible una clasificación a priori del motivo, los distingue, a los fines jurídicos, en malvados y no malvados, según sean más o menos antijurídicos.

Crítica

a) *Independencia de los conceptos de motivo y dolo.*

Sin entrar en el problema del dolo, al sólo fin de fijar su concepto, entendemos con DE MARSICO (126) que es «la voluntad no coartada de realizar un hecho omisivo o comisivo que la ley contempla como delito, con la previsión del evento que se deriva de la propia acción y la intención de producirlo con la misma»; o como dice CUELLO CALÓN (127),

(125) *Il moventi del reato*. Rivista penale, vol. 97, págs. 31 y sigts.

(126) *Coscienza e volontà*, págs. 163 y sigts.

(127) *Derecho penal*, T. I, 7.^a ed., pág. 319.

con mayor concisión técnica, «la intención de ejecutar un hecho que es delictuoso»; ya que en la palabra intención está comprendida la voluntad encaminada a un evento.

De este concepto en conexión con el del motivo (128), se deriva claramente su independencia, que, justamente, observó ROMAGNOSI (129) al afirmar que «la maldad (motivo) no entra a constituir la índole propia del dolo, aun cuando concurra con él a caracterizar la parte moral del delito».

Tal confusión fué también combatida por los mismos positivistas. Así, FLORIÁN rechaza la tendencia por la cual el motivo es considerado requisito esencial del dolo, por estimar que la cualidad noble y social del motivo sólo excepcionalmente puede eliminar el delito.

La razón suprema de la defensa social—dice FLORIÁN (130)—no permite desarmar la represión frente a las pasiones, a los ideales, a las extravagancias subjetivas, aun cuando sean nobilísimas. No se puede admitir, por ejemplo, que sea lícito el homicidio del semejante realizado en virtud de impulso generoso, o que en el régimen de la propiedad individual privada, sea lícito robar para realizar un acto benéfico. La índole antisocial o malvada del motivo no es requisito propio del contenido del dolo.

Pero la más acertada crítica de la confusión del dolo con el motivo, y, con ello, la distinción técnica entre uno y otro concepto, la realiza MAGGIORE (131). Es preciso—dice—no confundir el dolo con el motivo. El fin que el agente se propone, bueno o malo, es extraño a la noción del dolo; a éste le basta la voluntad de producir un evento prohibido por la ley. El concepto de causa final (il finis prior in intentione sed posterior in executione) nada tiene que ver con la causa jurídica.

El motivo precede al dolo; lo mueve, como dice la misma palabra. El dolo, que es causa psíquica del delito, es, a su vez, un efecto respecto de una causa más lejana y profunda, que es el motivo. Cuando la voluntad se decide a determinar un evento, el proceso de motivación ya ha terminado. El dolo permanece invariable cualquiera que sea el motivo. Se responde de homicidio doloso, tanto cuando se mata para robar, como cuando se mata para librar a la sociedad de un bribón. La moralidad de la acción puede disminuir la punibilidad, pero no suprimir la naturaleza dolosa del acto (132).

(128) Vid. pág. 371.

(129) *Génesi*, párg. 1344.

(130) *Parte gral. del Derecho penal*, trad. esp. La Habana, 1929, I, pág. 449.

(131) *Principi di diritto penale*, I, 1939, págs. 368 y 414.

(132) METTERMAIR. *Dell'idea e del carattere del dolo malo* (en *Scritti germ.*) I, pág. 40.



b) *Inadecuación al motivo de los adjetivos «antijurídico» y «antisocial».*

La antijuricidad es un concepto demasiado perfilado y conciso para que admita libertades de metro y rima.

Rechazando la concepción de CRISPIGNI sobre la doble antijuricidad del hecho delictivo, cuando afirma que «la punibilidad de un hecho es consecuencia de la doble antijuricidad del mismo», situamos la antijuricidad por encima de la distinción entre las diversas ramas jurídicas. No significa otra cosa que lo opuesto al Derecho; el no Derecho—UNRECH— (133). Dados los conceptos del Derecho y del motivo psicológico, claro es que son términos heterogéneos sin posible comparación, por lo que el segundo no puede ser ni conforme, ni opuesto al primero, y, por tanto, ni jurídico, ni antijurídico.

En efecto; el motivo—como energía psíquica—en sí mismo, es incoloro. Sólo en cuanto se dirige a una idea representada, si bien conceptualmente distinta, se confunde, en la práctica, con ésta, adquiriendo su nombre y condición.

Ahora bien; la idea representada—fin remoto que, concebido por el sujeto como un bien, quiso alcanzarse—puede ser mensurada con el módulo de los valores morales, pero no compararse con el Derecho; pues siendo el Derecho *relatio ab alterum*, sólo la conducta exterior puede ser conforme o contraria al mismo, es decir, jurídica o antijurídica.

Por lo que se refiere a la necesaria intisociabilidad del motivo, diremos con IMPALLONI (134) que el motivo no es siempre antisocial, pero siempre esencialmente antisocial es la acción delictiva. Así la misma necesidad impulsa a un individuo a perfeccionar un contrato de compraventa y a otro a perfeccionar un delito de estafa; el motivo es el mismo en ambos: el deseo de obtener un lucro. Y sin embargo la primera acción es lícita y está rodeada de garantías legales, en tanto que la segunda es castigada; y nadie dirá que el motivo, en la primera hipótesis es antisocial.

II

TEORIAS DEL MOTIVO COMO CIRCUNSTANTIAE

Pertencen a este grupo la gran mayoría de los autores—BENTHAN, ROMAGNOSI, IMPALLONI, FLORIÁN, ALIMENA, MANZINI, CUELLO CALÓN,

(133) Vid. págs. 377 y sigts.

(134) *L'omicidio nell diritto penale. Il carattere dei moventi nell'omicidio premeditato.* Torino, 1899, pág. 189.



BATTAGLINI, MEZGER, etc.—quienes, independizando la motivación del dolo, atribuyen a aquélla el carácter de pura *circunstancia* en referencia al concepto del delito en general, sin perjuicio de aquellos casos en los que, por designio de la ley, entra el motivo a formar parte del delito como uno de sus elementos constitutivos.

Pero tal denominador común no impide que a esta circunstancia —motivo—le den muy diverso alcance, por lo que se hace preciso subdistinguir:

1.—Circunstancia modificadora de la responsabilidad criminal

Para unos sólo tiene valor de causa modificadora de la responsabilidad criminal. Así, JEREMÍAS BENTHAN (135) considera la utilidad como causa del obrar humano, y, por ende, como fuerza que impulsa al hombre al delito. Entendiendo que la utilidad es un término abstracto que indica la tendencia de una cosa a evitar el mal y conseguir el bien; y que, mal, es pena, dolor o causa de dolor, y, bien, es placer o causa de placer. Por ello, el catálogo de los motivos no es, para él, más que el catálogo de los placeres y de las penas, que pueden clasificarse según la tendencia a unir o desunir los intereses del individuo con los de sus semejantes, de donde deriva la distinción fundamental de motivos *sociales* y *antisociales*. Los motivos puramente sociales brotan de la benevolencia (simpatía y buena voluntad hacia las personas), subdistinguiendo los *semisociales*, como el amor de la reputación, la amistad, la religión.

Los antisociales son la antipatía y sus derivados, entre los que quedan incluidos los egoístas, que denomina personales: los placeres de los sentidos, el amor del poder, los intereses pecuniarios, el deseo de la propia conservación. Agrupa los motivos sociales y semisociales bajo la denominación de motivos tutelares, y los antisociales y personales, bajo la de motivos seductores.

Ahora bien; puesto que el mismo motivo puede tanto conducir a una acción buena como a un delito, al juzgar una acción es preciso valorar principalmente sus efectos, pudiendo valer la consideración del motivo únicamente para disminuir o agravar la pena. De modo que una acción realizada por motivo tutelar, será mejor, desde el punto de vista de su cualidad moral, que la realizada por motivo seductor, valiendo así el motivo como causa agravante o atenuante.

(135) *Traité de législation*. Cap. I, pág. 9, Bruselas, 1829.



ROMAGNOSI (136) considera que el hombre se determina a la acción movido por el deseo de procurarse el placer y alejar de sí el dolor, coincidiendo, en esencia, en este aspecto, con BENTHAM. Para él, el móvil único, universal y constante de la acción humana, es el amor de la propia felicidad, esto es, el propio bien real o aparente, puesto que la voluntad, por ley natural e infalible, se determina siempre por aquello que le parece mejor.

Este motivo, que denomina *spinta criminosa*, lo considera como fuerza resultante de tres elementos: el deseo del fruto del delito, la esperanza de conseguirlo y de eludir la pena. La *controspinta* penal, consiste, en vista de la *spinta criminosa*, en contraponer la amenaza de una pena análoga a la índole presunta del deseo criminal y proporcionada al grado presuntivo de la energía de este deseo.

Por tanto, para hacer eficaz la *controspinta* constituida por la pena, se hace preciso considerar el motivo, pero ¿cómo medir la energía o cantidad de éste, es decir, de la *spinta*? El criterio mensurador es del todo relativo; así, por ejemplo, si se dice que alguien delinque por nada o por poco, este nada o poco debe entenderse relativamente, teniendo en cuenta la causa por la que suele venir comúnmente el delito y del sabido y acostumbrado interés que hace obrar a los demás. La grandeza de esta causa, contemplada por el legislador y el magistrado, no debe confundirse con la grandeza del motivo contemplado por el propio reo. El impulso delictivo que ha de tenerse en cuenta no es aquel que obra en cada singular individuo, sino aquel modo común y acostumbrado de obrar de un determinado pueblo. Y ello es así, porque si la acción preventiva debe ser general y perpetua, la impulsión *criminosa* que debe tenerse en cuenta no es aquella que obra en cada singular individuo, sino que ha de ser deducida del modo de obrar acostumbrado.

Por tal razón, el punto de partida para determinar la mayor o menor gravedad de la causa del delito, viene establecido por el legislador consultando el término medio de la acción ordinaria de esta causa. Y con ejemplos prácticos expone los criterios a seguir para distinguir la diversa naturaleza del motivo. En el delito contra la propiedad se debe distinguir si el daño producido es debido a un puro daño y entonces el delito debe atribuirse a malevolencia; o si el daño fué realizado con sustracción de objeto útil, y entonces el motivo fué el lucro. En un delito contra la persona el hecho mismo declara la intención del autor; si éste sólo ha matado, el motivo es la malevolencia; si ha robado a la víctima el motivo es el lucro.

(136) *Génesis*, párrs. 1376, 1432, 1434, 1437, 1438, 1441, 1451, 1452, 1449, 1447, 1504.



Clasifica los delitos según su origen: a) por maldad, que representan la máxima violación de los comunes sentimientos morales, en la que distingue dos especies: la concupiscencia y la malevolencia; b) por licencia, cometidos por menosprecio del orden público y leyes subsidiarias; c) por exceso de poder, son aquellos en los que si bien existe un principio de necesidad natural, en el modo de ejercitar nuestro derecho o de satisfacer nuestro laudable anhelo se viola el orden necesario a la convivencia; d) por impulso ajeno, que vienen suscitados por motivos suministrados u ordenados por otros.

Por último, interesantísimo es hacer constar que ROMAGNOSI no admite motivos incriminantes ni discriminantes, al afirmar que el daño y el dolo se buscan para saber *cuando* se puede castigar, la spinta (motivo) para saber *como* se puede castigar.

Si la sociedad—dice ALIMENA— (137) siente un mal, el mal es el mal, cualquiera que sea el motivo que mueve al que lo ocasiona, no pudiéndose tener en cuenta el motivo sino en la latitud o clase de pena confiada al juez. En análogo sentido se pronuncian: CUELLO CALÓN (138): el motivo de la acción sólo puede apreciarse para determinar la mayor o menor culpabilidad del agente y la medida y hasta la clase de la pena; BATTAGLINI (139) para quien «el *motivo* tiene importancia notable como elemento que *modifica la quantitas delictis*»; y COCURULLO, para quien la consideración del motivo tiene importancia en los casos concretos, en paridad de condiciones: dada la misma objetividad criminosa, puede ser castigada más o menos gravemente, según el motivo que la ha inspirado. La fuerza agravante o atenuante del motivo está en su mayor o menor disconformidad con la norma de conducta social. Como criterios para determinar los motivos agravantes señala: 1) Bajeza del motivo; 2) Desproporción entre el motivo, el fin y la lesión del Derecho; 3) Mayor resistibilidad; 4) Espontaneidad; 5) Peligrosidad (140).

