

LA AGRAVANTE DE DELINQUIR POR DISCRIMINACIÓN.  
UN ESTUDIO COMPARATIVO DEL EFECTO PENAL DE  
LA INTOLERANCIA EN CHILE E ITALIA

GABRIELE FORNASARI  
JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

*SUMARIO: 1. Origen de la agravante en las legislaciones chilena e italiana. 2. Su inserción en el panorama comparado. 3. Fundamento. 4. Naturaleza jurídica, trasfondo político y relación con el sentido de la pena. 5. Contenido y extensión. 6. Imputación subjetiva. 7. Incomunicabilidad y concursos.*

*PALABRAS CLAVE: Agravante, discriminación, pena, derecho comparado.*

I. ORIGEN DE LA AGRAVANTE EN LAS LEGISLACIONES CHILENA E ITALIANA

La circunstancia vigésimo primera fue agregada al artículo 12 del Código penal chileno por la ley número 20.609, de 24 de julio de 2012, cuyo escueto epígrafe reza: “Establece medidas contra la discriminación”.

En lo medular, tales medidas consistieron en otorgar una acción civil a los afectados por acciones u omisiones que importen “discriminación arbitraria”. La ley brinda una interpretación auténtica contextual del concepto, que viene a ser también el supuesto fáctico del ejercicio de la acción<sup>1</sup>. Su tenor no coincide exactamente con la nueva agravante, aunque comparte con ella haber ceñido de hecho el concepto sujeto a una selección personal excluyente, el cariz negativo de la discriminación a secas<sup>2</sup>. Decimos que de hecho, puesto que no se alcanza a

---

<sup>1</sup> Artículo 2º, párrafo uno: “Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica [sic], el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

<sup>2</sup> A contrapelo de la discriminación llamada positiva, una selección incluyente o que realza a los miembros de grupos humanos postergados con el objeto de protegerlos de manera especial

comprender por qué una ley que se propuso lidiar contra la discriminación tome como fulcro de sus preceptos una discriminación “arbitraria”, salvo que cedamos a la sospecha de que la animó el designio inconfeso de poner a buen recaudo algunas discriminaciones ya sancionadas por el Derecho positivo<sup>3</sup> y clausurar el paso a mecanismos de igualación para quienes, por diversos motivos, también fácticos, permanecen sumergidos en el fondo de la escala social<sup>4</sup>. Una cláusula del artículo 12 de la ley, que conmina con pesadas multas al afectado cuya denuncia sea declarada carente de todo fundamento, parece avalar la conjetura<sup>5</sup>. Como quiera que fuere, la discriminación que interesa, la única por demás congruente con el molde semántico del concepto, estriba en dar a otra persona un trato de inferioridad basado en alguna generalización. Más adelante se argumentará cómo la discriminación es el producto histórico y la consecuencia natural de la intolerancia, que a su turno hinca las raíces psicológicas en un afecto o pasión del alma, el odio.

Obsérvese que la ley no instituyó el desvalor jurídico de los actos discriminatorios. Los había recogido en una limitada pero importante dimensión el Código del Trabajo. Su artículo 2º, modificado por la ley número 19.759, de 5 de octubre de 2001, declara contrarias a los principios de las leyes laborales las “*distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen*

---

o integrarlos mejor en la sociedad. Mientras que la discriminación es siempre negativa, porque excluye, la positiva representa un medio de igualación jurídica. Al respecto, CORN, Emanuele Apuntes acerca del problema de la discriminación y su tratamiento penal, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, Vol 2, N° 3 (2013), pp. (139-156) 140-141.

<sup>3</sup> Desafortunadamente, no escasean en el ordenamiento del país. Basta mencionar que la ley número 19.585, de 26 de octubre de 1998, reemplazó en el Código civil la antañona división de los hijos en legítimos e ilegítimos por otra que los separa en matrimoniales y no matrimoniales. Intriga que el Código omita considerar que el matrimonio lo contraen los padres, no los hijos, y que tampoco se ocupe de quienes conviven *more uxorio* sin estar casados, pese al creciente número de estas familias en la actualidad. Acaso para el legislador estas distinciones son razonables, en la dicción del artículo 2º de la ley número 20.609. Por cierto, la Constitución Política otorgada por el régimen militar en 1980, tras proclamar el principio de la igualdad ante la ley y declarar que en Chile no hay personas ni grupos privilegiados, agrega que “*ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*” (art. 19, N° 2, párrafo dos).

<sup>4</sup> Respecto de una de las manifestaciones mayúsculas del problema, la falta de igualación material de los pueblos indígenas, véase GUZMÁN DALBORA, José Luis, Derecho penal y minorías étnicas: planteamiento y liquidación criminalista de un problema político, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, año III, N° 7 (2013), pp. 243-257, y en el volumen Derecho penal y Constitución, compilado por Fernando Velásquez Velásquez y Renato Vargas Lozano, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2014, pp. 131-155.

<sup>5</sup> La multa puede alcanzar veinte unidades tributarias mensuales, cantidad que equivale a la fecha en que escribimos estas cuartillas (diciembre de 2014) a unos mil doscientos euros, aproximadamente. Es independiente de la condena en costas del litigante temerario (artículo 144 del Código de procedimiento civil).

*social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación*". Como no existía entonces en el Derecho interno una prohibición general de las prácticas discriminatorias, se explica la insuficiencia de su repertorio en el trabajo privado<sup>6</sup>, menos ambicioso si se lo compara con el vigente en la función pública<sup>7</sup>. Ocho años antes, en 1993, la Ley número 19.253, sobre Protección, fomento y desarrollo de los indígenas, reputó falta, penándola con multa, "*la discriminación manifiesta e intencionada en contra de los indígenas, en razón de su origen y su cultura*". De nuevo en 2001, la Ley número 19.733, sobre Libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, retuvo de su antecesora, la Ley número 16.643, de 4 de septiembre de 1967, sobre Abusos de publicidad, el delito del que, a través de un medio de comunicación social, realiza publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad, delito sancionado con multa en ambos cuerpos legales (artículos 31 del vigente y 18 del derogado). Por más que el vínculo con nuestro tema de este delito *de expresión* –o *de opinión*, en la nomenclatura italiana– aparece sólo si las manifestaciones del autor trasuntan hostilidad discriminatoria, y pese a lo dudoso de su objeto jurídico –el orden público en sentido subjetivo, al que estos hechos amenazarían como pródromos de la violencia<sup>8</sup>–, interesa relevar que con él la legislación se adelantó a los decretos que promulgaron el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966) y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), que datan de abril de 1989 y noviembre de 1971, respectivamente. Por consiguiente, la interdicción de las conductas discriminatorias, nativa del Derecho internacional público y que consta explícitamente recién en el Pacto de 1966<sup>9</sup>, operaba en Chile hacia finales de los años sesenta del siglo

---

<sup>6</sup> Llama la atención que el Código silencie, entre otras, la discriminación por la apariencia personal de los trabajadores o candidatos a un puesto de trabajo. Estas y otras situaciones quedan al margen del procedimiento de tutela laboral, que ampara a los trabajadores afectados en sus derechos fundamentales. Pese a que entre éstos tampoco figura el derecho de no ser discriminado, salvo que la exclusión sea arbitraria, el procedimiento de tutela abarca los actos discriminatorios definidos en el artículo 2º, pero sólo ellos (art. 485).

<sup>7</sup> Los artículos 15 y 16 de la Ley número 20.609 modificaron el Estatuto administrativo y el Estatuto de los funcionarios municipales, convirtiendo en infracción disciplinaria que un empleado público o comunal discrimine a sus colegas en los términos del artículo 2º.

<sup>8</sup> Así, con cita de diversas fuentes extranjeras, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, Informe sobre los delitos de discriminación en el *Derecho penal comparado*. (A la luz del proyecto de Ley sobre Discriminación Racial y Étnica [Boletín N° 2142-17]), en *Ius et Praxis*, año 5, número 2, (1999), pp. (193-213) 199-201.

<sup>9</sup> Lo subraya TAPIA BALLESTEROS, Patricia, La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código penal (Valencia, 2014), p. 73, aunque calificándola de prohibición formal, porque el artículo 26 del Pacto, sin aclarar en qué consisten, se limita a decir que "*la ley prohibirá toda discrimi-*

XX a remolque de una norma general del Derecho de gentes. Hubo que esperar cuarenta y cinco años para que la judicatura criminal pudiese apreciar, como circunstancia agravante, el hecho de “*cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca*”.

El Derecho internacional de derechos del hombre fue aún más determinante para el régimen italiano de la discriminación. Como en Chile, comenzó espoleado por la Convención de las Naciones Unidas sobre la discriminación racial. Pero la Ley número 654, que la ratifica en 1975, imprime a los delitos una cabida y gravedad mayores. El artículo 3° castigó con reclusión de uno a cuatro años a quien difunde de cualquier modo ideas basadas en la superioridad o el odio raciales, incita a la discriminación, incita a cometer o comete actos violentos o de provocación a la violencia contra personas por su pertenencia a un grupo nacional, étnico o racial, y con reclusión de uno a cinco años a los que participen en asociaciones u organizaciones que tengan entre sus fines incitar al odio o la discriminación racial, o les presten asistencia. En 1993, el decreto ley N° 122 introdujo algunas innovaciones en los delitos, las más importantes de las cuales fueron una ligera merma de las penas privativas de la libertad, el realce de la estampa subjetiva de la incitación a la discriminación o a la violencia –que el agente obre en virtud de ciertas motivaciones– y la previsión del motivo religioso junto a la discriminación racial, étnica o nacional<sup>10</sup>. Sin embargo, “de fundamental importancia, sobre todo, por la potencial

---

*nación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”. El casuismo, rasgo invariable de las numerosas disposiciones internacionales sobre el tema, ya había enseñado sus dientes en la Convención de 1965, que define la discriminación racial como “*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública*” (art. 1°). El artículo 4° de la Convención impuso a los Estados la obligación de declarar punible conforme a la ley toda difusión de ideas basada en la superioridad o el odio raciales, la incitación a la discriminación racial, así como la incitación a cometer actos de violencia contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico.

<sup>10</sup> Las infracciones serían ulteriormente modificadas por la ley número 85, de 2006. De ahí en adelante se sanciona con las penas alternativas de reclusión o multa los actos de propaganda y de instigación al odio o a la violencia por tales motivos de discriminación. Al recortar el alcance de los tipos y reducir la gravedad de las penas, la reforma fue objeto de crítica. Véanse PADOVANI, Tullio, Un intervento normativo sordinato che investe anche i delitti contro lo Stato, en *Guida del Diritto* fascículo 14, (2006), p. 23 y ss.; INSOLERA, G., Legislazione penale compulsiva, buone ragioni e altro. A proposito della riforma dei reati di opinione, en INSOLERA, G. *et al.*, La legislazione penale compulsiva (Padova, 2006), pp. 135 y ss., y STORTONI, L., Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?, en *Critica del diritto*, (1994), pp. 14 y ss. Este último autor parte de

extensión a numerosos tipos delictivos”<sup>11</sup>, es la agravante incorporada por el decreto ley: “*Para los delitos punibles con pena diferente del ergástulo y cometidos con fines de discriminación o de odio étnico, nacional, racial o religioso, o con la finalidad de facilitar la actividad de organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos que tengan entre sus objetivos aquellos fines, la pena será aumentada hasta la mitad*”.

La extensión de la circunstancia la homologa parcialmente a su pariente sudamericana, como se explicará más adelante. Por ahora, reparemos en el disímil efecto que surten en la conmensuración de la pena.

El funcionamiento del sistema chileno de factores de adaptación legal y concreción judicial de la penalidad es bifásico, con precedencia de aquéllos sobre éstos. Las circunstancias extienden o estrechan los límites de la pena abstracta, que se torna concreta sólo una vez concluida esta operación preliminar (artículos 62 a 69 del Código). El sistema italiano, también bifásico, tiene la peculiaridad de que la disminución o el aumento de los márgenes penales producido por agravantes y atenuantes ocurren tomando como referencia la pena precisa que el tribunal irrogaría si no concurriesen circunstancias (artículo 63 del Código). Es decir, que el juez procede en una secuencia invertida respecto de la chilena. Primero, dentro de la pena abstracta señalada al delito en su forma básica, privilegiada, cualificada o sujeta a una agravación o atenuación específica —las circunstancias de efecto especial, como las denomina la doctrina—, fija una cantidad determinada de castigo haciendo uso de los factores de concreción del artículo 133<sup>12</sup>. Luego, desde esta magnitud, aplica el incremento o la rebaja asignados a las circunstancias comunes<sup>13</sup>.

---

la convicción de que estas disposiciones son un ejemplo de Derecho penal simbólico; algunos años después, más fríamente, su punto de vista será compartido por AMBROSETTI, Enrico Mario, Beni giuridici tutelati e struttura delle fattispecie: aspetti problematici nella normativa penale contro la discriminazione razziale, en RIONDATO, Silvio (editor), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, (Padova, 2006), pp. 111 y ss.

<sup>11</sup> PAVICH, Giuseppe y BONOMI, Andrea, Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente, en *Diritto penale contemporaneo* 13 (2014), p. 3. En general, sobre la relación de la norma con fuentes internacionales y europeas, FORLATI, Picchio, La lotta contro la discriminazione alla luce del diritto internazionale ed europeo, en RIONDATO, Silvio (editor), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, ob. cit., pp. 1 y ss.

<sup>12</sup> O sea: (1) la gravedad del delito, deducida de la naturaleza, especie, los medios, el objeto, tiempo, lugar y otras modalidades de la acción; de la gravedad del daño o peligro causado al ofendido, y de la intensidad del dolo o el grado de la culpa, y (2) la capacidad delictuosa del culpable, deducida de los motivos para delinquir y el carácter del reo, sus antecedentes penales y judiciales y, en general, su conducta y vida anteriores, el comportamiento contemporáneo o subsiguiente al delito y sus condiciones de vida individuales, sociales y familiares.