COCURULLO (141) partiendo de la base de que no es posible tratar de separar el motivo de la acción sin, de modo simplista, polarizar todas las fuerzas que obran en el ánimo humano hacia tipos preestablecidos de motivos, cree que éstos podrían dividirse en egoístas (que podrían ser los siete pecados capitales, según la Iglesia), semiegoístas (vínculo de sangre), altruistas (amistad, piedad, amor de la patria, amor del prójimo),

(137) *Principios*. V. II, págs. 237 y 312. Trad. CUELLO CALÓN. Madrid, 1915.

(138) *Ob. cit.*, págs. 322.

(139) *Diritto penale*, part. gral. Bologna, 1940, págs. 170 y 171.

(140) *I moventi a delinquere*. Napoli, 1927. pág. 233.

(141) *Il moventi ...*, Suplemento alla Rivista penale, Vol. I, 1920, pág. 281.

y por último, no clasificables, que encuentran su explicación en el misterio de la psique humana.

2.—Circunstancia modificadora y eximente de la responsabilidad criminal

Para otros el motivo puede tener también carácter discriminante:

IMPALLOMENI (142) estima como insuficiente e inadecuada cualquier clasificación de motivos, considerando que absolutamente antisocial no son más que la concupiscencia y malevolencia; pero que los demás motivos, incluso aquellos calificados de altruistas y por ende considerados, erróneamente, como absolutamente atenuantes, pueden impulsar a una acción no menos peligrosa y por ello antisocial. A los fines penales no hay, pues, motivos sociales ni antisociales, sino motivos de diversa naturaleza, capaces de turbar más o menos el orden social.

La mayor antisociabilidad del motivo, sólo es determinable a posteriori, en la indefinible variedad de su desenvolvimiento a través del delito, es decir, en su efectividad. Pero, justamente, en determinar cuáles son los motivos antisociales—observa IMPALLOMENI—reside toda la dificultad de la materia. Y el terreno válido, sobre el que debe fundarse la teoría del motivo, es que la mayor o menor antisociabilidad del mismo consiste en la mayor o menor difundibilidad del peligro social.

Distingue el motivo en discriminante, atenuante, diferencial y agravante. Discriminantes son aquellos que responden a una necesidad de derecho (hecho cometido por obediencia jerárquica; legítima defensa, etc.). Son atenuantes los motivos, si, entre delitos objetivamente idénticos, excusan porque, aun no pudiendo legitimar una acción, están no obstante en dependencia de una necesidad legítima (falso documento para hacerse un documento probatorio de un hecho verdadero; el infanticidio y delitos semejantes por salvar el honor, etc.). Los motivos son diferenciales si valen para distinguir un delito de otro, como en el secuestro de personas, el fin de lucro distingue el rescate del simple delito contra la libertad. Los motivos, en fin, son agravantes, si, entre delitos objetivamente idénticos, revelan una mayor peligrosidad del delincuente, por su carácter más antisocial.

Reconoce FLORIÁN (143) que el criterio de la cualidad del motivo psicológico sólo sirve para distinguir la delincuencia grave y antisocial de

(142) *Istituzioni di diritto penale*. T. I, 1921, párgs. 120, 121, 170. *L'omicidio nell diritto penale. Il carattere dei moventi nell'omicidio premeditato*. Roma, 1888.

(143) *Teoría psicológica de la difamación*. Parte general del Derecho penal, Trad. esp. La Habana, 1929, Vol. I, pág. 450.



la ocasional y ligera; debiendo corresponder a la distinción de los delincuentes, según los motivos, una distinción en la pena y en los procedimientos defensivos. Sin embargo, por aplicación del principio positivista de la peligrosidad, viene a reconocer la posibilidad del valor eximente del motivo al afirmar que «si el motivo excluye la temibilidad, ello puede, excepcionalmente, hacer superfluo algún procedimiento defensivo». Por ejemplo, se funda sobre la consideración del motivo para sostener que el que comete difamación con nobleza de intención, no se hace responsable de un delito, porque sólo la antisociabilidad del fin y del motivo puede constituir l'ánimus difamandi.

Características especiales, sólo original en cuanto a su formulación técnica, ofrece la posición de EDMUNDO MEZGER, para quien el motivo forma parte integrante de la culpabilidad (no del dolo). Sin aceptar él la posición de M. E. Mayer de que las especies y los grados de la culpabilidad son, sin excepción alguna, «especies de una motivación censurable», reconoce, sin embargo, la importancia de la motivación para el concepto de culpabilidad del Derecho vigente.

La culpabilidad es tanto como reprochabilidad jurídica, que ha de derivarse, precisamente, del juicio de culpabilidad. Pues bien—y esta es la tesis de Mezger—, al contenido de este juicio, como una de sus partes integrantes, pertenecen los motivos del autor (144).

Esta doctrina, en sí misma, es exacta y no encierra otra originalidad que la de su formulación. Es exacta por cuanto, aun prescindiendo, por hipótesis, de aquellos casos discutibles, en los que el motivo puede eliminar la culpabilidad, nadie puede negar que el juicio de culpabilidad se refiere no sólo a su declaración, sino también a su medida, en la que han de entrar en juego las agravantes y atenuantes, alguna de las cuales encuentran su fundamento en el motivo. No es original en cuanto siempre las circunstancias modificativas de la responsabilidad han sido estimadas, precisamente, en el juicio de culpabilidad, como su natural sede. Y hasta por lo que se refiere a su indudable novedad enunciativa—mero «hallazgo verbal», parodiando frase de FERRI (145), en referencia a otros problemas—, ¿qué diferencia esencial entre el motivo como «una de las partes integrantes del juicio de culpabilidad» (MEZGER) y el motivo como uno de los medios «para determinar la mayor o menor culpabilidad del agente»? (CUELLO CALÓN).

Por último, independientemente de la valoración del motivo en referencia a la responsabilidad criminal, todos los autores lo estudian tam-

(144) *Tratado de Derecho penal*. T. II, págs. 40-44. Trad. de Rodríguez Muñoz.

(145) *Principios*, pág. 141, nota. 1

bién como elemento constitutivo, cuando exigiendo la ley un fin determinado (dolo específico) éste coincide con el motivo. Al motivo considerado bajo este aspecto le denominan algunos autores (146) incriminante, sin que falten solitarias posiciones que niegan su existencia (147). Otros en fin, como ya dejamos indicado (148), admiten además en el motivo un valor diferencial «si valen para distinguir un delito de otro».

Crítica

Rechazada ya la concepción del motivo como elemento constitutivo del delito, la verdad, en cuanto a su valoración jurídica, se encuentra enclavada dentro de la consideración del mismo como circunstanciae, concretándose el problema a dilucidar si el motivo sólo puede valer para atenuar o agravar la responsabilidad, o también para eliminar ésta.

Sin embargo, la solución concreta de la cuestión no es tan simplista como su mismo planteamiento. Sin entrar a fijar nuestra posición, que reservamos para el momento de nuestras conclusiones, sólo adelantaremos que, inclinados del lado de aquellos que no dan al motivo otro alcance que el de posible causa modificadora de la responsabilidad, estimamos, no obstante, que no es esta una afirmación que valga de modo absoluto sin ulteriores aclaraciones delimitativas de su justo valor.

Pero, no es suficiente afirmar que el motivo sólo puede servir para modificar la responsabilidad criminal, ¿y cuál es el motivo que atenúa y cuál el que agrava? Si respondemos que atenúa el motivo social, altruista, moral, etc.; y que agrava el antisocial, egoísta, inmoral, etc., la interrogante queda abierta. ¿Y cuál será, en concreto, el motivo social y el antisocial? Justamente en tal determinación reside toda la dificultad de la materia (149), pues, precisamente, en el juzgar lo bueno y lo malo es donde aparece más acusada y menos susceptible de armonización la divergencia (150).

Se habla vulgarmente—dice BENTHAN (151)—de motivos buenos y malos; es un error. El motivo que, en ciertos casos, conduce a la realización de una obra reputada buena o indiferente, puede, en otros, ser causa de una acción delictiva.

Un indigente roba un pan, otro lo implora, un tercero trabaja para ganarlo; el motivo que les hace obrar es exactamente el mismo: la ne-

(146) GATTI. *I moventi del reato nell diritto positivo*. Ferrara, 1927, pág. 4.

(147) COCURIULLO. Ob. cit., pág. 246.

(148) IMPALLOMENE. Ob. y lug. cit.

(149) IMPALLOMENE. *Instituzioni di diritto penale*, págs. 120-21. Torino, 1921.

(150) PLATÓN. *Eutipone*, XIII.

(151) *Principes du Code pénal*. Cap. XIII, pág. 133. Bruselas, 1829.



cesidad física del hambre. Un hombre piadoso funda un hospital para los pobres, otro realiza una peregrinación a la Meca, otro asesina a un príncipe que cree hereje; sus motivos pueden ser exactamente iguales: el deseo de conseguir los favores divinos, según sus opiniones.

¿Será motivo social, por ejemplo, el instinto de conservación que es la base psíquica del estado de necesidad? Y, en su caso, ¿será tal cuando se concrete en el evento más típicamente antisocial que es la violenta supresión de una vida humana? ¿Será motivo social aquel vínculo familiar que la ley, justamente, muestra tener en tanta consideración y que no es más que una forma del egoísmo? (152).

Examinando, por ejemplo, la clasificación del motivo establecida por PECORARO-LOMBARDO (153), que es una de las más minuciosas, demostraremos cómo no es posible, en la valoración del motivo, partir de tipos preestablecidos del mismo.

Pecoraro-Lombardo hace surgir la clasificación de los motivos en función de las necesidades del hombre, que distingue en individuales y sociales.

Las necesidades individuales son materiales (amor de la vida y amor sexual) e inmateriales. Del amor a la vida surgen: el amor de los alimentos (necesidad legítima) y la gula (necesidad ilegítima); el amor de la propiedad (legítima) y el deseo inmoderado de lucro (ilegítima). Del amor sexual, nace el amor de la mujer (legítimo) y la lujuria y los celos (ilegítimos); el amor de la prole (legítimo) y el ciego cariño del padre (ilegítimo). Las necesidades inmateriales se compendian en el deseo de la verdad, del que se derivan, el amor de la ciencia (legítimo) y el fanatismo científico (ilegítimo).

Las necesidades sociales son: a) el amor propio, del que se deriva, como legítimos, el deseo de honor, amor de la gloria, amistad o amor del prójimo; y, como ilegítimo, el alto sentir de sí mismo, ambición, vanidad, egoísmo, misantropía, desprecio por los demás. b) amor y estima por los semejantes, del que se deriva como necesidad legítima, la benevolencia y piedad, y, como ilegítima, la crueldad y brutalidad. Y c) amor de la patria (legítimo) frente al que aparece el fanatismo político (ilegítimo).

En primer lugar, como señala COCURULLO (154), muchos de los motivos que en la precedente clasificación se consideran como ilegítimos o antisociales, no son más que degeneraciones de sentimientos considerados como legítimos o sociales; o, mejor que degeneraciones—término que

(152) GATTI. Ob. cit., pág. 34.

(153) *Tentativo di una teoria dei moventi a delinquere.*



conviene más a las desviaciones psicopáticas de tales sentimientos—se trata de exageraciones, pasiones más intensas, diferentes de los sentimientos-base, sólo cuantitativamente; por lo que se hace difícil determinar en qué punto la pasión, originariamente legítima, se transforma en ilegítima ya que «natura non cognoscit saltu» (155).

Por otra parte, no es posible afirmar de modo absoluto que el amor sea siempre pasión social, moral, elevada; y los celos, pasión antisocial, inmoral, baja. El amor, en abstracto, podrá ser una pasión noble; pero, en concreto, como motivo de una acción, hay que juzgarlo en función de ésta y de sus circunstancias, con un criterio objetivo de utilidad social. Así, en quien por el amor de una mujer traiciona a la Patria, no podrá apreciarse un motivo social.

Los celos no siempre representan un sentimiento antisocial ya que, como tendencia de exclusión, no es más que un aspecto y necesario derivado del amor. El sujeto que, por celos, acuchilla al amante, y el marido traicionado que, por celos, mata a la mujer, obran por el mismo motivo. Pero, el segundo, que obra por la fuerza de una pura pasión, y tutela sus legítimos afectos o venga la ofensa a sus sentimientos sociales, no mata por un bajo motivo, porque los afectos que sirven para consolidar los vínculos que la sociedad tutela (familia), son afectos sociales. En tanto que nada hay de social en la acción de quien mata a la amante deshonesto por un bajo motivo que tiende a la egoísta satisfacción de sus propios instintos. Lo que quiere decir que el motivo, siendo el mismo, hay que valorarlo en relación con la vida social.

Cierto que existen motivos que asumen un evidente carácter antisocial reconocidos por todos; por ejemplo, la antipatía y sus derivados, según BENTHAN; la maldad y sus derivaciones, según ROMAGNOSI. Pero, en general, el motivo, como impulso, como potencia—que ésta es su principal característica—, sólo es evaluable en cuanto es revelado a través de una conducta y en relación con ella. No obstante el motivo, nadie piensa en excusar el homicidio—dice ALIMENA (156)—sólo porque el homicida pensara enviar a su víctima al paraíso; nadie piensa en excusar el hurto porque el ladrón quiera obligar al robado a una vida de regeneración por el trabajo; nadie piensa en excusar el incendio, porque el incendiario quiera destruir el nido donde otros se abandonan a la orgía (157).

Por eso, los autores—sin perjuicio de intentar una clasificación teóri-

(154) Ob. cit., págs. 185 y sigts.

(155) GATTI. Ob. cit., pág. 21.

(156) *Principios*, V. II, págs. 313, 314. Trad. Cuello Calón.

(157) ALIMENA. *Principios*. Vol. II, págs. 313 y 314.



ca del motivo—ya declaran imposible toda clasificación (CONTI); bien estiman cualquier clasificación insuficiente e inadecuada, por considerar que la mayor o menor antisociabilidad del motivo no es determinable más que a posteriori (IMPALLOMENT); ora aprecian que no se puede separar el motivo de su acción (COCURULLO), porque al juzgar ésta se debe, ante todo, juzgar sus efectos, pudiendo, después, acudir al motivo (BENTHAN) (158).

Nosotros pensamos que el delito y su motivo actúan como dos vasos comunicantes; el delito se impregnará de la coloración del motivo cuando éste, por su propia naturaleza, tenga un evidente y relevante valor (social o antisocial) originando una agravante o una atenuante. Por el contrario, en la generalidad de los casos, el motivo adquirirá su naturaleza, su significación propia, en función del delito, por contraste y comparación con los efectos que produce y circunstancias que le rodean.

En la apreciación por el legislador y por el juez (en los límites a él confiados) del valor del motivo—a través de la acción delictiva a que dió lugar—es preciso no hacer abstracción de la vida social, apreciando la sociabilidad o antisociabilidad en referencia a las necesidades y sentimientos sociales; en cuanto el motivo sea, objetivamente considerado, bueno o malo desde el punto de vista de la utilidad social.

III

EL MOTIVO Y LOS ESTADOS EMOTIVOS Y PASIONALES

En CARRARA la doctrina del motivo del delito permanece en la sombra, no habla de él pero sí de los estados emotivos y pasionales. Y en cuanto éstos, como trataremos de demostrar, no disminuyen la responsabilidad sino en función del motivo que les ha inspirado, corresponde aquí su estudio.

Las pasiones—dice CARRARA (159)—que han impulsado a violar la ley, no deben ser consideradas ni moral, ni políticamente, sino psicológicamente. Distingue las pasiones ciegas de las razonadoras, según las causas que las motivan. Las pasiones motivadas por la apariencia de un bien son siempre razonadoras; dejan al hombre la plenitud de albedrío, no debiendo atenuar, porque el hombre que razona y que calcula está

(158) Obras y lugares ya citados.

(159) *Programa*, parg. 317 y sigts.



sometido a la obligación absoluta de recordar las prohibiciones de la ley.

Las pasiones que nacen de la visión de un mal son ciegas; actúan vehemente sobre la voluntad y traspasan las barreras de la razón, dejando a la inteligencia una menor potencia de reflexión, debiendo admitirse como causas atenuantes, porque merece excusa el que es arrastrado al mal por el ímpetu de una pasión súbita. Sólo tiene este carácter la ira, que se produce por la presencia de un mal sufrido, y el temor, por la visión de un mal que puede sufrirse.

La ira y el temor son, por tanto, según CARRARA, las únicas pasiones a las que el Derecho penal podrá conceder la eficacia de atenuar la imputación. Y esto sólo en su valor psicológico en cuanto impulsan a obrar precipitadamente, roban la calma y el tiempo necesario para reflexionar, desarmando, momentáneamente, de su garantía a la voluntad.

El amor, la amistad, los celos y otras pasiones pueden excusar, no por sí mismo, sino en cuanto son causa de ira y de temor.

Crítica

La distinción de CARRARA entre pasiones ciegas y razonadoras adolece del grave error de estimar que las primeras nacen de la visión de un mal, y las segundas de la contemplación de un bien.

Desde el punto de vista puramente psicológico—en que se sitúa el maestro—no se puede demostrar que la ira que nace de una injusta provocación (visión de un mal) sea más ciega que la ira que nace de la vista de una persona que se opone o es un simple obstáculo a la obtención de una ventaja; ni que el temor de una agresión sea más ciego que el temor de que otro conquiste un puesto disputado (160).

Pero el defecto fundamental, como veremos seguidamente, radica en situar las pasiones y emociones en un terreno puramente psicológico, atribuyéndolas valor modificativo de la imputabilidad exclusivamente en cuanto impulsan a obrar precipitadamente.

El sentimiento es el acto de placer o de dolor que da el tono a cualquier operación de la conciencia. La emoción no es más que un sentimiento más enérgico e intenso que predomina sobre los otros fenómenos psíquicos. Y la pasión es una emoción prolongada, que es a ésta, lo que en patología el estado crónico al agudo, pero que se distingue, además, por el predominio de un estado intelectual (imágenes o ideas); puede definirse como la emoción prolongada e intelectualizada.

(160) ALIMENA. *I limite...* T. II, págs. 385 y sigs.



Por ello, las pasiones y las emociones, que mueven gran parte de las determinaciones humanas, están en la misma línea del sentimiento, como un más respecto de un menos, siempre en el cuadro de la psicología normal (161). Son circunstancias normales respecto de la actividad psíquica individual (162).

Por consiguiente las pasiones, a no ser que irrumpiendo en un fondo anormal degeneren en enfermedad mental (ya no serían simples pasiones), por sí mismas, cualquiera que sea su intensidad no anulan la imputabilidad. Ahora bien; ¿pueden disminuirla?

El artículo 90 del Código penal italiano establece que: «las pasiones y las emociones no excluyen ni disminuyen la imputabilidad», siendo tal precepto respaldado por la moderna doctrina italiana, como derivado inmediatamente de la misma.

En nuestro Código no existe ningún precepto correlativo al precitado artículo 90 que haga tal expresa declaración; pero, en definitiva, sustenta el mismo criterio que el italiano, toda vez que tampoco existe precepto que reconozca los estados emotivos y pasionales como modificadores de la responsabilidad; y sí sólo, como en aquél, ciertos casos específicos de tales estados reconocidos como atenuantes, ya veremos en razón de qué.

Ciertamente, que, como dice el P. MONTES, todo el mundo sabe, por experiencia propia y ajena, la influencia que las pasiones ejercen sobre las resoluciones de la voluntad (163). Pero esta indudable ofuscación de la mente, debilitación de los poderes inhibitorios ¿reducen la capacidad de entender y de querer a una potencia apreciablemente inferior a aquélla que basta para fundar la imputabilidad?

He aquí que nos sale al paso el difícil problema de la imputabilidad disminuída. Y no porque pueda negarse la existencia de la denominada zona media o estados limítrofes, sino porque, como dice ALIMENA (164), se duda sobre si la semi-responsabilidad tenga su razón de existir por los fines y por los medios de la penalidad. Cualquiera que sea la solución adoptada vale a nuestra tesis y está de acuerdo con el derecho positivo, como veremos seguidamente:

Si el estado emotivo o pasional—dice MASSARI (165)—disminuyera la capacidad de entender y de querer, sería lógico llegar a la conclusión de que todos los estados emotivos y pasionales, por serlo, deberían producir tales efectos cualquiera que fuera la índole de la pasión.

(161) RIBOT. *Saggio sulle passioni* 1907. Pág. 15.

(162) MANZINI. *Op. cit.* II, pág. 97.

(163) *Derecho penal español*, I, pág. 404.

(164) *I limite...* T. II, parte 4.ª, Cap. I, págs. 27-36. 1896.

(165) *Verballi della commissione ministeriale*, número 21.



Si partimos de la hipótesis de que los estados emotivos y pasionales no influyen sobre la imputabilidad, la encontramos de acuerdo con el derecho positivo que no da eficacia atenuante a los estados emotivos y pasionales, sino en cuanto entran en uno de los supuestos previstos por la ley (apartado 5, 6 y 8 del art. 9.º). Y la razón la encontramos en el citado autor cuando afirma: «El estado emotivo o pasional no influye sobre la imputabilidad, puede sólo influir sobre la cantidad política del delito; el estado emotivo o pasional es tenido en cuenta, siempre, en conexión con el motivo que le originó» (166).

La pasión es un hecho psicológico; el calor que templa la voluntad y la arma en la lucha por la vida. No hay gran empresa que no esté impulsada por una gran pasión. La pasión, por tanto, queda sometida, más que a un juicio psico-patológico, a un juicio ético (167).

Si, por el contrario, admitimos—y tal es nuestra posición—que las pasiones y las emociones puedan originar un estado de imputabilidad disminuída ¿incurriremos en la contradicción apuntada por Massari? ¿por qué entonces el Código sólo tiene en cuenta ciertos estados?

Grueso error es creer—dice IMPALLOMENI—que la excusa de la provocación se debe valorar en relación a la opinión y a los sentimientos del delincuente; la ley no protege más que aquellos sentimientos que sirven de substrato a la conducta de una civil y ordenada comunidad.

Nos es conveniente—dice CUELLO CALÓN— (168) ante dichas situaciones proclamar a priori su atenuación o su total exención; han de ser los tribunales los que en cada caso, examinando la intensidad de la perturbación de la conciencia, *la calidad del motivo determinante* de la pasión o de la emoción, los que habrán de decidir si existe o no modificación de la responsabilidad.

La solución se muestra impecable en el P. MONTES (169): Verdad es—dice—que la ira o el dolor, sean justos o injustos, pueden producir el mismo efecto respecto de las condiciones de imputabilidad, porque este efecto, se ha de medir según su intensidad y no según la causa que le produce; pero *si el sujeto se deja llevar del arrebató por su excesiva susceptibilidad, por no querer dominar sus pasiones o por haber provocado el motivo que produjo su alteración de ánimo*, lo que falte para la *plena imputabilidad*, en el momento del delito, *existe in causa*, exactamente lo mismo que el delito imputado al embriagado por haberse em-

(166) Ob. y lugar cit.

(167) IMPALLOMENI. *Delinquenti passionali*. Palermo, 1903.

(168) Ob. cit., T. I, pág. 439.

(169) Ob. cit., Vol. I, pág. 405.

briagado, aunque en el momento del delito careciera de conciencia de sus actos.

Y, en efecto, así es, puesto que el problema de la imputabilidad se concreta al momento en que se puso en marcha la cadena causal, no en el de sus efectos, y *en ese momento adquiere toda su eficacia la naturaleza del motivo determinante.*

SEGUNDA PARTE

CAPITULO PRIMERO

NUESTRA VALORACION JURIDICA DEL MOTIVO PSICOLOGICO DEL DELITO

I

La proporción penal

La sociedad se defiende del loco y, en general, de los inimputables y también de la peligrosidad puesta de manifiesto por ciertos sujetos, ora con su conducta social, ya con ocasión de un delito que cometieron. Pero no castiga a los primeros por faltar un presupuesto de la culpabilidad; no pena a los segundos porque a ello se opone el principio de legalidad. Sólo castiga al hombre que ha sido la causa física y psíquica de un hecho conminado por la ley con una pena.

Por tanto, punición y prevención son dos funciones distintas; frente al delito, la pena; frente a la peligrosidad, la medida de seguridad. Y si la peligrosidad social entra en juego en el juicio penal, es sólo como uno más de los elementos que deben considerarse en la proporción penal.

De ello se deriva que todo el Derecho penal, se basa, según frase de BATTAGLINI (170), sobre el binomio «delito y pena»; gira, fundamentalmente, diríamos nosotros, en torno de una ecuación cuyos miembros son, respectivamente, el mal recaído con la infracción de la norma y el que se infringe con la pena.