<sup>13</sup> Como se ve, en este sistema los poderes del juez son considerables. No sólo porque la individualidad del caso precede a las apreciaciones generales de la ley —que no otra cosa entraña

Ambos Códigos se reúnen, pero en los distintos niveles que acabamos de reseñar, a la hora de resolver el intríngulis del concurso heterogéneo de circunstancias. Dispone el chileno que si existen circunstancias atenuantes y agravantes, el tribunal las compensará racionalmente, graduando el valor de unas y otras. Más analítico, el italiano traza tres posibilidades, la equivalencia de las circunstancias antagónicas, que obliga a compensarlas entre sí, la prevalencia de las atenuantes o, al revés, el predominio de las agravantes<sup>14</sup>. Naturalmente, las circunstancias concurrentes han de ser comunes y con poder ordinario sobre la penalidad, no accidentes a que la ley atribuye un poder excepcional. Esto es también indudable en Chile; despejada la cuestión de su compatibilidad o incompatibilidad<sup>15</sup>, todas las circunstancias del artículo 12 del Código chileno están expuestas a compensación con las atenuantes del artículo 11. Pero en Italia las cosas cambiaron drásticamente en 1974. Una reforma al artículo 69 extendió el juicio de ponderación, reservado hasta ese punto para las circunstancias ordinarias, a las de efecto especial<sup>16</sup>. Pues bien, dos décadas después la “Ley Mancino”<sup>17</sup> prohíbe que las atenuantes que confluyan en el delito

---

determinar el *quantum* de pena antes de la intervención modeladora de los accidentes del delito, por lo cual el alcance de éstos depende de una causa puesta por el juez y no es un efecto directo de la ley—, sino porque en la extensión precisa que hay que asignar a la reducción o el aumento de la penalidad —hasta un tercio de la pena de base, como regla general—, el método del Código italiano remite nuevamente a los elementos de concreción (art. 132), que vienen a ser así el centro de todo el teje-maneje.

<sup>14</sup> Artículo 69. Si el juez considera prevalentes las agravantes, no tendrá en cuenta las disminuciones de pena previstas para las atenuantes y sí, en cambio, los aumentos de aquéllas. Si considera prevalentes las atenuantes, procederá al revés. Y de estimarlas equivalentes, aplicará la pena que había determinado provisionalmente para el delito, como si no hubiese circunstancia alguna. La equivalencia se tornó posible en la práctica desde la introducción del artículo 61 bis, que permite al juez considerar atenuantes genéricas. Anteriormente, el número de las agravantes comunes, que casi duplica el de las atenuantes, tornaba de hecho inviable la compensación recíproca. A menudo los jueces aplican las atenuantes genéricas, a veces forzándolas un poco, para evitar que la prevalencia de las agravantes produzca un aumento desproporcionado de la pena respecto de la básica. Para profundizar en el mecanismo de aplicación del concurso de circunstancias, véase GIOVANNANGELO, Francesco, *Diritto penale. 2. Le forme del reato*, (Torino, 2013), pp. 21 y ss.

<sup>15</sup> Materia de que diremos *in fine*, en los concursos.

<sup>16</sup> La doctrina denunció que así se descargaba en el juez una tarea, revisar las penalidades de los delitos, que toca en verdad al legislador. Otra ley, de 2005, vuelve a excluir del juicio de ponderación algunas agravantes especiales, como la multireincidencia, maniobra zigzagueante que suscitó empero la objeción de que la recidiva no modifica en nada la gravedad del delito. FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, (Bologna, 2014), p. 446, y PALAZZO, Francesco, *Corso di Diritto penale. Parte generale*, (Torino, 2013), p. 534. Sobre la anterior situación de las circunstancias de efecto especial se explaya STILE, Alfonso María, *Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze*. (Napoli, 1971), pp. 115-130.

<sup>17</sup> Nombre que se dio al decreto ley N° 122 debido a que lo propuso el Ministro del Interior de la época, Nicola Mancino.

cometido con fines discriminatorios prevalezcan sobre la agravante, incluso que el juez las considere equivalentes a ésta. La discriminación se substrahe por principio al *bilanciamento* y las eventuales disminuciones de la pena se realizarán a partir de la cantidad que resulte del aumento que determinó este específico factor (art. 3º, apartado 2, del decreto ley N° 122), aumento que –recuérdese– puede llegar hasta la mitad.

En síntesis, el motivo discriminatorio es en Italia bastante más grave que en Chile.

## 2. SU INSERCIÓN EN EL PANORAMA COMPARADO

Amén de los países examinados, la circunstancia ha aparecido en los últimos años en otros ordenamientos europeos y americanos.

El Código penal español de 1995 la diseña con una fórmula que inspiró al chileno: “Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad” (artículo 22, 4ª). Aparte de vituperar su casuismo, que obligó a extender los motivos discriminantes en la reforma de 2010, la doctrina está enfrascada en una controversia sobre la naturaleza jurídica de la agravante, aunque el debate presenta como objeto algo que, paradójicamente, silencian del todo los polemistas, el fundamento de la circunstancia<sup>18</sup>. En Colombia, cuyo Código penal de 2000 la enlista entre los accidentes “de mayor punibilidad” –“que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima” (art. 58, número 3)–, se la critica por la imprecisión de los móviles intolerantes y discriminatorios<sup>19</sup>. Existió también, poquísimo ha, en el Ecuador<sup>20</sup>, y es Derecho vigente en Argentina desde la ley número 23.592,

---

<sup>18</sup> Este sedicente fundamento lo disputan tres posturas, una subjetiva, que la adscribe a la culpabilidad, otra objetiva, porque la discriminación ofendería el derecho del paciente a ser tratado con igualdad, y la última, mixta, la acopla a la antijuridicidad, sólo que en el desvalor de la acción. Véase el resumen de HORTAL IBARRA, Juan Carlos, La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22, 4ª, CP): una propuesta restrictiva de interpretación, en *Cuadernos de Política Criminal*, número 108 (2012), pp. 31-66 (40-43). La confusión del fundamento con la naturaleza de la agravante se ha insinuado en la incipiente doctrina chilena sobre el particular. Así, SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, La nueva agravante penal de discriminación. Los “delios de odio”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLI, (2013), pp. (263-308) 280 y ss.

<sup>19</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, Derecho penal. Parte general, (Medellín, 2009), cfr. pp. 1116-1117, la estima inaplicable por contradecir la garantía constitucional de legalidad.

<sup>20</sup> El Código de 1938, modificado en 2005, decía “ejecutar la infracción por motivos de discriminación, referentes al lugar de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión,

de 5 de septiembre de 1988, lo que no deja de maravillarse en un país caracterizado por carecer de circunstancias comunes<sup>21</sup>. En todo caso, la agravante que hoy eleva en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de cualquier delito, codificado o no, “cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte un grupo nacional, étnico, racial o religioso”, está emparentada con la discriminación, pero va más allá que ella.

Si significativas son las diferencias de su régimen en estos países —que la discriminación opere como motivo o fin, los factores relevantes y si el delito a que accede la circunstancia ha de poseer o no un sujeto pasivo individual—, grande es también el desafío de diseñar un panorama sistemático de la conducta discriminatoria en el Derecho penal comparado. En verdad, la base para la organización unitaria del pensamiento no existe. Las propuestas de dividir en grupos los ordenamientos o simplemente clasificar los supuestos de discriminación previstos por alguno de ellos, tropiezan con obstáculos que nacen de la complejidad del concepto prejurídico de discriminación y la incógnita de la razón de ser de su efecto agravatorio o carácter constitutivo de la responsabilidad penal en ciertos *delicta sui generis*. Así, que las posibilidades de regularla se reduzcan a tres, como agravante común, en tipos especiales y como protección particular o general de algunas categorías de víctimas<sup>22</sup>, desatiende que los conceptos de discriminación que animan a tales alternativas no son idénticos. La tutela reforzada de grupos de víctimas, como mujeres y niños, responde a la visión de los epígonos de la discriminación “positiva”<sup>23</sup>, no al concepto genuino de discriminación con su carga excluyente y tendencia vejatoria<sup>24</sup>. Comprimir los ordenamientos en unos que tipifican actos ofensivos de la igualdad y el derecho a no ser discriminado, y otros que optan por la agravante común<sup>25</sup>, implica que habría Códigos que sólo conocen la última, lo que no es

---

*filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier índole*” (art. 30, número 6). El recentísimo Código orgánico integral penal, de 2014, que debe su nombre al hecho de ser penal, procesal penal y de ejecución, contempla una agravante distinta (“*aprovecharse de las condiciones personales de la víctima que impliquen indefensión o discriminación*”) en el art. 47, número 9, más próxima a la alevosía del número 1, a cambio de lo cual tipifica los delitos de discriminación y de odio (arts. 176 y 177).

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugenio, Observaciones sobre la delincuencia por odio en el Derecho penal argentino, en, GARCÍA VALDÉS, Carlos, *et al*, Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, T. II, (Madrid, 2008), pp. (1735-1748) 1737 y 1740.

<sup>22</sup> CORN, Emanuele, *ob. cit.*, pp. 144-146.

<sup>23</sup> El Código orgánico integral penal del Ecuador contempla un elemento negativo del tipo del delito de discriminación (art. 176): “*salvo los casos previstos como políticas de acción afirmativa*”. Acción afirmativa o discriminación positiva, da lo mismo: no es discriminación.

<sup>24</sup> Cfr., *supra*, texto y nota 2.

<sup>25</sup> SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, *ob. cit.*, p. 277.

exacto ni siquiera en el pacato régimen chileno. En fin, una inteligente ordenación<sup>26</sup> pensada para un Código tan generoso en preceptos como el español, que los dispone según el carácter de la tutela en delitos de peligro –*v. gr.*, la provocación a la discriminación, el odio o la violencia, y la participación en asociaciones que promuevan tales prácticas–, delitos en que el elemento discriminatorio aumenta el desvalor de la acción o la culpabilidad –tipos calificados de ciertas infracciones, genocidio– y, por último, delitos de lesión directa del derecho a no ser discriminado –discriminación laboral o en servicios públicos, profesionales, comerciales o empresariales–, parte de un presupuesto que no hay que dar por descontado, que la igualdad y el derecho a que no se discrimine constituyen efectivamente un bien jurídico.

Por lo demás, los delitos discriminatorios en sentido estricto, que en la lograda síntesis de Politoff Lifschitz comprenden actos de instigación al odio y a la discriminación, ofensas o injurias discriminatorias a colectivos de personas, discriminación en servicios públicos o prestaciones privadas, y asociaciones ilícitas con fines discriminatorios<sup>27</sup>, distan de formar una unidad. Es más, tampoco podrá haberla mientras permanezcamos en la ignorancia de si sus miembros cuentan con un objeto jurídico propio o, por lo menos, otro provisto de un grado aceptable de concreción. Malquistar al pueblo o a partes de él mediante la difusión, propaganda o provocación al odio racial o la hostilidad discriminatoria contra grupos humanos, delito que menudea en los países que acataron la Convención de 1965, solivianta a su doctrina, la que no se decide entre considerarlo un hecho de peligro contra bienes interindividuales –aunque tampoco se sepa cuáles sean éstos, si el orden público, la paz interior, la seguridad jurídica, etc.–, otro de lesión contra un bien individual –que la dignidad de la persona humana, la igualdad o el derecho a no ser discriminado– o una estructura pluriofensiva<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> TAPIA BALLESTEROS, Patricia, *ob. cit.*, pp. 177-197.

<sup>27</sup> TAPIA BALLESTEROS, Patricia, *ob. cit.*, p. 199.

<sup>28</sup> Por un delito de peligro abstracto contra la paz pública se pronuncia en Alemania, entre otros comentaristas del parágrafo 130 del Código penal, LENCKNER, Theodor en SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖDER, H. Beck, *Strafgesetzbuch. Kommentar*. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, (München, 1997), p. 1103, en la que descarta que el objeto de tutela sea la dignidad humana; aun de mirárselo como una figura antidiscriminación, lo que dejaría de la dignidad del hombre es “nada más que el principio general de tolerancia y humanidad y la idea de comprensión entre los pueblos”. Hay autores que aceptan que el delito ofende en segundo plano la dignidad del individuo afectado por la acción discriminadora. Cfr. TRÖNDLE, H, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, (München, 1997), p. 780. Para la tutela de la paz pública en el artículo 261 del Código penal suizo, véase TRECHSEL, Stefan, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, (Zürich, 1997), p. 862. Del orden público según el parágrafo 283 del Código austriaco tratan FOREGGER, Egmont y FABRIZY, Ernst Eugen, *Strafgesetzbuch. Kurzkommentar*, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, (Wien, 1999), p. 738. Por su

Las injurias discriminatorias son comprensibles cuando van dirigidas a una o varias personas determinadas o determinables; pero sostener que el honor puede predicarse de una colectividad humana, que quedaría salpicada por la acción como paciente indirecto, requiere una acrobacia conceptual<sup>29</sup>. Particularmente problemáticas son las asociaciones ilícitas que persiguen fines discriminatorios, aunque los reparos que merecen pudieran fácilmente extenderse a toda clase de asociación estimada criminal por ley, si es verdad que su objeto de tutela, el orden público, no guarda relación con ellas<sup>30</sup>. Por último, la discriminación en servicios públicos, profesionales, comerciales o el trabajo (artículos 225-1, 225-2 y 432-7 del Código francés, 137 “g” y 429 *quater* del Código holandés, 551, 512 y 314 del Código español, y 23 de la Ley belga de 10 de mayo de 2007), y la discriminación sin más (art. 176 del Código del Ecuador)<sup>31</sup>, tampoco gozan de *pax* dogmática en el bien lesionado. Este crucial problema se reparte entre el derecho de igualdad, el derecho a no ser discriminado, la dignidad de la persona humana y ciertas libertades (de trabajo, de acceso a los servicios públicos, etc.)