(170) Ob. cit., pág. 81.



Reducir el mal del delito y el de la pena a un denominador común, este es el problema. Con ello no afirmamos se trate de retribución del mal por el mal, entrando así en la polémica del fin de la pena; decimos nada más que el delito es un mal y un mal es la pena, y que deben corresponderse guardando cierta proporcionalidad.

La pena no es otra cosa que la reacción jurídicamente disciplinada, que sigue a la violación más nociva a la sociedad, y por ello, mayormente reprobada: el delito. Sin perjuicio de que tenga una triple función: jurídica, como reafirmación del Derecho; ética, como retribución del sentimiento de desaprobación social del delito; y sociológica, como medio de defensa social, mediante la prevención general y especial, coacción psicológica de su amenaza y ejecución, en su caso.

La ciencia jurídica penal encamina sus esfuerzos a proporcionar la pena a la energía criminal, es decir, a individualizarla, haciéndola corresponder al fin racional y social de la represión y de la prevención general. Pues bien, relacionada con este problema de la proporción penal, ofreciendo una notable contribución al mismo, se encuentra, como veremos, la doctrina del motivo del delito.

Y como la proporción penal ha de considerarse en dos momentos distintos que se complementan: el legislativo y el judicial; el motivo del delito ha de ser objeto de una doble valoración: por el legislador y por el juez.

II

El motivo queda encuadrado en la órbita de la culpabilidad

Al exponer el concepto del delito y sus notas esenciales (171) vimos —y señalábamos allí su importancia a los fines de la valoración del motivo— que la culpabilidad surge tan pronto como en el sujeto responsable, esto es, imputable que ha realizado un hecho típicamente antijurídico, aparece la voluntariedad del evento. Y, en cuanto tal voluntariedad es impulsada por la representación del bien que el sujeto se propuso obtener, es decir, impulsada por el motivo psicológico, éste queda enclavado en la órbita de la culpabilidad. Nada afirmamos todavía res-

(171) Vid. pág. 382.



pecto del valor del motivo, decimos que si ha de tener algún valor, ha de ser en referencia a la culpabilidad.

Tal voluntariedad puede aparecer, esencialmente, ya como específicamente dirigida al evento (dolo), bien como imprevisión del resultado previsión (culpa). En este segundo caso, no siendo el daño o peligro recaído sobre el bien jurídico, efecto de una específica voluntad, no puede hablarse del motivo, ya que éste es energía psíquica que, dirigiéndose a la idea representada (que falta en la culpa) (172) suscita el movimiento voluntario. Lo que se castiga en tales hipótesis es el error o ignorancia vencibles, no la voluntad dirigida a un fin que es delictivo, por lo que es contradictorio hablar de motivo del delito. Por consiguiente, no sólo queda el motivo enclavado dentro de la órbita de la culpabilidad, sino, concretamente, de la culpabilidad dolosa.

III

El motivo no pertenece al «núcleo» de la culpabilidad,

no pudiendo excluirla en ningún caso

Toda vez que la culpabilidad, repetimos, se basa sólo y exclusivamente sobre la voluntariedad del evento, y aquélla supone siempre un motivo, claro es que éste, cualquiera que sea su significación, no puede hacer desaparecer la voluntariedad del evento, ni, por tanto, eliminar la culpabilidad, ni sus consecuencias: la pena. El hombre que mata por salvar su honor o por conseguir un noble ideal, pudo no matar por sentimiento de caridad o por respeto a la ley. Precisamente *en la libre elección del motivo radica el principio de la responsabilidad*.

Si todo delito, como toda acción, tiene un motivo, resulta evidente que la ley, al prohibir una acción bajo la amenaza de una pena, no ha podido menos de tener en cuenta que aquélla puede ser impulsada por cualquier motivo imaginable. Y si, no obstante tal previsibilidad, la ha incriminado, sin tener en cuenta, en general, motivación especial alguna, es porque no quiere que el motivo, por sí mismo, excluya la responsabilidad criminal.

(172) Tanto vale no prever un resultado (culpa inconsciente) como prever que no sobrevendrá (culpa consciente).



No puede ser de otro modo, porque la ley aprecia de modo diferente que la Moral y la Psicología, el fenómeno criminoso. Porque la función del Derecho se concreta sobre el lado externo de la cogitatio; a la conservación y progreso del orden jurídico importa, sobre todo, el obrar, la conducta del ciudadano más que su modo de pensar, de idear y de sentir. Una disposición que ordenase que el motivo bueno eliminase el delito, sería peligrosa y prácticamente en contradicción con los fines sociales.

El argumento de la inadmisibilidad del motivo como causa común de exclusión de la responsabilidad, se encuentra vigoroso y definitivo en ALIMENA (174). En la noción legal de un delito determinado—dice—va implícitamente contenido un elemento de utilidad, que, aun cuando puede ser erróneo, tiene siempre un valor constante. Así, cuando el Código dice: «El que matare a un hombre será castigado...» enuncia un hecho en el cual el elemento antisocial es siempre reconocible.

Por el contrario, el fin social de la acción individual, es siempre algo demasiado subjetivo y arbitrario; así, cuando el individuo dice: mato por eliminar un bribón de la sociedad, robo al rico para dar al pobre, enuncia un fin demasiado relativo e incierto, que varía en función de múltiples condiciones, incluso la opinión política y la fe religiosa. Para el ateo podrá ser socialmente útil la muerte del párroco y para el creyente la muerte del maestro elemental libre pensador; para un anarquista puede ser socialmente útil la muerte de un rico y para un conservador la muerte de un propagandista revolucionario. La seguridad del ciudadano quedaría malparada si dependiera del criterio subjetivo del primer advenedizo.

Se me puede objetar—añade—que la búsqueda del elemento de utilidad social pertenece al juez, quien no se abandona a la subjetividad del delincuente. Pero, con ello, el problema se desplaza sin resolverse, pues, en tal caso, la solución no sería menos arbitraria ya que, la subjetividad del agente sería sustituida por la subjetividad del juez.

Y por eso el Estado viene y dice al ciudadano: Calcula la justicia tú mismo, pero a tu riesgo. Yo, después—después del hecho—veré si tal acción está animada (según mi modo de ver) del elemento altruista o social que debe transformarla en inimputable e incluso meritoria.

Por ello, el Derecho penal considera para la punibilidad de la acción humana, esencialmente la intención que se dirige a una determinada objetividad exterior; mientras la causa determinante de la volición, que

(174) *I limite...* T. II, págs. 385 y sigts.



se identifica con el deseo, con el impulso, tiene, como veremos, la eficacia de graduar la responsabilidad del acto y la medida de la pena.

IV

El motivo está en la «periferia» de la culpabilidad, por lo que sólo puede valer para modificarla como uno de los factores del juicio sobre la misma

El juicio de culpabilidad no sólo tiene por objeto determinarla, declarando al sujeto, en su caso, acreedor a una pena, sino también la graduación de ésta; una cosa es la punibilidad y otra más delicada su medida.

El reproche derivado del juicio de culpabilidad es el resultado de una valoración esencialmente jurídica, si, pero también social y ética, en su contenido psíquico, en su génesis y en el proceso de formación y des-envolvimiento de toda la acción criminal.

La proporción entre delito y pena encuentra su primer módulo en la propia norma penal: La conciencia individual y social establece una escala de valores con las diversas virtudes, y, en general, con los diversos bienes. Tales bienes, en cuanto protegidos por el Derecho—bienes jurídicos—han de conservar sus diferencias valorativas, puesto que la ley ha de corresponder a la realidad social.

Por tanto, en el catálogo de violaciones y de peligros de los bienes jurídicos, protegidos con la amenaza de una pena (parte especial de los Códigos) existe ya una graduación de su gravedad; es decir, la gravedad objetiva del delito es elemento necesario para su medida.

Y no se crea, como se ha pretendido, que tal criterio ignore totalmente al hombre concreto a quien se ha de imponer la pena. El derecho violado, en su objetividad, nos pone, en cierto modo, de manifiesto la personalidad de delincuente; porque como tantas veces se ha dicho (175), si en la serie de los delitos, por ejemplo, el homicidio es más grave que las lesiones, es porque, el que comete el delito mayor, objetivamente, está más lejos del tipo medio de los demás hombres, que el que comete el delito menor. Por otra parte, como la función represiva se ejercita sobre todos como coacción psicológica, es decir, la amenaza se

(175) *Principios*. Vol. II, pág. 229.



refiere a la colectividad de los hombres, ha de medirse según el derecho violado, tal como lo entiende la colectividad.

Pero la proporción penal no puede alcanzarse con el simple informe jurídico-formal del delito y pena, porque sería tanto como querer aplicar el cálculo matemático a un fenómeno de contenido humano; porque tal proporción no es abstracta, sino que en ella interviene el delincuente como sujeto de la energía criminal.

Na basta, pues, la cualidad del derecho lesionado, es preciso tener en cuenta el grado de la voluntariedad del agente. Pero la sola voluntad consciente no agota tampoco la parte psíquica, intencional, del delito; al lado de la voluntad aparece su causa, es decir, el motivo. Por tanto, entre las varias circunstancias de todo orden, objetivas y subjetivas, por las cuales la misma violación objetiva, aparece, según los casos, más o menos grave, adquiere la máxima importancia la consideración del motivo que, determinando directamente a la voluntad, no puede separarse de ella cuando se trata de la valoración de la responsabilidad de la acción humana.

Verdad que es postulado de la Psicología, que se quiere o no se quiere, se conoce o no se conoce, el hecho en oposición con la norma que lo prohíbe u ordena bajo amenaza de sanción penal; la volición consciente no es un quid psíquica y jurídicamente fraccionable. Pero no es menos cierto que la volición considerada como actividad práctica, en su momento de manifestación morfológica en el mundo exterior, admite un más o un menos de intensidad, una diversidad de dirección objetiva y una *diversidad de impulso determinante* de la volición criminosa que *se resuelve en otras tantas voliciones éticojurídicas de dolo penal*, con determinados efectos sobre la medida de la imputación del acto y de la pena (176).

En resumen, aceptamos—con las reservas a que hemos de referirnos más adelante—la posición sostenida por la mayoría de los autores de que, como dice CUELLO CALÓN (177), el motivo sólo puede apreciarse para determinar la mayor o menor culpabilidad del agente y la medida y hasta la clase de la pena.

Puesto que no se puede otorgar al juez la facultad de frustrar la ley, la eficacia del motivo, en sus manos, se limita a atenuar o agravar la responsabilidad criminal, y, por tanto, la pena.

Ahora bien; si el delito puede adquirir mayor o menor gravedad en función del motivo; y si, de otra parte, el legislador sólo en circunstan-

(176) ALFREDO ANDREOTTI. *La doctrina y clasificación del motivo del delito*. Es. positiva. 1923, pág. 463.

(177) *Ob. cit.*, T. I, pág. 322.



cias excepcionales puede considerar «a priori» el motivo, estableciendo atenuantes o agravantes en consideración al mismo, resulta evidente que el juez puede y debe investigar el motivo para obtener la debida proporción penal.

Para ello se hace necesario habilitar los medios legales adecuados para que, sin excesos, el juez pueda tener en cuenta ampliamente el motivo, no sólo mediante la mayor latitud en la aplicación de la pena, sino también de la elección de su clase, y de los sustitutivos penales: arresto domiciliario, condena condicional, etc.

Es de advertir aquí que, en cuanto a la elección de clase de pena, no admitimos el viejo sistema de las penas alternativas o paralelas, privativas de libertad, de igual duración y sólo distintas en cuanto se estiman o no como deshonrosas y en cuanto también es vario el sistema de cumplimiento.

Así el último Código del Imperio alemán (art. 20) preceptuaba que cuando pueda elegirse entre la pena de reclusión y la de detención en una fortaleza, se impondrá la primera cuando el hecho punible se hubiere cometido por un móvil deshonroso. El Código holandés establece para los delitos inspirados en móviles bajos, la pena de prisión, y para los determinados por motivos más elevados, la de una custodia honesta. Según el Código noruego, la pena de arresto podrá reemplazar a la de prisión si las circunstancias permiten suponer que el acto no es el resultado de móviles inmorales. Y en sentido análogo el Código del Brasil (art. 16), Proyecto de la República Argentina (art. 63, n.º 5), Código de la República de San Marino (art. 35, n.º 7), etc. etc...