---

parte, la igualdad de todos los ciudadanos del mundo o, derechamente, el principio de igualdad, son defendidos, respectivamente, en Portugal por ANTUNES, María Joao, en FIGUEIREDO DIAS, Jorge (director), *Comentário conimbricense do Código penal* (Coimbra, 1999), p. 575 (art. 240), y en Suiza por STRATENWERTH, Günter, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil, T. II*, (Bern, 1995), pp. 166-167 (art. 261).

<sup>29</sup> De opinión favorable a la lesión colectiva, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, ob. cit., pp. 203-204, invocando los Códigos holandés (art. 137, “c”), español (art. 510.2) y otros.

<sup>30</sup> Hace tiempo que el orden público ha quedado reducido al desarrollo pacífico de las manifestaciones colectivas de la vida en sociedad, en su seguridad u orden exteriores, nada más. La antañona faz subjetiva del concepto, el sentimiento de tranquilidad o paz moral, la confianza de las personas en la majestad del ordenamiento jurídico, o se confunde con la seguridad individual, que no es llamada en causa por la tipología de las asociaciones criminales, sino por otras infracciones –como las amenazas–, o se superpone con un valor puro que está por encima de los objetos valorados, la seguridad jurídica. Por otra parte, así como la suma de las actitudes emocionales de un conglomerado de sujetos no cancela el hecho de que son sentimientos, así también las asociaciones ilícitas son consideradas punibles aunque de su existencia se haya enterado el público sólo una vez detenidos sus integrantes. Conformes, HEFENDEHL, Roland, *El bien jurídico como eje material de la norma penal*, (trad. María Martín Lorenzo), (Barcelona, 2007), pp. (179-196) 186-187, y HÖRNLE, Tatjana *La protección de sentimientos en el StGB*, (trad. de María Martín Lorenzo), (Barcelona, 2007), pp. (383-399) 386-390.

<sup>31</sup> Que tipifica una hipótesis más amplia que los textos europeos, porque no subordina su entidad a un requisito especial del autor (empleado público, profesional, comerciante, empresario o patrono), sino que se satisface con que el sujeto, sea éste quien fuere, “*pratique*” una “*distinción, exclusión o preferencia en razón de la nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica [sic], condición migratoria, discapacidad o estado de salud, con el objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en condiciones de igualdad*”. La pena se agrava si el hecho fue ordenado o ejecutado por servidores públicos.

individuales<sup>32</sup>. La misma incertidumbre circunda al sujeto pasivo, que pudiera ser la persona afectada, el grupo a que pertenece, los habitantes del país y, ya sobre esta pista, por qué no, el conjunto de la especie humana.

En la imposibilidad de insertar nuestra agravante en un contexto de tal abigarramiento, parécenos recomendable al estudiarla retomar los hilos desde el cabo de la gavilla. Sólo el fundamento de la circunstancia es capaz de ilustrar su naturaleza, posición sistemática y significado político, además de señalarnos una orientación segura para resolver los desafíos de interpretación que le plantea la criminalidad. El fundamento será también la sede de análisis crítico del trinomio discriminación, dignidad del hombre y principio de igualdad.

### 3. FUNDAMENTO

En Filosofía se distinguen dos grandes acepciones del concepto “fundamento”. Por una parte, se tiene el fundamento de algo en cuanto es algo ideal, su base en sentido lógico, la explicación racional de un enunciado o conjunto de enunciados, en lo que hay que tener presente que nada dice sobre la realidad que pudiera subyacer al enunciado, ya que este género de explicaciones opera en un plano exclusivamente lógico. A su turno, el fundamento real viene a ser el por qué una cosa proviene de otra diferente, o sea, sin pasar por la regla de la identidad, dado que tampoco está contenida lógicamente en ella, sino que es su efecto<sup>33</sup>.

El primer fundamento de nuestra circunstancia agravante yace en la idea por excelencia del Derecho, la humanidad. Pero no la humanidad en su mayor grado de abstracción. La humanidad como supremo valor jurídico “consiste en romper mentalmente todas las vinculaciones de los hombres a las sociedades históricamen-

---

<sup>32</sup> Por la dignidad, VÉRON, Michale, *Droit pénal spécial*, (Paris, 1995), p. 91; el derecho fundamental de igualdad, SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastian, ob. cit., pp. 273 y 276 (en otras habla del derecho a no ser discriminado), y, rotundamente, TAMARIT SUMALLA, Josep Miquel, en QUINTERO OLIVARES y VALLE MUÑIZ, José Manuel, *Comentarios al nuevo Código penal*, (Pamplona, 1996), p. 2081; el derecho a no ser discriminado, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, ob. cit., p. 194, y RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina, *La tutela penal del derecho a no ser discriminado. Análisis de los artículos 511 y 512 del Código penal*, (Albacete, 2007). Otras alternativas, en especial la libertad de trabajo, sopesa TAPIA BALLESTEROS, Patricia ob. cit., pp. 203-214.

<sup>33</sup> La distinción es de Kant, quien la formuló basándose en las relaciones de ideas y de hechos de Hume. Las primeras son proposiciones que pueden descubrirse de modo puramente intelectual, sin que dependan de algo existente en el universo; las segundas se basan en la evidencia de los sentidos, la experiencia y la relación de causa y efecto. Aquéllas obedecen a razonamientos demostrativos; éstas son *a posteriori*, sin que quepa resolver su verdad o falsedad *a priori*. KANT, Immanuel, *Ensaio para introducir a noção de grandezas negativas en filosofía*, (trad. Vinicius de Figueiredo e Jair Marboza), (São Paulo, 2005), pp. (51-99) 96-97, y HUME, David, *Investigación sobre el entendimiento humano, Estudio preliminar de Francisco Romero* (trad. de Juan Adolfo Vásquez), (Buenos Aires, 1945), pp. 61-69.

te dadas, para no admitir más que la pertenencia a la sociedad humana o, como también suele decirse, no atribuir ningún valor a las condicionalidades en que consiste la existencia de todo ser social, y reconocer el máximo valor a la dignidad de la persona en cuanto tal. La humanidad proclama y exige el hombre en sí<sup>34</sup>. El valor de la humanidad, proyectado en cada persona, se traduce en una identidad universal, aquello en que nos parecemos a los demás, “nuestra identidad como seres humanos”, que “nos recuerda que somos iguales a todos”<sup>35</sup>. Así entendida, la humanidad y, con ella, la dignidad del hombre, sólo admite una igualdad jurídica básica, la igualdad ante y en la ley, su idéntica aplicación a personas indiferenciadas. Sin embargo, esta igualdad no es conmovida por los actos de discriminación. Antes bien, el hombre la necesita precisamente porque es desigual o diferente de todos los demás, sea por su destino biológico particular, el entorno familiar, social y cultural en que creció, sus convicciones y, en general, el sentido que asigna a la vida. En otras palabras, precisa de su identidad universal porque posee identidades particulares, que lo incardinan en ciertos grupos y distinguen de otros colectivos humanos, identidades modeladas por factores que vienen con el individuo desde la cuna, le son impresos por la sociedad o son fruto de su elección, además de tener una identidad personal que lo hace idéntico consigo mismo y a ningún otro<sup>36</sup>.

La dimensión de la humanidad comprometida en la discriminación es la humanidad como principio práctico, una que se acerca al ideal humanitario, pero no coincide con él, y que consiste en una serie de postulados o exigencias que hay que realizar en la vida jurídica. Uno de ellos es que la convivencia presupone que los seres humanos nos respetemos y toleremos en nuestras identidades particulares. Por lo demás, justo nuestras múltiples disimilitudes son la materia que nos constituye radicalmente en hombres. Como los poetas y todos los verdaderos artistas tienen primero que nacer (Goethe)<sup>37</sup>, así también el hombre, para apercibirse de su humanidad, está obligado a convivir con quienes le son esencialmente dispares e iguales, tan desemejantes y parecidos entre sí como una gota de agua con otra, y a respetar “la igualdad eterna que ata por dentro lo diverso en un racimo de armonía

---

<sup>34</sup> ERNST MAYER, Max, *Filosofía del Derecho* (trad. Luis Legaz Lacambra), (Barcelona, 1937), pp. 192-193.

<sup>35</sup> SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Igualdad*, (Valparaíso, 2014), pp. 48 y 49.

<sup>36</sup> SQUELLA NARDUCCI, Agustín, ob. cit., pp. 44-49, de quien recogemos esta tripartición de identidades (universal, particular y personal), las relaciona con la igualdad del sujeto a todos, a otros y a sí mismo, respectivamente.

<sup>37</sup> O sea, que tienen que crearse a sí mismos, de modo que la capacidad productiva brote después de una manera espontánea, inconsciente, casi guiada por un sueño, desde los hondones de su ser más auténtico. DILTHEY, Wilhelm, *Goethe y la fantasía poética, en Vida y poesía*, (trad. de Wenceslao Roces y Prólogo y Notas de Eugenio Ímaz), (México, 1953), p. 137.

sin fin”<sup>38</sup>. La humanidad, en cuanto principio práctico, postula una igualdad, “no para ser idénticos, sino para ser diversos”<sup>39</sup>.

Se comprenderá entonces el error de enhebrar la discriminación punible a la dignidad humana o al principio de igualdad, como si la una y el otro fuesen bienes jurídicos. La equivocación proviene de confundir un atributo de la persona, atributo derivado de la humanidad como principio teórico, con aquellos elementos que posibilitan su conservación en el disfrute de dicha prerrogativa<sup>40</sup>, valores con objetos valorados, ocurrido lo cual se construye conceptos al margen de la acumulación de los materiales que requeriría la operación y que sólo puede suministrar el Derecho positivo. Dado que “lo hondo, lo verdaderamente original [...], lo común a todos, lo humano”, en la certera caracterización que dio Unamuno a la dignidad del hombre<sup>41</sup>, puede y debe servir, en cuanto valor puro, como fuente de objetos referidos mediata o inmediatamente a ese valor, emergen así los bienes jurídicos, el conjunto de condiciones materiales e inmateriales que posibilitan la preservación y el desarrollo del individuo y de la sociedad en una existencia digna del hombre. El honor, por ejemplo, admite ser entendido como la pretensión de respeto del individuo frente a los demás, pretensión oriunda de la dignidad de su titular<sup>42</sup>. También la libertad es un precipitado directo de ella y un bien jurídico. No así, en cambio, el “derecho” a no ser discriminados. Lo delata el pie quebrado del rótulo. Los bienes jurídicos se expresan positivamente, nunca en el galimatías de formulaciones negativas reñidas con la función de valoración de las normas.

Tampoco la igualdad pertenece a este círculo, ni como principio sintético ni como norma de comportamiento. Si existe algo desvalorado en la discriminación, es porque el acto que la aloja menosprecia de hecho la diversidad de cada cual, el reflejo del principio práctico de la humanidad. Oportuna es aquí la cita del artículo 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que “reconoce y

---

<sup>38</sup> RAMÓN JIMÉNEZ, Juan, *Diario de un poeta recién casado*, (Madrid, 2011), p. 98.

<sup>39</sup> SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *ob. cit.*, p. 49.

<sup>40</sup> “Un atributo es, en efecto, lo que el entendimiento percibe de una substancia como constitutivo de la esencia de la misma”, escribió SPINOZA, B., *Ética demostrada según el orden geométrico*, (trad. Vidal Peña), (Madrid, 2002), p. 55.

<sup>41</sup> KANT, Immanuel, *La dignidad humana*, T. I, (Madrid, 1951), pp. (272-282) 277.

<sup>42</sup> LAGODNY, Otto, “Menschenwürde im Strafrecht –am Beispiel der grundrechtlichen Legitimation staatlichen Strafen”, en FISCHER, Michael y LANG VERLAG, Peter, *Der Begriff der Menschenwürde. Definition, Belastbarkeit und Grenzen*, (Frankfurt, 2005), pp. (65-76) 70. Acerca de la relación entre dignidad humana y los bienes jurídicos concretos que interesan a la discriminación, muy interesantes son los puntos destacados y desarrollados por PICOTTI, Lorenzo, “Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero”, en RIONDATO, Silvio (editor), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, *ob. cit.*, pp. 130 y ss.

*garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psico-física, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo*". La disposición encierra un gran valor cognoscitivo para este tema. Por una parte, recalca que lo que está en juego en la discriminación son diferencias, no la igualdad de las personas, por más que la posibilidad de las diferencias halle su fundamento metafísico en una igualdad básica, como hemos explicado. En seguida, el artículo precisa que las disparidades negadas por el acto discriminatorio conciernen, no a la identidad personal, sino a identidades particulares de los individuos. Esto se aviene a pedir de boca con el postulado de respeto de la humanidad en su función práctica. Ella pretende que los hombres seamos humanos, que destaquemos y estimemos en el prójimo el elemento vinculante que une lo diverso, abstracción hecha de los rasgos que pudiesen colocar históricamente a un sujeto por encima o por debajo de otros; al contrario, rasgo infalible de los espíritus inferiores es no saber considerar a los demás sino precisamente como clasificados en tales o cuales situaciones, con tales o cuales identidades particulares<sup>43</sup>. La innoble práctica de la discriminación presupone generalizar a la víctima, el realce de alguna identidad particular cuya lograda merced a la ineptitud individualizadora o miopía humana del victimario. Por eso abunda en el hombre promedio, cuya vida transcurre entre la vida y la cama, no posee ideología alguna y es muy fácil de ganar para el discurso del odio<sup>44</sup>, pero no se presenta en los delitos perpetrados en desprecio de la persona singular o identidad personal de la víctima<sup>45</sup>. En tercer lugar, la disposición constitucional de la capital argentina evidencia cómo y por qué la discriminación, una selección excluyente, carece de vida antijurídica autónoma. Existe sólo acoplada a actos que ofenden libertades u

---

<sup>43</sup> ERNST MAYER, Max, ob. cit., p. 211.

<sup>44</sup> BROCH, Hermann Huguenuau o el realismo, (trad. María Ángeles de Grau) (Barcelona, 2013), p. 63. Con razón escribe Patricia Tapia que el sujeto pasivo de la acción discriminadora es la persona tratada de un modo diferente por alguna característica que lo identifica con un grupo. Sin embargo, no podemos acompañarla en que esa pertenencia tiene que implicar una situación de desventaja o inferioridad para la víctima y su grupo. TAPIA BALLESTEROS, Patricia ob. cit., p. 137.

<sup>45</sup> Coincidentes, PAVICH, Giuseppe y BONOMI, Andrea, ob. cit., p. 21. En el mismo sentido, nótese que los factores de discriminación más graves no son precisamente aquellos que dependen de algún modo de su elección por la víctima, como la ideología política, sino los que le vienen impuestos por su nacimiento. "Esto es lo más ofensivo de todo. Es más soportable que se tilde de inferior a la persona concreta que a la categoría; es más llevadera la desconfianza que inspira el carácter que la que despierta el nacimiento", en cuya defensa todo argumento, todo ejemplo, son impotentes, WASSERMANN, Jakob, Mi camino como alemán y judío, (trad. Constanza Pelechá Vela), (Barcelona, 2012), p. 55.

otros bienes de las personas, negándoles o impidiéndoles su disfrute, lo cual vale para los delitos propios de discriminación y, *a fortiori*, para otros más ricos en contenido del Derecho extranjero<sup>46</sup>.

El fundamento real de la agravante la une a su hermana, la intolerancia, en una misma matriz psíquica. La intolerancia es menos superficial que el irrespeto de las ideas, creencias o costumbres de los demás y más rudimentaria que la intransigencia o la inclemencia. Consiste en la incapacidad de acercarse y entender al diverso. El lazo de discriminación e intolerancia, su pasividad inicial y carácter repentinamente explosivo, la riqueza de sus manifestaciones, todo ello se comprende mejor si descendemos a la fuente psicológica, el odio. Como múltiples pueden ser las circunstancias de una persona que susciten en otras el trato discriminatorio, igualmente extensa es la platea de situaciones odiosas que confieren explicación emocional a la actitud. El odio, estancamiento de la ira, la actitud enconada de quien, por temor a la reacción o por imposibilidad de acceder a su meta, no consigue desencadenar un impulso destructivo, esa “cólera en conserva”<sup>47</sup>, puede canalizarse en odios religiosos, raciales, políticos, nacionales, familiares, sexuales, profesionales, etc. En la inabarcable plétores de posibilidades que entraña el odio, sedimento emocional del motivo discriminatorio<sup>48</sup>, permanece constante la ley de la semejanza. Únicamente odiamos a quien coincide en algo con nosotros, al que se nos parece, y el sentimiento crecerá mientras más equipotentes sean sus actos a los nuestros<sup>49</sup>. “El odio, como el amor, sólo florece

---

<sup>46</sup> La Ley brasileña número 7.716, de 5 de enero de 1989, define los crímenes resultantes de prejuicios de raza o de color. Implementa el artículo 5º, párrafo XLI, de la Constitución de 1988, que ordenó penar toda discriminación atentatoria de los derechos y libertades fundamentales, y declara la práctica del racismo crimen imprescriptible y sujeto a pena privativa de la libertad. Los numerosos delitos de la Ley, “cometidos como resultado de discriminación o prejuicio de raza, color, etnia, religión o nacionalidad”, consisten en impedir u obstaculizar el acceso a cargos públicos, la entrada a establecimientos comerciales, frecuentar establecimientos de enseñanza, hospedarse en hoteles, ser servidos en restaurantes, bares, clubes y otros locales abiertos en general, contraer matrimonio o establecer convivencia familiar o social, etc. En ninguno la discriminación es elemento cofundante de lo injusto. Así, si el dueño de un café impide a un cliente entrar o lo obliga a salir del local simplemente porque le dio la gana, el acto es antijurídico y el afectado podrá denunciarlo al órgano administrativo competente y reclamar la compensación debida ante los tribunales civiles. La discriminación no constituye la antijuridicidad del delito, sino que es una razón político-criminal para acuñarlo.

<sup>47</sup> MIRA Y LÓPEZ, Emilio, Cuatro gigantes del alma. El miedo, la ira, el amor, el deber, (Buenos Aires, 1954), p. 123.

<sup>48</sup> Las emociones son una clase de motivo, energizan y dirigen la conducta. Algunos psicólogos las consideran el sistema motivacional primario. COFER, C.N. y APPELY, M. H. Psicología de la motivación, (trad. Federico Patán López), (México, 1971), pp. 19-20 y 625, y Reeve, J. Enrique, Motivación y emoción, (trad. Víctor Campos Olguín), (México, 2003), p. 444.

<sup>49</sup> “En efecto, si fuese muy inferior, no nos podría molestar; si fuese muy superior, nos aplastaría” [...] Esta semejanza y afinidad explican, a su vez, la complicada conducta y la diversa multiformidad de manifestaciones del odio”. MIRA Y LÓPEZ, Emilio, ob. cit., pp. 124 y 125.

donde hay algo en común, donde existe un común denominador”<sup>50</sup>. Discriminación e intolerancia son catamnesis del odio, salidas que éste puede hallar para transformarse y descargarse. De ahí que la devaluación de los motivos y creencias del otro suele ir acompañada de hostilidad, paso previo de la agresión, que es la respuesta conductual precipua del odio<sup>51</sup>.

Estos fundamentos permiten ilustrar sendas observaciones extraídas del Derecho comparado y nos obsequian con otras tantas enseñanzas de política criminal. Ahora se explica la proximidad de discriminación y odio en los delitos de instigar a la hostilidad o promover la violencia contra personas o colectividades. Adquieren también cierto respaldo las interpretaciones que atribuyen a la agravante naturaleza objetiva, asilándola en la teoría de la antijuridicidad. Pero, por otra parte, queda de manifiesto la conveniencia de estamparla en las leyes mediante una redacción conceptual como “actuar motivado por odio, intolerancia o discriminación”. Los tres son intensidades de una misma magnitud psíquica, cuyos matices serán revelados por la gravedad del delito que engendraron, según una escala que empieza en el odio larvado, continúa con la intolerancia, es proseguida por la discriminación y termina en la violencia desatada. En cambio, el casuismo reinante no sólo efectúa una selección arbitraria de las identidades particulares amenazadas de discriminación, con lo que las leyes incurren en el mismo prejuicio que proclaman combatir, sino se basa en una psicología equivocada<sup>52</sup>. Por último, la individualidad psíquica del motivo discriminatorio impide considerarlo comprendido en otros móviles jurídicamente reprobados. El decreto ley N° 122 hizo bien en separar la discriminación de los motivos abyectos y triviales del artículo 61, número 1, del Código italiano. Una interpretación consolidada en el país reputa abyecto el motivo vil, despreciable, que despierta generalizada repulsión en la sociedad, y trivial, otro de poca monta, carente de significado y que no guarda proporción con el

---

<sup>50</sup> KOESTLER, Arthur, Flecha en el azul. Relato autobiográfico, (trad. J. R. Wilcock), (Buenos Aires, 1953), p. 291. El fenómeno es patente en la intolerancia generada por la gestión burguesa de los sentimientos. HELLER, Agnes, Teoría de los sentimientos, (trad. Francisco Cusó), (México, 2004), p. 258.

<sup>51</sup> CARPI, Consuelo, GUERRERO, Cristina, y PALMERO, Francisco, Emociones básicas, en PALMERO, Francisco y MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Francisco (coord), Motivación y emoción, (Barcelona, 2008), pp. (233-273) 261-262.

<sup>52</sup> Zaffaroni aconseja una formulación más general, “que no sólo tome en cuenta [...] los grupos actualmente victimizados, sino también las eventuales futuras hipótesis de discriminación, porque la imaginación perversa para inventar pretextos que permitan jerarquizar a seres humanos está históricamente demostrado que no conoce límites”. ZAFFARONI, Eugenio, Observaciones sobre la delincuencia por odio en el derecho penal argentino, ob. cit., p. 1748.

delito<sup>53</sup>. El odio, en que está enquistada la discriminación, es diferente. Aunque no se substraee al poder modelador de la cultura, que creó la motivación abyecta o trivial, el odio se pierde lejos en resortes primarios de la naturaleza humana. Evoca al miedo. Pero mientras el miedo es emoción asténica, distinguen al odio la aptitud energética y una mayor potencialidad agresiva que, pasando por el resentimiento y el desprecio, llega con la siguiente zancada a la discriminación.

#### 4. NATURALEZA JURÍDICA, SIGNIFICADO POLÍTICO Y RELACIÓN CON EL SENTIDO DE LA PENA

Si la razón de ser de nuestra circunstancia agravante reposa en una exigencia práctica del principio de humanidad —el respeto hacia las identidades particulares de las personas—, que pretende contrarrestar los alardes de la intolerancia y las insidias del odio por el desemejante, su naturaleza tiene que emplazarla en la teoría jurídica de la culpabilidad. Concebida como un juicio de reproche personal dirigido al autor del acto típico y antijurídico, el domicilio preciso de valuación del obrar discriminatorio corresponde a la parte motivadora del juicio.

La doctrina de los motivos en el delito es por excelencia italiana. Prescindiendo de su apreciación abstracta en la *spinta criminosa* de Romagnosi, pionero en sopesar la fuerza impelente de los motivos sobre la voluntad<sup>54</sup>, fue Enrico Ferri, en el seno del positivismo, quien planteó los motivos determinantes del delito, medidos según el criterio cualitativo de su carácter social o antisocial, cual índices de la peligrosidad del autor y factores de la especie de sanción social apropiada para reaccionar contra él<sup>55</sup>. Portaestandarte del sistema penal tripartito de la

---

<sup>53</sup> MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, (Milano, 2012), p. 509, y el más extenso análisis de VENEZIANI, Paolo, *Motivi e colpevolezza*, (Torino, 2000), pp. 263-266. A propósito del motivo trivial, Malinverni comenta que el adjetivo, para no contradecir el poder causal significado con el sustantivo, habría que relacionarlo con su efecto y no con el estímulo que lo provocó. Es decir, que lo desproporcionado no es el motivo, sino el delito, supuesto que el estímulo no ocasione usualmente acciones criminosas como la juzgada. Deduce de esto que la verdadera sede sistemática de esta clase de motivos es la investigación de la imputabilidad y la capacidad criminal del imputado. MALINVERNI, Alessandro, *Scopo e movente nel Diritto penale*, (Torino, 1955), pp. 281-283.

<sup>54</sup> Es claro que al socaire del determinismo psicológico, muy difundido entre los filósofos de la Ilustración. Para Romagnosi era “axioma cierto y universal, tanto en el campo de la moral como en el de la legislación, que *existe una indefectible y constante conexión entre los motivos que se presentan al entendimiento y las determinaciones de la voluntad humana y que estas determinaciones guardan relación y proporción con la especie y energía de los mismos motivos*”. ROMAGNOSI, Giandomenico, *Génesis del Derecho penal*, (trad. Carmelo González Cortina y Jorge Guerrero), (Bogotá, 1956), p. 199 (parágrafo 510).

<sup>55</sup> FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, T. II, (Madrid, 1907), pp. 166-169.

*Scuola* y su preocupación por la figura del delincuente, verdadero “protagonista” del Derecho criminal, Ferri disoció la estimación de los motivos respecto del delito y sus elementos, huella de lo cual quedaría en el artículo 133 del Código italiano, disposición cardinal de la conmensuración de la pena, que dispone que el juez debe tener en cuenta al concretarla la “capacidad delictuosa” del culpable, deducida de los motivos que lo determinaron a actuar<sup>56</sup>. El penalismo posterior se encargará de restituirlos a la teoría del delito, por lo menos en lo que permite un Código rociado de pizcas positivistas, así como de definir cuidadosamente su concepto, distinguirlo de otros con que suele confundirse y ahondar en las bases psicológicas de la motivación delictiva<sup>57</sup>. Se perfila la diferenciación de motivo y fin, el primero entendido como motor, antecedente o causa psíquica, el segundo como meta u objetivo de la acción<sup>58</sup>. Se separa los motivos del dolo, venciendo la terca resistencia del neopositivismo, que los quería como características del último<sup>59</sup>. Una cosa es la representación y voluntad del resultado antijurídico, y otra son los resortes afectivos que decidieron al sujeto, impulsándolo a actuar<sup>60</sup>, en lo

<sup>56</sup> Recuérdese lo transcrito *supra*, texto y nota 12. Sobre la lectura de la capacidad delictuosa a la luz de los principios constitucionales, véase CARLO, Fiore y STEFANO, Fiore, *Diritto penale, Parte generale*, (Torino, 2008), pp. 613 y ss.

<sup>57</sup> En todos estos aspectos dio una contribución importantísima MALINVERNI, Alessandro, *Scopo e movente nel Diritto penale*, libro cuya primera versión data de 1945.