Rechazamos la distinción entre pena infamante y no infamante, porque, en cierto sentido, toda pena es deshonrosa en cuanto afirma la comisión de un delito; es el delito, por tanto, y no la pena, el que deshonra. Y si no es posible evitar que, de hecho, la condena perjudique el crédito del sujeto, no debe ser la ley la que sancione tal consecuencia con las penas paralelas, toda vez que la readaptación del sujeto a la vida social tiene como premisa que el liberado pueda adquirir el crédito social perdido; en este sentido, *El Estigma*, de Echegaray, es bien expresivo.

Por otra parte, la diversa forma de ejecución de la pena—que distinga también las penas paralelas—, puesto que se trata de individualizarla, debe adaptarse, en lo posible, a la personalidad del delincuente, no al motivo, aun cuando en la determinación de aquélla, sea un factor a considerar.

El juez (juez especial, nuevo, perspicaz)—dice CONTI (178)—llamado

(178) *Ancora dei moventi a delinquere*. En per honoranze a Carrara, pág. 147.



por la ley a buscar en todo delito cometido el motivo característico correspondiente, deberá, en razón de este motivo, y en concurso necesario y directo con los otros datos objetivos y especialmente subjetivos, proveer libremente en los términos de la ley misma; y todo ello sin desorden ni peligro alguno, ni para la acusación ni para la defensa.

V

El motivo no exime, pero puede aparecer como «rattio essendi» de algunas causas de exclusión de la responsabilidad criminal

Ya hemos visto que el motivo, estimado por el juez, no es apto, en ningún caso, para eximir de responsabilidad criminal.

Pero si el motivo *no puede valer* para eximir, no es menos cierto que, *ha valido* ya a tales efectos; queremos decir, simplemente, que el motivo ha sido tenido en cuenta en el momento legislativo, de tal modo que algunas causas de exención han sido establecidas por el legislador en consideración al mismo.

Son causas para cuya apreciación el juez no tiene que realizar indagación alguna sobre el motivo, bastando que compruebe concurren los requisitos legales. Pero tales requisitos no son, en verdad, otra cosa que la versión legal del motivo; es decir, en el motivo se encuentra la razón íntima de la eximente.

En casos semejantes, no es el motivo el que excluye la responsabilidad, sino causas diversas: la defensa legítima, el parentesco, etc. Pero tras de ellas, desdibujado y en la sombra, palpita el motivo determinante, en consideración al cual fueron establecidas. Es el motivo con prueba preconstituída: la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley. Examinaremos el problema, con detalle, en referencia a nuestro Código (179).

VI

El motivo como elemento constitutivo del delito

La simple voluntad de producir el evento dañoso o peligroso constituye el dolo genérico, que es el elemento psíquico necesario y, en gene-

(179) Vid. págs. 421 y sigts.



ral, suficiente, para la imputabilidad de los delitos no preterintencionales o culposos.

Y decimos, en general, porque ciertas figuras de delito exigen, además del dolo genérico, una particular intención, un ánimo especial en el sujeto, denominado dolo específico (por ejemplo, ánimo de lucro, arts. 500 y 514, 1.º y 2.º; ánimo de causar perjuicio, art. 306; de ocultar la deshonra, arts. 410, 414, 488).

La consideración del dolo específico, aun cuando va ligado a la voluntad del agente, a su intimidad psíquica—el sujeto quiere el evento (dolo genérico) en cuanto conduce al fin especial querido (dolo específico)—encuentra su lugar apropiado dentro de la antijuricidad tipificada, de tal modo que será ésta la que desaparezca, si falta dicha específica intención, y no la culpabilidad. Porque cuando el tipo posee elementos integrantes de carácter subjetivo, en cuanto concurren a integrar el tipo y sin éste no hay antijuricidad, constituyen «elementos subjetivos del injusto» (180).

Pues bien; el dolo específico ¿coincide con el motivo? Determinar si el dolo específico es o no la expresión del motivo (estimado por la ley), es resolver un problema-clave para la debida valoración del motivo en referencia a las particulares tipificaciones delictivas.

Con la exigencia de un dolo específico, es decir, de un elemento subjetivo especial ¿quiso la ley expresar el motivo de la conducta o simplemente el fin inmediato de la misma? En la doctrina, no obstante partirse de un principio conforme: necesidad de distinguir entre fin y motivo, impera enorme confusionismo en la consideración concreta de los particulares casos.

Tomemos, por ejemplo, el ánimo de lucro en el robo. Para unos (181), ánimo o fin de lucro y motivo coinciden en el robo, porque sitúan a aquél entre los denominados motivos diferenciales, que distinguen el robo del ejercicio arbitrario de la propia razón. Por el contrario, otros autores (182) niegan consideración de motivo al ánimo de lucro, porque la obtención de lucro—dicen—es el fin a que va dirigida la acción criminal, y el motivo será la concupiscencia, la extrema necesidad o cualquier otro que pueda quedar escondido en el fondo de la psique individual.

Falta la teoría—al menos no la conocemos—que plasme un criterio general, y, por tanto, científico, de distinción, para conocer cuándo el dolo específico coincide y cuando no con el motivo determinante. No es

(180) CUELLO CALÓN. Ob. cit., pág. 209.

(181) IMPALLOMENI. *Istituzioni di diritto penale*. Torino, 1921, págs. 120 y sgts.

(182) COCURRELLO. Ob. cit., pág. 198.



superfluo insistir, porque aclarará notablemente la cuestión, que aquí se trata del motivo tal como lo entiende la ley.

Percibiendo el peligro de toda rotunda afirmación en materia tan insegura, creemos haber encontrado la solución mediante la aplicación al tema, con las naturales diferencias de propósito, de la teoría de la «unicidad» de CARRARA (diferencia entre actos preparatorios y de ejecución) y la posición de MEZGER, en cuanto a la relación de causalidad en la acción.

Nuestra posición la enunciamos del siguiente modo:

Cuando suprimido in mente el dolo específico requerido por el tipo, la acción descrita queda incompleta por no contener en sí misma el fin operis, es equívoca; en tales casos el dolo específico viene a dotar de significación a la acción, adscribiéndola un fin inmediato propio, ya para determinar la precisa intención de la voluntad, o la objetividad del derecho lesionado.

Cuando, por el contrario, suprimido in mente el dolo específico, la acción descrita contiene en sí misma su fin concreto, es inequívoca; y entonces el dolo específico exigido por la ley, viene a significar el motivo de la acción que la ley ha tenido en cuenta.

De conformidad con esta teoría, puesto que tanto el apoderamiento de cosas muebles ajenas, con violencia o intimidación (art. 500), como el tomar las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño (art. 514), son acciones por sí mismas suficientemente significativas, el dolo específico de ánimo de lucro exigido en uno y otro precepto, significa el motivo de la acción de apoderamiento o sustracción, que la ley requiere.

Hemos de insistir de nuevo que se trata del motivo captado por la ley para configurar el delito, es decir, del motivo legal, que a tenor de la doctrina y de la jurisprudencia es multiforme; significa—como dice CUELLO CALÓN (183)—cualquier ventaja, provecho, satisfacción o goce que el agente aspira a obtener. Tiene un contenido generalmente económico, pero puede ser también de naturaleza afectiva o estética.

De este modo, resulta que quien roba para socorrer a un necesitado, como el que lo hace para satisfacer sus propios vicios, tienen un fin único inmediato: apropiarse de la cosa ajena, y si actúan, ciertamente, impulsados por motivos distintos, éstos, se unifican en el espíritu de la ley, como elemento constitutivo del delito, en un mismo y único motivo: procurarse un goce o satisfacción ilegítimos. Sin perjuicio de que, posteriormente, pueda entrar en juego la índole moral de aquella satisfacción.

Ilustremos la doctrina con otro ejemplo: la consideración del *animus injuriandi* en la injuria.

(183) Ob. cit. T. II, vol. II, 4.^a edición, pág. 123.

Dada la redacción del art. 457 del Código: ...toda expresión proferida o acción ejecutada *en* deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona, claro es que, como dice GROIGARD (184), «no basta que la expresión sea en sí un ataque al crédito o al aprecio que disfruta una persona, sino que ha de ser «proferida en descrédito o menosprecio de ella» y, por consecuencia, con intención de perjudicarla en su fama y reputación». Igualmente la jurisprudencia ha sentado la doctrina de que el ánimo de injuriar es elemento esencial y constituye el concepto jurídico de la injuria.

Pues bien; este *animus injuriandi* ¿coincide con el motivo de la conducta? No; aquí el *animus injuriandi* no tiene otra función que la de concretar el fin inmediato de la conducta, sin el cual ésta quedaría desdibujada. Se trata sólo de voluntad de ofender compatible con los más variados motivos: el resentimiento por un daño recibido, el deseo de revelar la conducta reprobables del ofendido, justificar la propia conducta, etc. Seguidamente, completaremos nuestra valoración jurídica del motivo, con su inmediata aplicación al Código penal español.

(184) El Código Penal de 1870, comentado, T. V., pág. 391. Madrid, 1911.



CAPITULO SEGUNDO

EL MOTIVO EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL

I

Generalidades y terminología

La elementalidad de los pueblos primitivos origina que en ellos los delitos sean relativamente pocos, caracterizados por la brutalidad y tendencia desenfrenada a satisfacer los deseos más inferiores. Paralelamente, el legislador se detiene en una casuística extrema que se manifiesta en la minuciosa consideración, no sólo de las más pequeñas variantes objetivas de un mismo obrar criminal, sino también, como vimos en el examen de las legislaciones más antiguas, por lo que a la motivación se refiere.

El desenvolvimiento de la sociedad produce, de un lado, nuevas necesidades y con ellas nuevos motivos de delito; y, de otro, complica y perfecciona la criminalidad. La ley, siguiendo a la delincuencia en este desenvolvimiento, va creando más y más figuras de delito, pero, como contrapartida, las dota de mayor amplitud y generalidad, reduciendo así la casuística. El mismo proceso de generalización se nota en cuanto a la consideración del motivo. Nuestro Código desconoce, por ejemplo, la discriminación específica del hurto famélico.

Tal proceso es consecuencia, no de una debilitación de los sentimientos de solidaridad humana, sino de una más fina elaboración científica, pues como, a tal respecto, afirma FINZI (185), «el silencio de la ley

(185) *I furti privilegiati*. Torino, 1913, pág. 133.



moderna es indicio de progreso científico en cuanto sustituye la norma especial y los relativos peligros por el concepto general del estado de necesidad».

Sin embargo, este proceso de generalización está todavía muy lejos de alcanzar la meta deseada. Hay múltiples circunstancias de naturaleza psicológica, relativamente comunes y capaces de influir en las determinaciones humanas del modo más general y en las actividades más diversas, y, no obstante, su consideración está restringida a ciertas figuras de delito, no teniendo eficacia respecto a otras figuras a las que igualmente convendría.

No pretendemos realizar, por lo que al articulado de nuestro Código se refiere, una enumeración exhaustiva de los casos en los que se ha tenido en cuenta el motivo determinante del obrar, sino sólo de aquellos en los que la influencia del motivo es más relevante.

La terminología de nuestro Código para expresar el motivo psicológico es de lo más variada, dificultando extraordinariamente todo trabajo de sistematización.

La palabra «motivo», con el significado propio de nuestro tema, es empleada, expresamente, en muy pocos casos (art. 9.º, circunstancia 7.ª; art. 11, art. 85, art. 370). En otros casos emplea los términos: «móvil» (arts. 198 y 235); «ánimo» (arts. 209, 306, 500, 514); «fin» (arts. 414, párrafo 2.º; 260); «intención» (304, 307); «objeto» (322, párrafo 2.º); «para ocultar la deshonra» (410, 414, párrafo 1.º); «con miras» (440, 558); «en defensa, cumplimiento» (art. 8, núms. 4, 5, 6 y 11); etc. Es fundamental advertir que si en los artículos citados, los diversos términos y expresiones son sinónimos de motivo, pueden también ser empleados, y lo son, en otros artículos, con significado distinto, para completar exteriormente la norma.

Otras veces, el motivo se expresa mediante la referencia a una pasión o a un sentimiento, ya indicados explícitamente con voces del lenguaje común (arts. 9, 5, 6, 8 y 9), ora implícitamente contenido en el precepto (arts. 18, 428, etc.).