<sup>58</sup> BETTIOL, Guiseppe y PETTOELLO MANTOVANI, Luciano, *Diritto penale. Parte generale*, (Padova, 1986), p. 582, y MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte generale* (Padova, 2013), pp. 654-655. Acusando una herida del positivismo, MALINVERNI, Alessandro, *Scopo e movente nel Diritto penale*, ob. cit., pp. 40-57 y 100-101, había afirmado antes que el fin, la representación del resultado por conseguir, interesa a la teoría del delito, al paso que para la teoría del autor era relevante el móvil o afecto determinante del acto, consciente o inconsciente.

<sup>59</sup> Principalmente, Eugenio Florian. En España, Jiménez de Asúa, cuyas primeras obras están influidas por el positivismo crítico, tampoco logró substraerse al pensamiento que pone los motivos como partes del dolo. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, t. V, (Buenos Aires, 1956), pp. 236-238 y 497-498.

<sup>60</sup> “Extraños a la estructura del dolo son los aspectos afectivos (emociones, afectos, motivos de cualesquiera naturaleza) que están en la base de la decisión de actuar. El dolo, cual voluntad consciente de realización del hecho, no depende de estados afectivos, sino exclusivamente de los contenidos de la voluntad y de la representación del sujeto agente”, comenta PULITANÒ, D, *Diritto penale*, (Torino, 2013), p. 310. “El dolo, como voluntad del hecho, puede coexistir con las motivaciones psicológicas más variadas”, escriben FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *Diritto penale. Parte generale*, ob. cit., p. 371. Ahora, que existen relaciones entre motivo y dolo, es indudable. En su detallado análisis, VENEZIANI, Paolo, ob. cit., pp. 93-148, examina la *intention* o dolo directo de los anglosajones, los *Absichtdelikte* o delitos de tendencia interna trascendente de los alemanes, los *mobiles* de los franceses y, por último, el papel de los motivos en el componente voluntario del dolo, argumentando cómo en el dolo directo y ciertas finalidades ultratípicas se reconoce eficacia jurídica a elementos psíquicos que interfieren de diversa manera con los procesos motivacionales del autor.

que conviene tomar nota de que el motivo pudiera ser inconsciente<sup>61</sup> y, sobre todo, que mientras el dolo es un concepto jurídico, los motivos representan un concepto psicológico. Son las causas psíquicas que producen el querer o la aceptación del resultado típico<sup>62</sup>. Y como la noción de causa es metafísica, los motivos integran también la galería de conceptos filosóficos. Vista así, “la motivación no es, en lo esencial, distinta de la causalidad, sino solamente un tipo de ella, a saber, la causalidad que pasa a través del medio del conocimiento”<sup>63</sup>. Esta clase de causalidad, que está grávida de consecuencias para nuestro tema, halla condigno acatamiento en la Criminología y la Dogmática penal<sup>64</sup>.

El engarce sistemático de los motivos en la teoría de la culpabilidad llegaría gracias al neokantismo, cuando la doctrina italiana acoge los avances del argumento en Alemania. Un momento alto y dos notas bajas resultarán de este proceso. Sobresale la caracterización de los motivos como una cadena de componentes ideológicos anclados en otros de signo emocional que dan tono y forma al conjunto<sup>65</sup>. Más requerida de precisión, empero, es la hipótesis del concurso de motivos, con el criterio ofrecido para resolverla, el motivo prevaleciente de los italianos o el preponderante de los alemanes. Partiendo de que en la conducta humana, también el obrar criminal, confluye o puede confluír un cúmulo de motivaciones, algunas conscientes, otras inconscientes, las que operan una en pos de la otra o al mismo tiempo, se afirma que el dogmático debiera seleccionar aquella que tuvo

---

<sup>61</sup> MALINVERNI, Alessandro, *Scopo e movente nel Diritto penale*, ob. cit., p. 35.

<sup>62</sup> Perspicaz en esto, como todo su excelente libro, YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, Alice, *Les mobiles du délit. Etude de Criminologie et de Droit pénal*, Préface du Professeur Benigno di Tullio, (Paris, 1975), p. 107.

<sup>63</sup> SCHOPENHAUER, Arthur, *Los dos problemas fundamentales de la ética*, (trad. Pilar López de Santa María), (Madrid, 1993), p. 78.

<sup>64</sup> SEELIG, Ernesto, *Tratado de Criminología*, (trad. José María Rodríguez Devesa), (Madrid, 1958), p. 188: “es falso, por tanto, *contraponer* los motivos de un delito a sus ‘causas’”. De la causalidad psíquica o interna, con sus antecedentes en Leibniz, Schopenhauer, Brentano y Lersch, disertó Engisch a propósito de la estafa, explayándose sobre la doctrina de David Hume, para el cual la causalidad no es un criterio ontológico, sino otro gnoseológico de ordenar nuestras representaciones del mundo. ENGISCH, Karl, “Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug”, en *Festschrift für Hellmuth von Weber*, L. (Bonn, 1963), pp. (247-270) 258-260.

<sup>65</sup> Esta inteligencia procedía de los neokantianos M. E. Mayer y Edmund Mezger, pero fue considerablemente profundizada por Malinverni con la consulta de las teorías psicológicas conocidas a mediados del siglo XX (asociacionismo, psicología de la forma, behaviorismo, etc.). Según él, el componente noético predomina en la finalidad (*scopo*) y el emocional en el motivo (*movente*). ERNST MAYER, M, *Derecho penal. Parte general*, (trad. Sergio Politoff Lifschitz), (Montevideo-Buenos Aires, 2007), pp. 131-132; MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, (trad. José Arturo Rodríguez Muñoz), (Madrid, 1957), p. 60, y MALINVERNI, Alessandro, *Scopo e movente nel Diritto penale*, ob. cit., p. 56. Estos autores se esmeraron en destacar el tinte que el carácter de cada persona imprime a las motivaciones humanas en general.

una influencia predominante en la determinación volitiva, la que más que ninguna otra empujó al sujeto a actuar<sup>66</sup>. Convengamos que así en la Psicología como en la Criminología son de pacífico reconocimiento el carácter multidimensional y dinámico de la motivación, que cada motivo es una estructura formada por varios submotivos y puede entrar en pugna con otros<sup>67</sup>. Sin embargo, “al momento de pasar a la acción, se acaba por obrar por un solo motivo (motivo final), aquel que prevaleció y constituye, por así decirlo, el resultado de todos los motivos”<sup>68</sup>. Dado que los restantes permanecen como simples representaciones, porque no alcanzaron la calidad de auténtico motivo, nunca podrá darse un concurso homogéneo o heterogéneo de circunstancias fundadas en motivaciones diferentes. Las dividirá una relación de heterogeneidad en que una, el motivo genuino, forzosamente tiene que excluir a los impulsos que no consiguieron mover a la voluntad antes de la aparición del descollante<sup>69</sup>. En segundo lugar, salvo Bettiol en las obras generales y las escasas monografías publicadas durante las últimas décadas, es lamentable que el valor de los motivos sea sopesado por la doctrina, no en la teoría del delito, sino recién en el proceso de adaptación y concreción de la penalidad<sup>70</sup>. La doctrina

---

<sup>66</sup> MALINVERNI, Alessandro, *Scopo e movente nel Diritto penale*, ob. cit., pp. 58-59 y 198-201. En 1789 Bentham había planteado el conflicto de motivos en las decisiones humanas, aunque sin rebasar el nivel abstracto de las especulaciones de la sazón. BENTHAM, J. *Los principios de la moral y la legislación*, (trad. Margarita Costa), (Buenos Aires, 2008), pp. 126-127. Sin embargo, a principios del siglo XX la concurrencia de motivos y la teoría del motivo preponderante se presentan con meridiana claridad en el concepto de delincuente por convicción. Se dijo que en él el deber político, religioso o moral tiene que ser el móvil preponderante, aunque no necesariamente el único, “ya que el hombre es una amalgama muy heterogénea como para obedecer jamás a un solo motivo, aunque sí el decisivo entre los motivos del egoísmo y la vanidad, que inevitablemente tienden a añadirse a los afanes más nobles, ya maculándolos, ya fortaleciéndolos”. RADBRUCH, Gustav, “El delincuente por convicción”, (trad. José Luis Guzmán Dalbora), en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, (Valparaíso, 2005), pp. (11-17) 16.

<sup>67</sup> WOLFF, Werner, *Introducción a la Psicología*, (trad. Federico Pascual del Roncal), (México, 1969), pp. 254-255, y MASLOW, Abraham, *Motivación y personalidad*, (Madrid, 1991), p. 43. Acerca de la pluralidad de motivos en el homicidio, MANNHEIM, Hermann, *Trattato di Criminologia comparata*, a cura di Franco Ferracuti e Presentazione di Giuliano Vassalli, T. I, (Torino, 1975), pp. 395-406, y HENTIG, Hans Von, *Estudios de Psicología criminal, II, El asesinato*, (trad. José María Rodríguez Devesa), (Madrid, 1960), pp. 62-86.

<sup>68</sup> YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, Alice, ob. cit., p. 28.

<sup>69</sup> Conforme, RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, *Del fundamento a la defensa en la legítima defensa*, en *Estudios penales, Homenaje al P. Julián Pereda, S. J.*, en su 75° aniversario, (Bilbao, 1965), pp. (249-283) 277. *Infra*, apartado 7, regresaremos al particular e indicaremos las informaciones psicológicas que posibilitan identificar la verdadera y única motivación de un delito.

<sup>70</sup> En Alemania, atendida la ausencia de circunstancias agravantes y atenuantes comunes, las “raíces psicológicas del hecho”, como se llama a los motivos y objetivos del autor, que el parágrafo 46 del Código nombra entre los factores judiciales de graduación de la pena, son analizadas en la concreción de ésta. La valuación, a favor o en contra del hechor, considerará la calidad y la fuerza

chilena ha dedicado un poquito más de atención al componente motivador del juicio de reproche, pero, en revancha, cae en errores de apreciación al interpretar circunstancias en que intervienen o, al revés, no se considera motivos determinados<sup>71</sup>.

La interpolación de los motivos en la culpabilidad no debiera levantar polémica. Si la culpabilidad normativa consiste en un reproche formulado al autor del acto típico y antijurídico, reproche fundado en la posibilidad exigible a éste de motivarse en la situación concreta con arreglo a la función de valoración de bienes que cumplen las normas jurídicas, entonces “la motivación toca el problema más central y decisivo de la culpabilidad” y es criterio ineludible para establecer su cuantía<sup>72</sup>. No obstante, los críticos del segmento motivador del juicio de reproche retrucan que con semejante contenido éste arriesga deslizarse hacia un enjuiciamiento ético de lo que el sujeto hizo y, dado que los motivos son inescindibles del carácter, precipitarse en el acantilado sin fondo del Derecho penal de la actitud interna y su prurito moralizante. Por cierto, el horror hacia el subjetivismo explica que en Italia los estudios sobre la motivación decayesen en número tras la

---

de los motivos. BRUNS, Hans-Jiirgen, *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, (Köln, 1974), pp. 548-550, y STREE, Walter, en SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖDER, H. Beck, ob. cit., p. 640.

<sup>71</sup> A propósito de la distinción de motivos y dolo, brevísimo, pero certero, LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal*, T. I. (Santiago de Chile, 1995), p. 120. Sobre los motivos en el juicio de culpabilidad, véanse las prietas líneas de NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general*, t. I. (Santiago de Chile, 1985), pp. 467-468, y GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte general*, t. II. (Santiago de Chile, 1997), pp. 205-207. En materia de circunstancias, se señala que obedecerían a motivaciones particulares las atenuantes 3<sup>a</sup> (provocación o amenaza previa), 4<sup>a</sup> (vindicación próxima de una ofensa grave), 5<sup>a</sup> (arrebato u obcecación) y 10<sup>a</sup> (celo de la justicia) del artículo 11, y la agravante 2<sup>a</sup> (precio, recompensa o promesa) del artículo 12. En verdad, la motivación es clave en la vindicta, el celo de la justicia y el precio, además de la actual discriminación. De las demás atenuantes, que se agrupa abigarradamente con la venganza bajo la etiqueta de circunstancias emotivas o pasionales, una pertenece a la culpabilidad, pero en un estrato distinto del juicio de reproche, la imputabilidad, que es disminuida por el arrebato o la obcecación, y otra revela una reducción de lo injusto (por la provocación o amenaza previa). Con todo, véase los pareceres divergentes del nuestro en CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, (Santiago de Chile, 2005), pp. 479-489; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, *Derecho penal*, t. II, (Santiago de Chile, 1998), pp. 19-21; GARRIDO MONTT, Mario ob. cit., t. I, pp. 184-190; MATUS ACUÑA, Jean Pierre, en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y ORTIZ QUIROGA, Luis, (dirs.), *Texto y comentario del Código penal chileno*, t. I. (Santiago de Chile, 2002), pp. 171-177; MERA FIGUEROA, Jorge, en HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor y COUSO SALAS, Jaime, (dirs.), *Código penal comentado*, t. I (Santiago de Chile, 2011), pp. 287-295, 306-308 y 312-315, y VARGAS PINTO, Tatiana, *Manual de Derecho penal práctico. Teoría del delito con casos*, (Santiago de Chile, 2010), pp. 165-162.

<sup>72</sup> ZAFFARONI, Eugenio, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, t. V, (Buenos Aires, 1981-1988), pp. 312 y 313. Idéntico, Zaffaroni, con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, ZAFFARONI, Eugenio, *Derecho penal. Parte general*, (Buenos Aires, 2002), pp. 1051-1052. En Italia pueden verse las observaciones de NUVOLONE, Pietro, *Il sistema del diritto penale*, (Padova, 1982), p. 430.

entrada en vigor de la Constitución de 1948<sup>73</sup>, así como el generalizado repudio del *Gesinnungsstrafrecht* de los germanos, al que se considera incompatible con la tradición liberal del país<sup>74</sup>.