Independientemente de que el motivo verdadero que ha impulsado al culpable puede no coincidir con el motivo que resulta del proceso—cuestión de prueba ajena a nuestro estudio—cuando la causa motivadora la deriva la ley de las circunstancias de hecho, por ejemplo, artículo 428—, tendremos la motivación que podríamos denominar legal, de tal modo que probados los extremos que la ley exige, no podrá demostrarse, aun cuando sea cierto, que el agente ha obrado por motivos distintos.

II

El motivo como razón íntima de algunas causas de exención de la responsabilidad criminal

La ausencia de cualquiera de los elementos o aspectos del delito, excluyendo el mismo, se conocen con el nombre genérico de causas que excluyen la responsabilidad criminal. Sin embargo, la causa de tal exclusión es de naturaleza muy diversa y de consecuencias varias, dando lugar a diferentes institutos jurídico-penales.

De las eximentes recogidas en el art. 8.º de nuestro Código, las de los apartados 1.º, 2.º y 3.º se fundamentan, exclusivamente, en la inimputabilidad del sujeto; las de los apartados 8.º y 12.º en la falta de culpabilidad en sentido estricto; y la del apartado 9.º, en la falta de acción.

Nos queda sólo, pues, a considerar, las causas de exención de la responsabilidad: *a)* por exclusión del injusto (núms. 4, 5, 6 y 7, en cuanto a bienes de valor desigual, y 11); *b)* por no exigibilidad de otra conducta (núm. 7, en cuanto a bienes de igual valor, y núm. 10). Y la denominada excusa absolutoria del art. 18. Veamos ahora si todas estas tienen por fundamento el motivo determinante.

a) Por exclusión del injusto.—La legítima defensa, necesaria para rechazar un ataque antijurídico y actual contra el que se defiende o contra un tercero (186), es legítima en sí misma porque por ella la tutela jurídica se mantiene en la única forma que hacía posible las circunstancias del caso.

Igualmente legítima es la actuación en estado de necesidad, como situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en la que no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos (187), en el caso de bienes jurídicos desiguales, puesto que el Derecho quiere que prevalezca el bien jurídico más importante.

En cuanto al cumplimiento de deberes y ejercicios legítimos de derecho, como en ambos casos es obrar en ejecución de la ley, ver en ello un delito—dice GARRAUD—es tan absurdo como imaginar una ley que no deba ser ejecutada.

(186) MEZGER. *Tratado*, I, pág. 380

(187) LISZT. *Lehreuchs*. Trad. esp. II, pág. 341.



Por consiguiente las tres son causas de justificación, en cuanto basadas en el «principio del interés preponderante», «excluyen la antijuricidad de una conducta que entra en el hecho objetivo determinado en una ley penal» (188). Y si la actuación de quien obra en cualquiera de las tres hipótesis es ajustada a Derecho, es decir, no hace sino usar de un derecho que no excede de los límites concedidos a su libertad de obrar, no es posible, en principio, hablar de delito, ni, por tanto, de motivos del mismo.

Creemos—dice ALIMENA refiriéndose a la justificación (189)— que el hecho no es delictuoso, porque falta uno de los elementos del delito, y, por tanto, no hay necesidad de recurrir a la índole del motivo. ¡Evidente!; igual sucede cuando falta la culpabilidad o la acción, pero ¿por qué falta dicho elemento? Si es cierto que eximen porque son justas, no es menos cierto que son justas en cuanto obedecen a una motivación especial: ánimo de defenderse o defender a otro, en la legítima defensa; de tutelar el bien jurídico en peligro, en el estado de necesidad; de cumplir un deber, etc.

En la legítima defensa ha de exigirse, pensamos, el ánimo de defenderse o de defender a otro, en contra de la opinión de MEZGER (190), para quien lo que importa es el fin objetivo de la acción, no el fin subjetivo del agente. Si un cazador en la montaña—dice—mata a su enemigo con un tiro de fusil y, posteriormente, se demuestra que en el momento en que lo hizo se disponía el que resultó muerto a disparar sobre él, será aplicable la legítima defensa del párg. 53 del Código. De modo que para la existencia de la legítima defensa basta con que, objetivamente, se den los requisitos de la misma, aunque el sujeto ignore que, con su acción, ha rechazado una agresión injusta.

Nada más erróneo; la legítima defensa es repulsa de una agresión y para rechazarla es preciso conocerla. Ahora bien; quien ataca a otro, sin conocer que a su vez es atacado por éste, ataca pero no contraataca, actúa pero no reacciona, que es el significado propio de la defensa legítima. Tal interpretación está de acuerdo con nuestro Derecho positivo, que en los apartados 4, 5 y 6 del art. 8.º se refiere al que obra *en defensa...*; es decir, para defender a otro o defenderse, apareciendo evidente en el apartado 6.º, al exigirse que el defensor *no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo*.

En el estado de necesidad, de la contemplación de los mismos requisitos generales exigidos por la doctrina: amenaza de un mal e inevitabili-

(188) AUGUSTO KÖHLER. *Deutsches Strafrecht*, pág. 341-342.

(189) Ob. cit. Vol. II, pág. 111.

(190) Ob. cit., pág. 385.



dad o necesidad del acto, se deriva la existencia del ánimo de tutelar el bien jurídico en peligro. Por ello nuestro Código exige que el que actúa lo haga *impulsado* por un estado de necesidad, y, como dice FERRER SAMA (191), ello significa «la exigencia de una especial *motivación* en el actuar del agente».

En cuanto al cumplimiento de deberes y ejercicio legítimo de derechos, pretende ALIMENA (192) pulverizar la tesis de la fundamentación de la excusa en el motivo determinante, preguntando ¿qué se diría del que ejecuta un deber impuesto por su cargo, aun cuando sea movido por odio hacia aquel contra quien lo ejecuta?

La respuesta, para nosotros, es bien sencilla. Si se dan realmente los requisitos de obrar en el cumplimiento de un deber, y, sin sobrepasar sus límites, es decir, siendo necesario la realización del acto perpetrado, el agente se aprovecha de las circunstancias para dar satisfacción a su odio, aparece, claramente, un doble motivo: el cumplimiento del deber (porque en la hipótesis propuesta, de no darse tal situación, el sujeto no habría actuado) y la venganza. Este último motivo actúa sólo como un aliciente especial que transforma en goce la labor, frecuentemente áspera e ingrata, del cumplimiento del deber.

Ahora bien; el motivo ha de apreciarse por el juez y se aprecia por el legislador—como ya dejamos indicado—en función de los sentimientos y necesidades sociales. Y como a la sociedad interesa más, evidentemente, el cumplimiento de la ley—no obstante la enemistad del agente que la ejecuta con el sujeto que la sufre—que la abstención del agente, incumpléndola—por consideración a esa misma enemistad—, resulta que la ley da preferencia sobre el segundo motivo al primero, estimándole como el único determinante de la acción. Precisamente porque la ley ha querido que sólo este motivo valga, no habla de motivo, sino de cumplimiento de deberes.

Si las causas de justificación tienen una raíz bastante más profundas que el motivo (193), para nosotros esta mayor profundidad reside, simplemente, en el hecho de que la ley ha captado el motivo de modo permanente y sui generis, dándole prevalencia sobre los otros motivos que, de hecho, puedan acompañarle.

b) *Por no exigibilidad de otra conducta.*—El vigente Código ha dado una mayor amplitud al estado de necesidad, admitiendo la hipótesis de colisión entre bienes jurídicos de igual valor, al exigir que el mal causado *no sea mayor...*

(191) *Comentarios*, T. I., pág.....

(192) *Ob. cit.* Vol. II, pág. 112.

(193) ALIMENA. *Ob. cit.*, pág. 315.



Ahora bien; en tales casos, dada la preexistente equivalencia de los valores en conflicto, no puede el Estado atribuir, caprichosamente, más valor a uno que al otro. Aquí no existe, por consiguiente, causa de justificación. ¿Por qué, entonces, la eximente? Porque es acción injusta, pero impune, debido a que «si bien las leyes civiles deben inspirar la perfección moral, no tienen el derecho de exigirla; pueden dar mártires al heroísmo, como la religión los ha dado a la fe, pero no pueden penar a los que no tienen el valor que exige un esfuerzo de esta especie» (194). Se trata de una aplicación de la moderna teoría de la *no exigibilidad*—valorada por el legislador—*en virtud del motivo determinante*.

La fundamentación de la eximente en el caso del apartado 10 del art. 8.º, es la misma que la expuesta anteriormente. Por la naturaleza esencialmente subjetiva del miedo insuperable, estimamos basta que el agente crea, de modo absoluto, en la realidad del mal amenazante, aun cuando, en verdad, no exista.

El Código se refiere al que obra *impulsado por miedo insuperable* de un mal igual o mayor; de donde deducimos que el miedo ha de ser real, y también la causa que lo produce, pero el mal o peligro que la causa representa puede ser imaginario (195). Su fundamento reside, por tanto, en el motivo determinante: miedo, que ha de ser el móvil único de la acción (196).

Superada la interpretación del precepto contenido en el art. 18, como la de ser una simple excusa absolutoria (197), la moderna doctrina considera se trata de causa de exclusión de la culpabilidad, fundamentada en el influjo avasallador que sobre la conducta tienen los lazos de la sangre (198), que constituye un reconocimiento en nuestro Código del principio de la no exigibilidad (199).

Por nuestra parte entendemos se trata, en efecto, de aplicación del principio de no exigibilidad de otra conducta, fundada en el motivo determinante del obrar. La ley no dice que el motivo del amor de los parientes sea la razón de esta eximente; se limita a establecer que el encubrimiento entre próximos parientes queda exento de pena. Pero es indudable que en tal motivo está la razón de ser del precepto, y se ha

(194) FILANGIERI. *La Science de la legislation*. París, 1840. T. III, págs. 69 y 70.

(195) En el mismo sentido F. SAMA. *Comentarios*. T. I, pág. 231. en contra el Tribunal Supremo (S. S. 17-12-915; 10-6-196; 22-10-903, etc.) que exige que el mal sea real y conocido.

(196) Así lo tiene declarada el T. S. (S. S. 9-7-906; 8-1-907; 10-5-892; 30-4-920; etc.).

(197) Silvela, 2.º, pág. 203.

(198) CUELLO CALÓN. *Ob. cit.*, T. I, pág. 506.

(199) RODRÍGUEZ MUÑOZ, cit. por F. Sama (*Comentarios*, I, pág. 99).

mostrado así, tan evidente, a los ojos del legislador, que éste, con razón, ha estimado bastante referirse al parentesco.

El motivo verdadero del encubrimiento podrá ser distinto pues, como ya indicábamos (200), al juez le basta que se cumplan los requisitos legales; mas en ellos está contenido el motivo, tan fuerte y natural (201) que ha sido objetivizado por la ley, para que no pueda admitirse la prueba en contrario, como ocurriría si se refiriese directamente al motivo. Esta interpretación no es arbitraria, pues con ella valoramos el motivo en sus justos términos, sin prejuicios, en relación a los sentimientos y necesidades sociales.

III

El motivo como causa modificativa de la responsabilidad criminal en el Código penal español

Interesa a nuestros fines hacer una distinción, que obedece a una realidad doctrinal y legislativa, entre circunstancia y elemento constitutivo del delito, de un lado, y de otro, entre circunstancia y causa modificativa de la responsabilidad criminal, término este último más amplio que aquél, como veremos.

Las circunstancias son particularidades que se agregan a las condiciones esenciales para la subsistencia del delito (según el tipo) y que tienen por efecto modificar, aumentándola o disminuyéndola, la cantidad—diremos con CARRARA—política del delito; es decir, aumentan o disminuyen la gravedad porque, respecto del delito-base, aumentan o disminuyen el grado de negación de los valores éticos (202).

Por consiguiente no son circunstancias los elementos que tienen valor esencial en la economía del delito (203). Ahora bien; si el efecto general y constante de la ausencia de un elemento constitutivo de un delito determinado, es la desaparición de éste, tal consecuencia única se diversifica, legislativamente, en dos modalidades:

(200) Vid. pág. 416.

(201) La ley social—dice PACHECO—, refiriéndose al precepto de los Códigos del 48 y 50. correspondiente al que comentamos no puede ni romper ni prescindir de las leyes de la naturaleza. Su deber, es, por el contrario, fortificarlas. El padre TIENE que destruir las cartas que comprometen a su hijo; la madre TIENE que lavar la sangre que acusa; el hermano si es su carcelero, TIENE que abrirles las puertas de la prisión.

(202) BATTAGLINI, ob. cit., pág. 271.

(203) MAGGIORE, ob. cit., pág. 408.



a) Haciendo surgir simultánea y necesariamente otro delito conceptualmente distinto del anterior, pero en verdad modalidad agravada o atenuada respecto del mismo.

b) Dando lugar o no, ocasionalmente, a otras figuras de delito, sin que sea posible encontrar un nexo de atenuación o agravación entre las nuevas figuras y la desaparecida; puro elemento constitutivo.

En este sentido—prescindiendo del ap. b), que estudiaremos en su lugar—en el caso del ap. a), podemos afirmar que existen elementos constitutivos que, por tanto, no pueden ser circunstancias, pero sí causas de figuras agravadas o privilegiadas, en último término, causas modificativas de la responsabilidad criminal.

Teniendo en cuenta lo expuesto, y la clasificación de las circunstancias según sus efectos y extensión, refiriendo todo ello al motivo determinante de la conducta, éste, como causa modificativa de la responsabilidad criminal puede funcionar:

A) Causas de atenuación:

a) Circunstancias atenuantes comunes y especiales.

b) Elemento constitutivo de delito privilegiado, y, por tanto, menos grave.

B) Causas de agravación:

a) Circunstancias agravantes comunes y especiales.

b) Elemento constitutivo de delito más grave.

Atenuantes comunes y especiales.

Art. 9.º, apartado 1.º: eximentes incompletas.

En primer lugar, por razones sobradamente conocidas por la doctrina, en las que no hemos de detenernos, en contra de lo preceptuado en este apartado 1.º, no todas las eximentes pueden transformarse en atenuantes; pero sí, precisamente, todas aquellas eximentes que fundamentábamos en el motivo, siempre, claro es, que el requisito ausente no sea indispensable para configurar el instituto jurídico de que se trate; así, en la legítima defensa, como eximente incompleta, no puede faltar nunca la agresión ilegítima, pues, como dice el Tribunal Supremo en Sentencia, fecha 4-1-34: «Las eximentes incompletas se dan solamente cuando faltando alguno de los requisitos de una eximente existen los esenciales, pues, de otro modo, se trataría de circunstancia totalmente distinta y no de eximentes incompletas».

Siéndoles aplicable lo expuesto en el comentario de las eximentes, la razón de la atenuante estará en el motivo, al igual que la de las eximentes de que proceden. Y aún con mayor evidencia ya que, si en las exi-

mentes por exclusión del injusto, la consideración del motivo aparecía desdibujada, aquí, no siendo justas en sí mismas, el motivo adquiere un significado preponderante.

Art. 9.º, circunstancias 5, 6 y 8.

No es de creer, como se ha pretendido, que la indudable alteración anímica producida por los estados afectivos, emotivos o pasionales, sea la razón única de las atenuantes establecidas en los apartados del art. 9.º que comentamos, sino que su fundamentación hay que buscarla en la alteración anímica, sí, pero en función del motivo que la ha originado, según expusimos en su lugar (204). Más que a la pasión que, como tal, no es buena ni mala, se mira al motivo ético que determina la explosión de la misma.

Este criterio encuentra su confirmación en nuestro derecho vigente que no atenúa la responsabilidad por delito, realizado bajo cualquier estado emotivo o pasional, sino que, sólo en determinados casos, con el concurso de particulares circunstancias, ciertos estados emotivos o pasionales son tomados en especial consideración, a fin de atenuar la pena. Siendo problema de política criminal el determinar las hipótesis en las que debe ser tenido en cuenta.

Exactamente observa FERRER SAMA (205) que «el problema de los estados emotivos o pasionales no es distinto al del motivo, puesto que cuando el sujeto actúa influenciado por emociones o pasiones y la ley reconoce en ello la justificación de una atenuante, lo que hace, en último término, es atenuar la pena por el motivo de la acción».

En las circunstancias 5.ª y 6.ª se expresa cual ha de ser concretamente el estímulo: provocación o amenaza (cir. 5.ª) y ofensa grave (cir. 6.ª), apareciendo claramente el motivo.

En la circunstancia 8.ª no se especifica el estímulo determinante del arrebató u obcecación. Por ello podría estimarse que basta el arrebató u obcecación, cualquiera que sea el estímulo; y, en tal caso, caería por su base la consideración del motivo, teniendo que concluir que el único fundamento de dicha atenuante radica en la disminución de la imputabilidad.

Sin embargo, a tenor de la propia circunstancia 8.ª, los estímulos han de ser tan poderosos que *naturalmente* hayan producido arrebató u obcecación. En ese «naturalmente» se pone de manifiesto no sólo la intensidad del estímulo, sino también su índole, que no ha de consistir

(204) Vid. págs. 403 y sigs.

(205) *Comentarios*, I, pág. 294.

nunca en un hecho justo, pues ante el mismo no cabe admitirse el arrebató u obcecación, ya que la producción de éstos, en tales circunstancias, no es natural. Así el T. S. en S. S., fechas 21 julio de 1913 y 27 febrero 1929, desecha la posibilidad de apreciación de la atenuante cuando la causa productora del arrebató u obcecación es ilícita u opuesta a los dictados de la moral.

Art. 9.º, circunstancia 7.ª

La ley, en esta circunstancia 7.ª, adjetiviza triplemente el motivo de: «moral», «altruista», y «patriótico». Pero pueden reducirse a uno sólo: el «moral». En cuanto al patriótico diremos—con MACCIORÉ (206)—que entre los motivos de particular valor moral tiene el primer puesto el amor de la patria. Por cuanto se refiere a la reductibilidad de «lo altruista» a «lo moral», conforme con MANZINI (207) en que un motivo egoísta, cuando proviene de una pasión en sí misma noble y laudable, puede ser un motivo moral; así, por ejemplo—dice él—, la pasión del estudio puede impulsar al sujeto a robar para procurarse los medios adecuados. Pero todo motivo altruista es necesariamente moral, porque el altruismo es un concepto ético (208).

La ley se abstiene, ciertamente, de descender a una casuística peligrosa y deja al juez que, con su prudente arbitrio, reconozca el motivo moral, aplicando la atenuante. Pero como ha de ser el referido motivo «de notoria importancia», se afirma de este modo que ha de tratarse de motivos nobles en sí mismos, que constituyen una excepción respecto de los motivos que normalmente determinan el delito de que se trate.

El juez ha de derivar el valor moral del motivo de los principios éticos propios de la sociedad actual, que han de ser objetivamente apreciables, de modo que, en el hecho real, subsistan elementos de moralidad: no admitiendo, en modo alguno, las posiciones psicológicas individuales en contraste con la conciencia general y con los fines superiores del Estado. Ha de examinar el caso en su concreta realidad, desprendiéndose de todo prejuicio, pues también los delitos que aparecen social y moralmente más atroces y repugnantes, pueden ser determinados, en el caso concreto, por motivos de valor moral (209).

Es interesante distinguir, por su frecuente confusión, el motivo pa-

(206) *Principi*, I, pág. 426. Bologna, 1930.

(207) *Ob. cit.*, I, pág. 194., ed. 1941

(208) En el mismo sentido FERRER SAMA, *ob. cit.*, pág. 312.

(209) Los Tribunales italianos han estimado la atenuante de particular valor moral del motivo en el parricidio motivado por el hecho de tener el padre amante en el domicilio familiar, conviviendo con una hija menor. (App. Catanzaro, 29 octubre, 1932).



triótico del político, y el moral del «honoris causa». La pasión política, cuando el individuo obra de buena fe no es, ciertamente, una pasión innoble; pero la ley del Estado no puede reconocer, sin contradicción, valor moral a los motivos que miran a derrocar el ordenamiento por ella tutelado. Sólo la mansedumbre ennuca de la pseudo-democracia ha podido superar tal contradicción (210).

Quien delinque impulsado por el único deseo de evitar las consecuencias deshonorosas de su acción voluntaria e ilícita, o al menos moralmente reprobable, indudablemente actúa por causa de honor, que no es motivo innoble, pero tampoco de valor moral de notoria importancia ¿dónde el valor moral del motivo de ocultar la deshonra que impulsa a la madre a dar muerte al hijo recién nacido? ¡Si el sentimiento de maternidad, ausente en esta mujer, es, precisamente, puro motivo de valor moral!

Por eso, cuando el legislador ha querido que la causa de honor atenúe, no obstante haberse colocado el agente en condiciones de comprometer su honor, lo ha establecido así expresamente (infanticidio, aborto).

Pero si la causa de honor no es sinónima de motivo moral, ello no implica que, en determinados casos, no puedan aplicarse a la causa de honor—no prevista especialmente, claro es—la atenuante del motivo moral, que tendrá lugar siempre que «la causa de honor aparezca, no sólo como motivo de la acción o de la omisión, sino también como motivo de particular valor moral» (211).

Aparece el motivo como atenuante especial, bajo la denominación genérica de móvil, como una de las circunstancias a tener en cuenta para la atenuación, en uno o dos grados, de los delitos comprendidos en los cuatro primeros artículos del capítulo VI, título 2.º de los atentados contra la autoridad... (Art. 235).

El soborno en causa criminal a favor del reo, por parte de los parientes a que se refiere el artículo 392, cuya fundamentación en los motivos que pueden ser dos, alternativos o simultáneos, y su carácter lo expone magistralmente CUELLO CALÓN (212): «Su fundamento es el mismo que el del precepto contenido en el art. 18 respecto al encubrimiento, el hecho de que el texto legal no ha podido menos de tener en cuenta los *sentimientos de cariño* nacidos de los lazos de familia y el *vivo deseo de evitar la mancha arrojada sobre su buen nombre* por la condena recaída sobre alguno de sus miembros». Y ratifica su idea de

(210) MANZINI, ob. cit., pág. 196.

(211) MANZINI, Ob. y. lug. cit.

(212) Ob. cit., 4.ª edic., T. II. Vol. I, pág. 359.

posibilidad de dos móviles: *cariño o causa de honor*, al añadir, «pero el sobornado a quien no afectan *aquellos hondos y respetables móviles...*».

El homicidio y las lesiones por causa de honor del art. 428, que comprende tanto las ocasionadas a los adúlteros como, en las mismas condiciones, por los padres respecto de sus hijas menores y sus corruptores.

Este delito—dice CUELLO CALÓN (213)—requiere un estado de obcecación y arrebató. Y, en efecto, así es; pero tal estado se deriva, con presunción *juris et de jure*, de la concurrencia de las circunstancias requeridas por la fórmula legal.

Ahora bien, puesto que, como ya expusimos, el arrebató u obcecación no atenúan por sí mismos, sino en función del motivo determinante: la afrenta al honor, sufrida, resulta que es éste el que, en el caso de muerte de los co-reos, o de lesiones graves inferidas a los mismos, disminuyen la responsabilidad criminal por estimación legal y específica (art. 428) de la atenuante 8.ª del art. 9.º, con mayor alcance atenuatorio ya que sólo se castiga con la pena de destierro. En cuanto a las demás lesiones, al no castigarse, creemos se trata, no de una simple excusa absolutoria, sino de una causa de exclusión de la responsabilidad criminal en razón del motivo determinante, en conexión con la menor gravedad del daño.

En los delitos de aborto (art. 414) y abandono de niños (art. 488) el ánimo de ocultar la deshonra constituye atenuante específica de los mismos.

El motivo *honoris causa* es elemento constitutivo del delito privilegiado de infanticidio (art. 410). Incluimos aquí esta figura, porque si es cierto que desaparece si el hecho es realizado por motivo distinto, ya que es elemento constitutivo, ello daría lugar *ipso facto* a la configuración del delito de parricidio, por lo que, respecto de éste, aparece el motivo, sin ser circunstancia, como una causa de atenuación.

Otorga el Código en este artículo, un extraordinario e injusto poder atenuante al móvil *honoris causa*, por lo que se refiere a la madre, no a los abuelos maternos, pues como dice PACHECO, si la idea de honor no contuvo a la madre para evitar el nacimiento del hijo, no se puede dar a esa misma idea el valor que el artículo le da para atenuar la muerte del hijo.

Agravantes comunes y especiales.

Natural contrapartida de la atenuante genérica basada en la naturaleza moral de notoria importancia de los motivos—plausible innovación

(213) Ob. cit., pág. 479.



del Código del 44—sería el establecimiento de una agravante genérica en consideración al motivo de extraordinaria inmoralidad. Tal es el criterio del Código Penal italiano que, frente a la atenuante de «haber obrado por motivos de particular valor moral o social» (art. 62. núm. 1, Código del 31), estima como agravante «haber obrado por motivos abyectos o fútiles» (art. 61, núm. 1), más acertada que la de «motivos perversos» que figuraba en el Proyecto de 1927.