Ahora, parece indudable que una ponderación sólo moral de los motivos es incompetente para cimentar el reproche jurídico de la culpabilidad. Tanto más amenazador para un Derecho penal celoso de la intimidad de los justiciables sería que se los calibre antes, cuando se establece lo injusto de la conducta, en ese vástago de la doctrina de lo injusto personal denominado desvalor de la acción. Pero la queja de los críticos es torticera. La estimación de los motivos tiene que apoyarse en el sistema de valoraciones dominantes en una comunidad, así como las recoge su ordenamiento jurídico<sup>75</sup>. Y este es justamente el caso de la discriminación, reprobada hace medio siglo por el Derecho internacional. Además, los elementos del ánimo o la disposición interior, como demuestra la experiencia del Derecho penal nacionalsocialista, fueron instalados en los tipos con el deliberado propósito de erigir lo antijurídico del hecho sobre la actitud desaprobada del autor y con el plomo del reduccionismo bipolar de amigos y enemigos. Que queden vestigios de esta catadura en el Derecho penal hodierno, como el delito de maltrato doméstico habitual<sup>76</sup>, no significa que

---

<sup>73</sup> VENEZIANI, Paolo, ob. cit., pp. 2 y 3.

<sup>74</sup> Uno de los pocos defensores fue Bettiol, quien intentó expurgar el concepto de su ascendencia nazi, rescatándolo para el Derecho penal propio “de una filosofía existencial y personalista sobre la que reposa la concepción política democrática que resurgió actualmente en Europa”. BETTIOL, G., *Sul Diritto penale dell’atteggiamento interiore* (1971), en *Scritti giuridici. 1966-1980*, (Padova, 1980), p. 101-117; 113. Sobre la relación entre este Derecho penal y los motivos agravantes, BETTIOL, Giuseppe y PETTOELLO MANTOVANI, Luciano, *Diritto penale. Parte generale*, ob. cit., pp. 583 y 585.

El debate acerca de la admisibilidad del Derecho penal de la actitud interior y, en particular, su compatibilidad con los principios del Estado liberal, fue muy encendido en los años siguientes a la publicación del artículo de Bettiol. Comenzó una polémica científica con Franco Bricola (véase BRICOLA, Franco, *Teoria generale del reato*, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. XIX, (Torino, 1973), pp. 68 y ss., al que Bettiol respondió con un ensayo titulado *Colpa d’autore e certezza del diritto* (1977), republicado en *Scritti giuridici. 1966-1980*, (Padova, 1980), pp. 203 y ss., en particular 207 y ss., y MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte generale* (Padova, 2013), ob. cit., p. 262), al que, a su turno, Bettiol contestó en su artículo *Sul problema della colpevolezza*, en *Scritti giuridici. Le tre ultime lezioni brasiliane*, (Padova, 1987), p. 23 y ss. (publicadas póstumamente, estas lecciones fueron realizadas en 1980 en São Paulo), precisando que el examen de la actitud interior del sujeto debe servir sólo para conmensurar su responsabilidad, no para fundarla, y que ella sigue basándose en la realización de un hecho material. Con esto Bettiol atenuó notablemente el tono del debate. Su entero desarrollo es bien presentado últimamente por RIONDATO, Silvio, *Un diritto penale detto “ragionevole”*. *Raccontando Giuseppe Bettiol*, (Padova, 2005), p. 136 ss.

<sup>75</sup> Muy preciso, DOLCINI, Emilio, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, (Padova, 1979), pp. 333-334.

<sup>76</sup> Consúltense los artículos 14 de la Ley chilena número 20.066, de 7 de octubre de 2005, sobre Violencia intrafamiliar, y 173, apartado 2, del Código penal español.

sucedan lo mismo en el papel agravante de la discriminación. Éste tampoco pretende juzgar a una personalidad, “sino la conducta delictiva que, además de lesionar el correspondiente bien jurídico, resulta más reprochable por ser discriminatoria”<sup>77</sup>.

De cualquier forma, el recelo por los motivos en el delito, la crisis de la concepción normativa de la culpabilidad, que se busca vaciar de lo que tiene más genuino y humano –la apreciación individualizada de lo que el sujeto efectuó en sus concretas circunstancias psíquicas y sociales–, la arremetida del neoliberalismo en las cuestiones penales<sup>78</sup>, incluso la defensa de colectividades que sufrieron o padecen hoy el flagelo de prejuicios o posiciones de poder, han congregado sus voces en asombrosa polifonía. Se alega que el lugar de los motivos en el delito no es otro que la antijuridicidad, sea porque los de carácter reprochable indican un hecho más grave al estar indigente de toda justificación, sea a causa del vilipendio que causan a la víctima, sea por el mensaje intimidatorio y coactivo que el autor arroja contra los demás miembros del grupo odiado por él<sup>79</sup>. No hemos de volver sobre el principio de igualdad y la antijuridicidad en la discriminación, a la que sabemos necesitada de tomarla a préstamo de los delitos en que incide, pero sí apremia destacar que ese injusto no le viene de daños indirectos e indeterminados. Muchísimos delitos comunes tienen la virtualidad de amedrentar a la comunidad, hecho comprobado

---

<sup>77</sup> ZAFFARONI, Eugenio, Observaciones sobre la delincuencia por odio en el derecho penal argentino, ob. cit., p. 1744.

<sup>78</sup> El neoliberalismo es una corriente de origen económico que nada tiene que ver con el liberalismo en la historia de las ideas políticas. La confrontación es límpida en el Derecho penal. El liberalismo punitivo puede ser de derechas o izquierdas, caso en el cual se aproximará al socialismo. El neoliberalismo es siempre conservador; en sus manifestaciones más toscas, es reaccionario y se está mostrando capaz de derruir caros principios del Estado de Derecho.

<sup>79</sup> De la primera postura, PERALTA, José Milton, Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal, PERALTA, José Milton, Motivos reprochables, (Buenos Aires, 2012), pp. 199-202, y PERALTA, José Milton, “Motive im Tatstrafrecht”, en HEINRICH, Manfred *et al.* (edits) *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, (Berlín y New York, 2011), pp. (257-271) 262 y ss. Sostentan la segunda LAURENZO COPELLO, Patricia, La discriminación en el Código penal de 1995, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIX, (1996), pp. (221-288) 235, 236 y 281-282, con énfasis en el derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro, y, decididamente, HÖRNLE, T., *Tatproportionale Strafzumessung*, (Berlín, 1999), pp. 271-272. La tercera tendencia congrega a un número mayor de partidarios, entre los que sobresale ZAFFARONI, Eugenio, Observaciones sobre la delincuencia por odio en el derecho penal argentino, ob. cit., pp. 1743 y 1748. En Chile, SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, ob. cit., pp. 286-292, según quien el mensaje conminatorio iría contra la víctima, su grupo de pertenencia, la sociedad y el Estado. El mensaje violaría una norma “de flaqueo” –misteriosa entelequia del constructivismo funcionalista–, que prohíbe emitir comunicaciones que socavan las expectativas de indemnidad de ciertas personas, según DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LVV, (2004), pp. (143-176) 165-167.

en la historia de la criminalidad. No obstante, la Dogmática penalista no puede atribuirle otro valor que un daño mediato o moral, “aquel que el delito acarrea también a todos los demás ciudadanos que no fueron directamente afectados, por lo cual se le llama también *reflejo*, ya que quien lo sufre es golpeado por reflejo o de rebote”. Este daño, empero, “es de mera *opinión*” y “trae su esencia ideológica de una sola cosa: *la posibilidad de la repetición*”. En la teoría del delito, no llega siquiera a daño potencial; y así, “si alguien fue muerto, violentado, robado, injuriado, ningún derecho de sus conciudadanos puede decirse lesionado ni siquiera *potencialmente*, porque la potencialidad debe estar en el acto consumado, no en sus supuestas posibles repeticiones. En tales casos el daño *inmediato* es enteramente *privado*”, y la seguridad de los demás, “respecto del *efecto inmediato* del delito, queda ilesa”<sup>80</sup>. Por último, la fantasmagoría de un daño inmediato derivado de efectos indirectos, ajenos a la víctima y, para colmo, imprevisibles e ingobernables para el autor, choca con la información textual de que la agravante no se reduce a las ofensas cometidas contra personas que pertenecen a grupos vulnerables, lo cual, por otra parte, tampoco haría justicia al fundamento de la circunstancia, como explicamos páginas atrás y profundizaremos en el apartado siguiente<sup>81</sup>.

Menor poder suasorio tiene la dificultad práctica de probar en el proceso el motivo que decidió al agente. Es interesante recordar la respuesta de Ferri a esta objeción. El problema—dice Ferri—no es inédito, ya que se cierne sobre cada uno de los elementos psicológicos del delito, desde la imputabilidad, el dolo, la culpa, la premeditación, etc. Pero si la prueba de estos hechos tiene que ser indirecta, inducida de indicios externos, o consistir en el examen pericial de las condiciones mentales del sujeto actuante, en el caso de los motivos parece más lógica y segura, porque el objeto de la demostración obedece una clase de causalidad, el determinismo psicológico<sup>82</sup>. Hoy habría que agregar que la única alternativa consecuente a la consideración de los motivos es una abstrusa objetivación “normativo-estadística” de la teoría del delito<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> CARRARA, Francesco, Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena, (Bologna, 19939, pp. 112, 117 y 119 (parágrafos 104, 115 y 120). También prudente, en nuestros días, VENEZIANI, Paolo, ob. cit., p. 166.

<sup>81</sup> En Chile, Hernández Basualto piensa que una restricción así carece de respaldo en la letra de la ley, aunque, finalmente, se decanta por una lectura que divisa la antijuridicidad de la discriminación en el peligro que representaría para el orden público, como germen de otros actos odiosos, vindicativos y violentos. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, Discriminación y Derecho penal. Comentarios a una ponencia de Emanuele Corn, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, (2013), pp. (157-175) 164-165.

<sup>82</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, Discriminación y Derecho penal. Comentarios a una ponencia de Emanuele Corn, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, (2013), p. 173.

<sup>83</sup> Abstrusa, porque la Estadística, el estudio cuantitativo de hechos o fenómenos colectivos, se ocupa de regularidades fácticas. No es ciencia normativa, como la Dogmática jurídica, que versa de normas.

que prescinda de toda información psíquica, una deshumanización de la justicia punitiva transformada en el tribunal electrónico que fantaseó Giovanni Papini<sup>84</sup>. Y si se acepta el motivo discriminatorio, pero como significativo de un especial desvalor del resultado, no sólo privamos al móvil de la prioridad que le corresponde<sup>85</sup>, sino que se violenta el tenor literal de la ley, punto de partida y límite de su interpretación. El elemento gramatical es inequívoco en el Código chileno (“*cometer el delito o participar en él motivado por*”), más alambicado en la ley italiana (“*delitos cometidos con fines de discriminación o de odio étnico, nacional, racial o religioso*”), porque ella mienta finalidades, las que difieren conceptual y psicológicamente de los motivos. Sin embargo, es psíquica y jurídicamente imposible perpetrar un delito teniendo la discriminación como fin<sup>86</sup>. Avalan nuestro aserto el carácter transitivo del verbo que subyace al sustantivo, discriminar, y la constatación sistemática de que la legislación italiana reviste a menudo los motivos con expresiones o partículas diferentes, como “causa”, “por” y otras todavía<sup>87</sup>. Por último, si la discriminación cumpliera el improbable papel de finalidad, no un motivo, pasaría a ser elemento subjetivo del tipo de la agravante y, al mismo tiempo, componente psíquico de la antijuridicidad, conclusión a que se opone el carácter netamente objetivo de lo injusto en el Código peninsular<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> “Un conjunto mecánico, animado solamente por la corriente eléctrica, que pretendía resolver, a fuerza de números, los misteriosos problemas del alma humana”. La máquina aparece en la serie de narraciones *El libro negro*, que citamos según las *Obras* del escritor UNAMUNO, Miguel, La dignidad humana, en sus Ensayos, 2 vols., t. I, (Madrid, 1951), p. 664.

<sup>85</sup> Lo reconoce Lorenzo Copello en su interpretación objetivista de la circunstancia española, LAURENZO COPELLO, Patricia, ob. cit., p. 281.

<sup>86</sup> El defecto de redacción perjudica también la segunda parte de la agravante, actuar con la finalidad de facilitar la actividad de organizaciones, asociaciones, movimientos o grupos que persigan fines discriminatorios. Facilitar puede ser un fin; discriminar, no.

<sup>87</sup> “En realidad, se trata sólo de expresiones diversas, que pretenden significar cosas análogas. Decir que se actúa por motivo de lucro o con la finalidad de obtener provecho económico, por impulso lujurioso o con el fin de satisfacer la libido, por desprecio o con el fin de despreciar, es expresar conceptos equivalentes. Por lo mismo, adoptaremos regularmente el término ‘scopo’ como comprensivo también del concepto de ‘motivo’”. MALINVERNI, Alessandro, Scopo e movente nel Diritto penale, ob. cit., pp. 110-111.

<sup>88</sup> Su artículo 59 dispone que las circunstancias que atenúan o excluyen la pena deben ser valoradas a favor del agente incluso si él no las conocía o si las consideró por error inexistentes. En Italia no disfrutaban tradicionalmente de buena salud los elementos subjetivos de lo injusto, a los que se estudia en la culpabilidad con el nombre de “dolo específico”. MALINVERNI, Alessandro, Scopo e movente nel Diritto penale, ob. cit., pp. 98 y 99. Sin embargo, en los últimos lustros han aparecido algunos estudios que examinan los elementos subjetivos del tipo fuera de la culpabilidad. Véase, en general, PICOTTI, Lorenzo, Il dolo specifico. Un’indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali, (Milano, 1993), *pássim*, y sobre cuestiones particulares, STORTONI, L., L’abuso

Establecida su filiación en la teoría de la culpabilidad<sup>89</sup>, queda por resumir su trasfondo político y relación con el sentido de la pena.