Nuestro Código recoge una agravante común basada en la índole del motivo en el apartado 2.ª del art. 10. Pero no se trata de una fórmula amplia, de carácter genérico, que se abandona a la libre apreciación del juez y que éste ha de captar en cada caso, entresacándolo de los motivos concretos más varios, como la atenuante 7.ª de nuestro art. 9.º, o la agravante, ya citada, del art. 61 del Código penal italiano, sino de una aplicación concreta, taxativa del motivo: «haber obrado *por precio, recompensa o promesa*».

Posiblemente la razón del silencio—erróneo, creemos—de nuestro Código, en cuanto al establecimiento de una circunstancia agravante fundada en la consideración general del motivo, es la misma que, a nuestro juicio, sirvió de base para permitir la estimación de una atenuante por interpretación analógica (art. 9.º, cir. 10.ª) y negar esa misma interpretación en cuanto a las agravantes (*numerus clausus*).

Sin embargo, el problema es bien distinto. El tratamiento diverso de las atenuantes y agravantes, por cuanto a la admisión de la interpretación analógica (no analogía) encuentra un sólido fundamento ya que, la estimación de una agravante no expresamente prevista, implica aplicar una pena más grave que la prevista, en contra del principio *nulla poena sine lege*, que recoge nuestro Código en el art. 23.

Por el contrario, la agravante fundada en la consideración general del motivo, no representa peligro alguno de desbordar aquel principio, porque, si así lo determinara la ley, tendríamos que, además de estar expresamente prevista, los motivos quedarían claramente dibujados, ya que no serían los simplemente inmorales—pues tales son los que acompañan normalmente al delito—sino aquellos más viles, dignos del máximo desprecio, los que están más bajos en la escala de los desvalores éticos y demuestran la mayor depravación moral.

La extraordinaria inmoralidad del motivo habría que buscarla, como siempre, en la realidad concreta del hecho, pues un mismo motivo puede aparecer o no, según las circunstancias concomitantes, coloreado con esa extremada inmoralidad. Por ejemplo, el ánimo de lucro es simplemente inmoral en los delitos en los que coinciden con el dolo específico (delitos contra la propiedad); es extraordinariamente inmoral en los de-



litos en los que no forma parte integrante del tipo-base, especialmente en los delitos contra las personas. El hombre—dice GROIZARD—que pone su puñal a precio; el que ejecuta un delito en virtud de un concierto interesado, es más criminal de mucho que aquél que lo realiza por un motivo propio.

El *precio, recompensa o promesa* como motivo de la conducta delictiva, además de constituir la agravante común a que nos hemos referido (art. 10, 2.ª), cualifica el asesinato (art. 406, 2.ª), y es elemento constitutivo de los delitos de cohecho (arts. 385 y sigts.) y del de maquinación para alterar el precio de las cosas (art. 539) (214).

Se agrava el delito de uso de nombre supuesto cuando tuviere *por objeto* ocultar algún delito, eludir alguna pena o causar algún perjuicio... (art. 322). Este objeto a que se refiere el Código no es el fin inmediato de la conducta, constituido por el deseo de ocultar la propia personalidad, sino el fin último de la misma, y en tal sentido coincide con el motivo. Entendemos que constituye un dolo específico coincidente con el motivo, por aplicación de nuestra doctrina expuesta anteriormente (215). Esta parece ser la opinión de CUELLO CALÓN (216) al afirmar que es indiferente el móvil del hecho (se refiere a la modalidad simple); sin embargo—añade—cuando tuviere por fin alguno de los objetos mencionados...

En el falso testimonio (arts. 326-330) constituye una agravante el hecho de que la declaración falsa sea dada *mediante cohecho* (art. 311), es decir, por dádiva, presente, ofrecimiento o promesa. Esta agravante ¿está fundada en el ánimo de lucro como motivo determinante de la conducta?

El precepto exige como requisito esencial, no que la acción haya sido impulsada por la dádiva o promesa, pues es suficiente que haya sido recibida o aceptada, por el sujeto o persona interpuesta, antes, claro es, de prestar la declaración falsa.

Cabe, por tanto, la hipótesis de que el testigo estuviere ya determinado a prestar la declaración falsa, de modo que la habría dado, igualmente, sin mediar la dádiva o promesa. Aparece así claro que el ánimo de lucro puede no ser el motivo real de la conducta del sujeto, sin que por ello la agravante desaparezca.

Sin embargo, no es lícito derivar de lo expuesto que la agravante que comentamos no encuentra su fundamento en el motivo; tan pronto

(214) Para no repetirnos omitiremos su consideración al realizar el estudio del motivo como elemento constitutivo del delito.

(215) Vid. págs. 417-418.

(216) Ob. cit., T. II, Vol. I, pág. 244.



como la dádiva o promesa es recibida o aceptada, la ley, dando relevancia al ánimo de lucro (que en la psique del sujeto puede aparecer como secundario), le da valor de motivo determinante de la conducta; sentido éste en el que es empleado el término: *mediante cohecho*.

En el delito de detenciones ilegales (art. 480), una de las agravantes específicas tiene lugar si se hubiese exigido rescate para poner al detenido en libertad (art. 481, 4.º), en la que claramente aparece el ánimo de lucro como motivo del obrar.

IV

El motivo como causa de incriminación en el Código penal español

Comprendemos bajo esta denominación aquellas hipótesis legislativas en las que la ley exige la existencia de un determinado motivo como elemento constitutivo del delito, sin que éste, en función de aquel motivo, constituya una modalidad agravada o atenuada respecto de otras tipificaciones.

Es interesantísima la interpretación del art. 337 relativo al delito de realización arbitraria del propio derecho, máxime cuando, como veremos, cualquiera que sea la solución adoptada aparece el mismo motivo en su configuración.

El problema gira en torno a esta interrogante: la apropiación de la cosa del deudor para hacerse pago con ella ¿supone o no el ánimo de lucro?

En la substracción de la cosa mueble ajena contra (art. 500) o sin (art. 514), la voluntad de su dueño, el ánimo de lucro consiste en la ventaja, provecho, satisfacción o goce que el agente aspire a obtener de la substracción de la cosa.

Por consiguiente, en la apropiación de la cosa del deudor contra su voluntad para hacerse pago con ella, admitimos, por hipótesis, que puesto que el sujeto aspira a obtener una satisfacción de la substracción de la cosa, existe ánimo de lucro.

El propósito de obtener un lucro no tiene por sí significación jurídica. La adquiere en cuanto, para conseguirlo, no sólo se utilizan medios delictivos, sino que, además, la ley tiene en cuenta aquel propósito, ya como simple fin inmediato de la acción, ya como motivo determinante de la



misma. Por eso, en el artículo que comentamos, al supuesto ánimo de lucro, la ley superpone otro motivo al que da prevalencia: el ánimo de hacerse pago con la cosa, constituyendo así una figura autónoma en función del motivo.

El Tribunal Supremo tiene aclarado que el ánimo de lucro, elemento principal y más característico de los delitos contra la propiedad, supone apoderamiento ilegítimo, esto es, *sin ninguna razón ni motivo legal o moral* que lo justifique (S. 4-10-35); *no concurriendo si el apoderamiento obedecía al sólo objeto de apremiarle para hacer efectiva la deuda* (S. 3-10-1888); ni en cuanto que lo hizo por un *motivo diferente* puesto que *su propósito fué hacerse pago*, aunque de modo torpe mediante dicho apoderamiento, *que destruye el ánimo de lucro* (S. 4-10-35).

Suficientemente expuesto en páginas anteriores el problema del ánimo de lucro en el robo y hurto como motivo determinante, sólo hemos de hacer notar cómo situamos tales figuras entre aquellas en las que el motivo tiene una función exclusivamente incriminante en el sentido de que, faltando éste, desaparecerían aquéllas, sin dar lugar necesariamente al nacimiento de otras distintas.

Es racional deducir que la substracción tiene lugar con propósito de lucro cuando no consten otros móviles (6-2-1902), siendo suficiente que de los hechos probados se desprenda que ése, y no otro, fué el propósito que le llevó a cometer el delito; así, concurre, si la acometida no fué motivada por la venganza (S. 7-3-35).

Por lo que se refiere al robo, la falta de ánimo de lucro podría dar lugar, eventualmente, al delito de ejercicio arbitrario del derecho, pero obsérvese que para ello es preciso, no sólo la ausencia del ánimo de lucro, sino también la presencia de un motivo concreto: hacerse pago con la cosa.

En la desobediencia jerárquica, aparte de que, a tenor del art. 369, no hay desobediencia cuando el incumplimiento lo es de mandato infracción manifiesta y terminante de un precepto de ley, es decir, cuando la desobediencia encuentra su motivo en esta causa, el art. 370 nos ofrece un claro supuesto de exigencia negativa del motivo, ya que, la inejecución de la reiterada orden del superior, suspendida *por cualquier motivo que no sea de los expresados* en el segundo párrafo del artículo anterior, da lugar a la figura que comentamos, que, por el contrario, desaparecerá si el motivo fuere alguno de aquéllos.

En el delito de allanamiento de morada (art. 490), se requiere negativamente un motivo: el de evitar un mal grave o prestar un servicio humanitario o de justicia, ya que, si concurre, conforme a lo dispuesto en el art. 491, no existe delito. Ahora bien; puesto que el último artícu-



lo citado establece que *no es aplicable* (el anterior) al que entre en morada ajena por los motivos que señala, estimamos se trata de un caso de exclusión de la responsabilidad, ya por aplicación específica del estado de necesidad (evitar un mal grave, que dada la naturaleza objetiva del delito, se entiende siempre mayor que el ocasionado con el mismo), bien en razón de la nobleza del fin (servicio humanitario o a la justicia) en conexión con la insignificancia del daño.

Consideración especial del motivo en el artículo 11.

He aquí una circunstancia disyuntiva, atenuante o agravante, según los casos, en función del parentesco conectado con—entre otros elementos, no exclusivamente—el motivo determinante.

En apariencia, atendida la superficie verbal del precepto, la consideración del motivo—introducida por la reforma del 32—se muestra sin relieve, tímida, ocasional. Y sin embargo, entendemos se trata, no de una aplicación concreta de la teoría del motivo, sino de la consagración de la misma como causa general modificativa de la responsabilidad, aun cuando limitada a los casos en los que el sujeto activo y pasivo del delito están ligados por vínculo familiar.

En efecto; si el art. 11, supuestos los vínculos familiares a que se refiere, obliga a tener en cuenta la naturaleza y los efectos del delito conjuntamente con los motivos determinantes, ello no implica infraestima del valor del motivo, sino el modo habitual y único posible de individualizarle, pues el motivo no es un valor absoluto, independiente, autónomo; sólo es «motivo que vale» para reprochar más o menos el acto a su autor, en cuanto se sitúa en el plano de las circunstancias que le rodean, entre los que figuran la naturaleza y efectos del acto.

Tiene el artículo que comentamos, de un lado, el acierto indiscutible de señalar directrices fundamentales en la valoración del motivo: naturaleza y efectos del acto, y el vínculo familiar cuando sea otro de los elementos concomitantes; pero, de otra parte, ha debilitado y empuqueñecido la grandeza inicial del precepto al limitar su aplicación a los casos en que exista un vínculo familiar determinado. Si se suprimiera esta última exigencia, el art. 11 haría superflua la circunstancia 7.^a del art. 9.^o y subsanaría la ausencia—que lamentábamos en su lugar—de un precepto en nuestro Código análogo al del art. 61, núm. 1 del Código penal italiano de 1031.

* * *

Un sustitutivo de las penas cortas de privación de libertad es el arresto domiciliario. Es obvio que tal instituto no modifica en absoluto



la responsabilidad, pero constituye una extraordinaria atenuación en el modo de cumplimiento de las penas.

Nuestro Código la admite (art. 85) para el arresto menor, abandonando su otorgamiento al arbitrio del Tribunal con una sola limitación: que la falta castigada *no tuviere un motivo deshonroso* ni fuese por hurto o defraudación.

Toma aquí la ley en consideración el motivo no deshonroso determinante de la conducta, en relación con la escasa gravedad objetiva del daño, determinada ésta en función de la cuantía de la pena. Añade el Código la expresión: «ni fuere por hurto o defraudación», que no tiene otro significado que la interpretación auténtica de excluir «a priori» de la calificación de motivo no deshonroso, los que hayan impulsado la realización de hurto o defraudación.