Para lo primero hay que traer a colación los elementos del Derecho penal y hacerse cargo del dilema de los componentes caracterológicos del juicio de reproche. Debemos a Malinverni el descubrimiento de la mancomunidad de estas cuestiones. Un Derecho penal tripartito –esto es, el compuesto por los elementos de delito, delincuente y sanción– ve los motivos en la teoría del reo y los juzgará en su valor sintomático e individual, esto es, como producto de otros factores, incluso inconscientes, y como índices de la personalidad<sup>90</sup>. Consustancial a las doctrinas favorables a la individualización de la pena y al subjetivismo del delito “de autor”, este sistema se corresponde con los rasgos lógico-abstractos del autoritarismo punitivo. En efecto, como no se aviene con la legalidad de delitos y penas, aborrece de la igualdad de los justiciables ante la ley, persigue la disidencia y eleva a delito la expresión de pensamientos, así también el Derecho penal autoritario dirige su foco de atención hacia la disposición interna criminal, desde la que convoca al hombre a responder por su trayectoria vital, antes que por actos singulares ofensivos de bienes jurídicos. En cambio, un juicio real y general apreciará los motivos en sí mismos, sopesando su valor con la sola prueba de que determinaron a delinquir al inculpado, sin considerar el modo en que obraron en él y las raíces profundas en su personalidad. Este tipo de juicios cuadra al Derecho penal bipartito –con sus solos elementos de delito y pena–, el que coloca los motivos en la doctrina de la culpabilidad<sup>91</sup>. Además, congenia con la orientación al acto del liberalismo. La mentalidad individualista reclama el respeto del fuero interno del reo, al que se condena por un ataque objetivo contra un bien de interés general, exige personalidad en la responsabilidad criminal y, por ende, que la pena no manipule a las personas en pos de fines que las superan o trascienden<sup>92</sup>. La discriminación pudiera moverse libremente entre los dos polos, la espiral del arbitrio individualizador y

---

di potere nel diritto penale, (Milano, 1976), p. 84, y FORNASARI, Gabriele, “I criteri di imputazione soggettiva del reato di bancarotta semplice”, en *Giurisprudenza commerciale*, (1988), p. 674.

<sup>89</sup> Lo que no significa que sea una agravante “subjetiva”. Del dualismo objetivo-subjetivo en la teoría de las circunstancias consignamos lo indispensable *infra*, apartado 7.

<sup>90</sup> MALINVERNI, Alessandro, “voz Motivi (Diritto penale)”, en la Enciclopedia del Diritto, t. XXVII, (Milano, 1977), pp. (287-322) 295.

<sup>91</sup> Se entiende que una culpabilidad normativa. MALINVERNI, Alessandro, voz Motivi a delinquere, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. X (Torino, 1964), pp. (961-970) 964.

<sup>92</sup> En todo caso, en la realidad histórica del liberalismo penal pueden presentarse líneas divergentes, matices, incluso deformaciones. Si considera al hombre, no como individuo, tampoco al interior de tipos humanos, sino cual pura abstracción, remata en un individualismo conservador, cuyo consecuente punto de arribo es trocar la seguridad del individuo por el poder oligárquico. Al revés, cuando el liberalismo fragmenta al hombre en tipos humanos concretos, más próximos

la rigidez de los procedimientos generalizadores, de no impedirlo su fundamento en el mundo de las ideas. Éste la asila en una culpabilidad que mantiene a raya la pujanza de las pretensiones caracterológicas, siquiera pagando el precio de la fijeza ingénita a los juicios abstractos.

El mismo fundamento permite resolver uno de los quicios más intrincados de la motivación delictuosa, su vínculo con el problema filosófico del sentido o significado último de la pena para la comunidad jurídica. El sentido de la pena descansa en la idea del Derecho; en ella se puede buscar una legitimación de los fines concretos de la voluntad legiferante. Estos fines, reunidos convencionalmente bajo el nombre de fines de la pena, indican lo que uno o varios sujetos querrían lograr a través de ella, pero no llevan en sí la garantía de que el objetivo propuesto está autorizado por un valor absoluto. A causa de tomar el dilema por los flancos, por hacer lo esencial de triviales consideraciones sobre las aspiraciones humanas, el debate acerca de cómo se comportan las teorías penales frente a los motivos en el delito arroja contestaciones que van desde su compatibilidad con cualquier fin o, al contrario, una pugna con todos los fines pensados para las puciones<sup>93</sup>. En cambio, si se parte de la idea de la humanidad, “que proclama y exige el hombre en sí”, su dignidad, los únicos sentidos de la pena que pudieran ser congruentes con los motivos son la retribución y, superándola, otra doctrina absoluta, la reparación del daño. La discriminación se amolda dócilmente a esta cadena ideológica. La pena retributiva desvalora el hecho que se cometió por tal motivo sin utilizar al condenado para que él u otros se abstengan de discriminar al prójimo, ni para robustecer a su costa la autoridad del ordenamiento jurídico<sup>94</sup>. La pena reparadora posee una aptitud más racional y humana: restaurar las consecuencias deletéreas

---

a la realidad social, brota una variedad penal transformadora, cuyo remate es la amplificación de los poderes del juez y la individualización de la pena.

<sup>93</sup> Defiende la compatibilidad de la apreciación general de los motivos con las doctrinas retributiva y preventivo general, y de la apreciación sintomática con las doctrinas preventivo especiales, MALINVERNI, Alessandro, voz *Motivi a delinquere*, ob. cit., p. 968, y MALINVERNI, Alessandro, voz *Motivi (Diritto penale)*, p. 296. Controvierte la conciliación de los motivos censurables con todas las doctrinas penales, incluso la prevención general positiva, porque ninguna podría justificar empíricamente la necesidad de agravarla, PERALTA, José Milton, *Motivos reprochables*, ob. cit., pp. 37-118.

<sup>94</sup> Por lo demás, existe una relación íntima entre pena retributiva y culpabilidad normativa, identificada por Bettiol varias décadas atrás. BETIOL, Giuseppe, *Culpabilidad normativa y pena retributiva*, Apéndice de su libro *El problema penal*, (trad. José Luis Guzmán Dalbora), (Buenos Aires, 1995), pp. 196-232. Al ser graduables, retribución y culpabilidad normativa pueden tomar en cuenta los motivos del autor, en un reproche por el hecho, laico y secularizado, piensa VENEZIANI, Paolo, ob. cit., pp. 230 y 231.

En todo caso, desde una visión de la pena volcada a finalidades preventivo especiales, pero respetuosa a la vez de la concepción normativa de la culpabilidad (visión de raíces constitucionales en Italia), se podría dar valor positivo a los motivos del delito en el sentido que, mediante el criterio

que el delito por discriminación provocó a la víctima y la comunidad. La imaginación enseña para el efecto una miríada de posibilidades aún no exploradas por las legislaciones<sup>95</sup>.

## 5. CONTENIDO Y EXTENSIÓN

El contenido de la circunstancia atañe a los factores que la ley seleccionó como situaciones típicamente relevantes de discriminación. Tal vez sería mejor llamarlas sospechosas de discriminación, como recomienda Patricia Tapia<sup>96</sup>, ya que no basta con que la identidad particular de la víctima sea alguna de las nombradas por la ley; además, el victimario tiene que haber actuado por el motivo de discriminarla en esa identidad, no por otro motivo. Estos factores son índices de la procedencia de la agravante, suposición que se confirmará con la prueba adicional de que obraron en su función motivadora.

De haberse empleado una enunciación abstracta y conceptual, se hubiera evitado las inexactitudes insoslayables en las enumeraciones casuistas. La impertinencia o impropiedad lingüística de algunos casos los hacen abarcar gramaticalmente más hipótesis que las autorizadas por el sentido de la agravante, exceso paladino en el Código de Chile. Esto puede ser corregido mediante interpretaciones restrictivas. Lo que no tiene remedio es que la lista de factores margina algunos que son frecuente sedimento de discriminación, defecto evidente en el reducido prontuario italiano<sup>97</sup>, aunque no deja de afeor el registro chileno. Para colmo, tampoco hay plena coherencia entre estos factores y los previstos en otras disposiciones penales, extrapenales y constitucionales<sup>98</sup>. De nuevo nos hallamos ante materiales zafios que

---

de la reprochabilidad del hecho, se seleccionaría como culpables y, por tanto, punibles, sólo los comportamientos de sujetos susceptibles de un proceso reeducativo.

<sup>95</sup> Piénsese nada más que en el deber de colaborar con instituciones, agrupaciones u obras ligadas al ámbito de identidad particular de la víctima.

<sup>96</sup> VENEZIANI, Paolo, ob. cit., p. 235, en la que defiende que el sujeto pasivo debe ostentar alguna de las características previstas en el tipo de la discriminación laboral.

<sup>97</sup> Que consulta la discriminación étnica, nacional, racial y religiosa. En los últimos años se ha presentado varios proyectos para ampliarla con la orientación e identidad sexuales. PAVICH, Giuseppe y BONOMI, Andrea, ob. cit., p. 14. De hecho, el Proyecto de ley número 1052, de 2013, fue aprobado por una de las cámaras del Parlamento. Véase PESCE, Francesca, Omofobia e diritto penale: al confine tra libertà di espressione e tutela di soggetti vulnerabili, en *Revista Diritto penale contemporaneo* (2015), pp. 1-38.

<sup>98</sup> En Italia la situación es harto delicada, porque la Constitución de 1948 prohíbe las distinciones de sexo, raza, lengua, religión, opinión política o por condiciones personales y sociales, a renglón seguido de una concepción social de la dignidad del hombre y material del principio de igualdad ante la ley (artículo 3º), que movió el eje de dignidad e igualdad desde el sujeto abstracto a la persona concreta inmersa en sus relaciones con otros. RODOTÀ, Stefano, Il diritto di

impiden organizar un sistema aceptable. El que ofrecemos a continuación considera ciertas sólo dos observaciones de carácter general: primero, que los factores conciernen a identidades particulares, algunas elegidas y la mayoría impuestas a una persona por la vida, la sociedad o el Estado; segundo, que varios pueden funcionar biunívocamente, con lo que queremos decir que quien aparece hoy en el papel de discriminado, podría discriminar mañana al discriminador.

Comencemos el análisis por los factores descriptivos, el subgrupo más vasto y en que domina o predomina el sello biológico. Ante todo, la *edad* de la víctima. La observación histórica permite concluir que en el momento actual proporcionan excusa para la selección excluyente, no todas las etapas de la vida, sino únicamente la infancia y la edad provecita<sup>99</sup>. Luego, la *enfermedad* y la *discapacidad*. Tienen base biológica, ya que si la enfermedad es un proceso patológico, crónico o agudo, difuso o localizado, que produce una mengua de la salud física o psíquica, el entorpecimiento o la imposibilidad de valerse por sí mismo, ejecutar funciones naturales o desarrollar actividades cotidianas, propios del estado de discapacidad, obedecen a alguna causa orgánica, sea congénita o adquirida<sup>100</sup>. Pero difieren en alcance y carácter. Mientras toda discapacidad puede atraer al que la conlleva el ruín destello de la discriminación, sólo las personas marginadas socialmente debido a una enfermedad son víctimas propiciatorias. En otras palabras, el concepto biológico de enfermedad requiere una elaboración conceptual de segundo grado, considerar la connotación cultural derivada del sentido teleológico de la agravante<sup>101</sup>. Es más,

---

avere diritti, (Laterza, Roma-Bari, 2012), pp. 185 y 188. No se aprovechó penalmente la ambición conceptual del artículo. En España, cuya Constitución está inspirada en la italiana (artículo 14) y donde abundan los delitos de discriminación, reina una completa anarquía tipológica. HORTAL IBARRA, Juan Carlos, ob. cit., p. 61, y TAPIA BALLESTEROS, Patricia ob. cit., pp. 237-238.

<sup>99</sup> Ya un elemento tan acusadamente biológico como la edad abre el flanco para la mordida de la cultura. Niños y adolescentes no existieron como categorías sociales hasta las postrimerías del novecientos, del mismo modo que autoridad y respeto correspondieron durante siglos a los ancianos. Por cierto que tales autoridad y respeto eran independientes de la aversión por la ancianidad y el temor ante el poder de los viejos. MINOIS, Georges, Historia de la vejez. De la Antigüedad al Renacimiento, (trad. Celia María Sánchez) (Madrid, 1989), pp. 310 y 375.

<sup>100</sup> La comunidad básica no convierte a la minusvalía en una especie del género enfermedad, como afirman Mir Puig y Gómez Martín de la agravante hispana. La enfermedad es un proceso; la minusvalía o discapacidad, un estado. Ciegos, sordos, mudos, mancos, tuertos, rengos, etc., tampoco piensan estar enfermos. MIR PUIG, Santiago y GÓMEZ MARTÍN, Víctor, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (dirs.), Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010, (Valencia, 2011), p. 108.

<sup>101</sup> Sobre la sociología de la marginación en la materia, LAURENZO COPELLO, Patricia, ob. cit., p. 247. La discusión europea se ha obnubilado con el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, en circunstancias que muchas otras enfermedades acarrear discriminación. Acromegalia, tuberculosis, lepra, ciertas formas de cáncer, algunas enfermedades epidémicas, etc., acarrear reacciones potencialmente devastadoras para la relación social del paciente. En Iberoamérica es

el cuño cultural disputa al biológico el factor racial. La *raza* sirve para redondear el fundamento ideal de la agravante. Los ideólogos del racismo se empeñaron en refutar el concepto de humanidad. Lo declararon un estorbo para su peculiar filosofía de la historia, a la que había que explicar según el concepto de raza, se entiende que la raza superior, porque las gentes de otras razas no eran para ellos seres humanos en el verdadero sentido de la palabra<sup>102</sup>. Pero los racistas se vieron obligados a realizar un repliegue táctico. Como sabían que no existe ni ha vivido jamás en los tiempos históricos una sola raza pura, y tampoco ignoraban que las características que permiten distinguir unas de otras las razas son poquísimas<sup>103</sup>, confirieron al concepto un significado político. Los nazis midieron la raza por el modo y el grado en que un individuo es capaz de servir a la comunidad racial del pueblo, dividiendo a los hombres en razas superiores e inferiores según que fuesen amigos o enemigos del nuevo orden del Estado<sup>104</sup>. El tenebroso antecedente tiene la virtud de que enseña a manejar penalmente el concepto de raza, no en la acepción biológica que se le dio antaño con fines científicos, sino en otra cultural. Razas son grupos humanos cuyos miembros presentan algunos rasgos físicos más o menos invariables que los identifican como tales conforme a una adscripción colectiva<sup>105</sup>. Su número no es determinable de antemano, antropológicamente; dependerá de las apreciaciones, los estereotipos y también los prejuicios sociales. Lo importante es que el objeto de la acción sea definido así en el concepto común y que lo sepa el delincuente.

---

especialmente importante la relación directa entre morbilidad y clase social. Los pobres enferman más que los ricos. GIDDENS, Anthony, *Sociología*, (trad. Jesús Cuéllar Menezo) (Madrid, 2004), p. 199.

<sup>102</sup> LUKÁCS, G., *El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler*, (trad. Wenceslao Roces), (México, 1972), pp. 542-543, 574, 576 y 599.

<sup>103</sup> Además de inciertas para clasificar racialmente a un individuo. De esto vino la depuración de la raza superior y la eliminación de la humanidad judía, patrocinadas por ROSEMBERG, Alfred, *El mito del siglo XX*, Libros (Bogotá, sin indicación de traductor y fecha), pp. 322-324. En la turbamulta de falsedades históricas, desvaríos filosóficos y puerilidad científica del racismo nazi, no sorprende que haya calificado al pueblo judío como una raza, que ciertamente no es, para robustecer criminalmente un viejo e incoercible prejuicio centroeuropeo con la ideología política del antisemitismo.

<sup>104</sup> Pese a la admiración de Hitler y Rosenberg por los pueblos nórdicos, cuando se comprobó durante la guerra que los noruegos no se sometían de buen grado al nuevo orden, fueron declarados oficialmente “arios impuros”. También se proclamó “prusianos del Oriente” a los aliados japoneses. LUKÁCS, G., *ob. cit.*, p. 600.

<sup>105</sup> STRATENWERTH, Günter, *ob. cit.*, p. 167, agrega a la adscripción peculiaridades culturales, con lo que el concepto se superpone al de etnia. Mejores son las definiciones sociológicas de la raza: “Un conjunto de relaciones sociales que permite, a partir de rasgos que tienen una base biológica, ubicar a los individuos y a los grupos, y también asignar diversos atributos o competencias”. GIDDENS, Anthony, *ob. cit.*, p. 320.

*Sexo, orientación sexual, identidad de género y apariencia personal* completan los elementos descriptivos de la agravante. El factor biológico es exclusivo en la determinación sexual femenina o masculina<sup>106</sup>. Interviene en la condición heterosexual, homosexual o ambisexual<sup>107</sup>; pero como las condiciones de que depende la tripartición son controvertidas entre biólogos, psicólogos, antropólogos y otros estudiosos de la sexualidad humana, la ley priorizó el término orientación sexual. Ésta engloba las tres tendencias, no la manera en que cada individuo practica la sexualidad en su vida personal<sup>108</sup>. La Criminología indica que del mismo modo que existen unos rasgos típicos de la criminalidad de homófilo y lésbica, un porcentaje significativo de homosexuales son víctimas de delitos violentos<sup>109</sup>. El pensamiento estereotipado sacia su apetito, además, en los transexuales, individuos que se sienten y actúan como miembros del sexo opuesto al biológico porque tienen una identidad de género que no coincide con él<sup>110</sup>. Por último, la apariencia personal, una mezcla de levadura biológico-constitucional, apreciaciones estéticas y prejuicios sociales. El aspecto externo queda predeterminado por la constitución básica del cuerpo, el tipo somático que cupo en gracia al individuo, con su estatura, proporción de los miembros, disposición del tronco, volumen de los tejidos óseo, adiposo y muscular, etc. Pero desde el biotipo la sociedad formula juicios estéticos sobre la belleza o fealdad del rostro, la postura o el desgarbo del talle, la armonía

---

<sup>106</sup> También la intersexualidad. Por intermedio que sea, el organismo hermafrodita tiene un sexo, sólo que en un cuerpo de ambigüedad genital.

<sup>107</sup> La expresión bisexual es insatisfactoria, porque no refleja el margen de oscilación, la función elástica del fenómeno. “El *bisexual* está ‘montado’” sobre variantes instintivas contrarias, y fijado así en su trayectoria. Sólo los hermafroditas son bisexuales en sentido exacto”. HENTIG, Hans Von, *Estudios de Psicología criminal*, X. La criminalidad del homófilo, (trad. José Belloch Zimmermann) (Madrid, 1975), p. 99.

<sup>108</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia, ob. cit., p. 247; la sigue SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, ob. cit., pp. 301-302. Sin embargo, formas y modos pueden definir la identidad de un grupo social, por ejemplo, en quienes se dedican al ejercicio público de la entrega carnal promiscua por precio.

<sup>109</sup> HENTIG, Hans Von, *Estudios de Psicología criminal*, X. La criminalidad del homófilo, ob. cit., pp. 145 y ss., y *Estudios de Psicología criminal*, VIII, La criminalidad de la mujer lésbica, (trad. José María Rodríguez Núñez), (Madrid, 1975), pp. 94 y ss. Sobre la discriminación homofóbica en Chile, *infra*, nota 118. Sin embargo, en Italia, como en otros países europeos, la generalizada aceptación actual de la homosexualidad en las sociedades hace dudar de que exista una emergencia penal al respecto y permite desconfiar de la necesidad de disposiciones criminales contra esta forma de discriminación. De hecho, el *Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori*, organismo conjunto de la Policía estatal y los Carabineros, señala que en el período 2010-2013 hubo menos de setenta denuncias por discriminación homofóbica, algo nada comparable a un fenómeno en extensión.

<sup>110</sup> Pudiendo vestirse de acuerdo al género asumido por ellos y no el que la sociedad les asigna por el sexo. TAPIA BALLESTEROS, Patricia, ob. cit., p. 271.

o el desaliño del andar, el grosor o la estrechez de la cintura, y así sucesivamente. Entre constitución y juicios se intercalan prejuicios. Algunos rayan en el racismo, como el que discrimina al fenotipo mestizo, maguer su enorme representación en la población chilena<sup>111</sup>.

Son de índole normativa todos los restantes factores. En la subespecie empírico-cultural se cuentan ideología, opinión política, religión y creencias. *Ideología* es el conjunto de ideas fundamentales de una persona en los campos cognoscitivo, económico, estético, social, político y religioso<sup>112</sup>. Habría que sumar las concepciones morales, porque la moral es fruto del ejercicio de la razón; no tiene que ver con las creencias. *Opinión política* es el parecer de una persona acerca de las relaciones generales o particulares del poder público. Opinión no es lo mismo que ideología, tanto menos sinónimo de convicción. Muchas personas carecen de ideología política, lo cual no es óbice para que se formen opiniones sobre partidos, justas electorales, etc. Y si todos tenemos pareceres en cuestiones políticas o morales, pocos pueden convertirlos en genuinas convicciones. Una convicción implica la persuasión de un deber puesta a prueba en la contraposición rigurosa con otras convicciones, y esto exige trabajo serio y un carácter tenaz. Como tales requisitos no están al alcance de quien quiera que sea, la ley acertó al inclinarse por las menos exigentes opiniones. De su lado, la *religión* es un fenómeno trascendente; remite allende los vínculos de la materia y relaciona al individuo con seres sobrenaturales. Además, en su esencia es fenómeno individual, rasgo no desmentido porque importantes religiones se conciben a sí mismas como iglesias. Disponga o no de una organización institucional, posea teología, dogmas o simples creencias, esté o no autorizada por el ordenamiento jurídico, es en todo caso reprobable que alguno delinca contra otro motivado por su religión<sup>113</sup>. Las *creencias* deben entenderse

---

<sup>111</sup> Una sociedad atravesada por el fenómeno del clasismo, que se origina en concepciones aristocráticas de superioridad análogas al racismo. Véanse, *infra*, texto y notas 117 a 120.

<sup>112</sup> Que se corresponden, a su vez, con los tipos ideales básicos de la individualidad descritos por SPRANGER, Eduard, *Formas de vida. Psicología y ética de la personalidad*, (trad. Ramón de la Serna), (Madrid, 1961), pp. 129-273. Ateos y agnósticos carecen de religión, pero pueden tener una ideología en asuntos religiosos.

<sup>113</sup> Por lo demás, las religiones nacen de las sectas y muchas han vuelto a su origen antes de desmoronarse del todo. Ocurre en esto como con las opiniones políticas: todas cuentan, aun las declaradas inconstitucionales o ilegales. Quien afirma que no hubo motivo discriminatorio en matar a un nazi o apalear a un creyente en Papa Legba, asume que la intolerancia hacia el intolerante autoriza el empleo de sus mismos procedimientos y que en religión habría creencias verdaderas y falsas, superiores e inferiores, en flagrante contradicción con la idea de humanidad y el relativismo valorativo que sustenta a las democracias modernas. Véase PICHON, Jean-Charles, *Historia universal de las sectas y sociedades secretas, I. De la Edad Media a nuestros días*, (trad. de Baldomero Porta) (Barcelona, 1971), pp. 21-24. Consideran no comprendidas en este factor agravatorio las ideologías y parcialidades religiosas opuestas a los valores constitucionales, TA-

dentro de la economía lógica del precepto, que las menciona a continuación de las religiones. Creencia es la fe depositada en representaciones escatológicas y sobrenaturales sin adherir a religión alguna.

La cualidad empírico-cultural caracteriza asimismo a los conceptos de etnia y grupo social. El primero pertenece a la Antropología cultural, también denominada Etnología. *Etnia* es un conjunto de personas que comparten idiomas, historia, religión, linaje, hábitos, costumbres ancestrales y, eventualmente, un territorio. Pueden o no constituir una nación, concepto de carácter político. De la diferencia conceptual cabe apercibirse pensando que la nación italiana alberga a numerosos grupos étnicos, de origen europeo y extra-europeo, y que Chile reconoce a diez etnias indígenas, las que en el censo realizado el año 2002 reunían la friolera de 692.192 individuos<sup>114</sup>. Complica el uso de este factor discriminatorio que el Estado chileno, al igual que el italiano, no clasifica étnicamente a la población, como si fuese un grupo homogéneo. Tocaré a un perito antropólogo desmentir en el juicio penal esta infundada generalización. Más complejo parece el siguiente factor, porque el *grupo social*, un concepto sociológico, resulta imposible de definir con exactitud si no se lo relaciona con un contexto concreto. En principio, grupos sociales son colectivos estables y duraderos cuyos miembros están ligados entre sí por ciertos roles y estatus, alientan determinadas valoraciones, se comportan en consecuencia y poseen identidad grupal. La Sociología distingue grupos primarios y secundarios en un amplísimo panorama que va desde la familia y los amigos del barrio, pasando por sindicatos y organizaciones de toda suerte, hasta agrupaciones más extensas, como etnias y naciones<sup>115</sup>. Nuevamente el concepto prejurídico reclama una elaboración conceptual de segundo grado que lo adecue al norte teleológico de una agravante que reprueba el desprecio por las identidades particulares de las personas. Por ejemplo, la pertenencia a clubes y asociaciones, que son grupos sociales, no parece que forje siempre una identidad susceptible de generar discriminación, contrariamente a las categorías sociales<sup>116</sup>. Ahora, grupos secundarios de gran interés para la agravante son los

---

PIA BALLESTEROS, Patricia ob. cit., pp. 252-253, y SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, ob. cit., op. cit., p. 297.

<sup>114</sup> Poco menos del cinco por ciento del total de habitantes del país. No podemos valernos de las cifras del censo de 2012, debido a que se lo desahució por problemas metodológicos. En todo caso, estimaciones independientes hablan de cifras que duplican las registradas en 2002.

<sup>115</sup> Véanse DAVIS, K, *La sociedad humana*, 2 vols., t. I, (trad. Floreal Mazía) (Buenos Aires, 1965), pp. 275-292, y CHINOY, Ely, *La sociedad. Una introducción a la Sociología*, (trad. Francisco López) (Buenos Aires, 1966), pp. 110-117.

<sup>116</sup> Las que, empero, no son abarcadas por el concepto de grupo social. Tales categorías rotan alrededor del concepto sociológico de estatus, clave en la teoría de la estratificación social. El estatus designa una posición socialmente identificada de prestigio y poder que implica expectativas de

que se forman al interior y por fluxión de las clases sociales. Éstas no son grupos, sino partes de la comunidad que guardan entre sí relaciones de igualdad, pero que se separan y distinguen de otras porciones sociales por ciertos cánones de superioridad o inferioridad. El criterio de cohesión y diferenciación de la clase es económico, pero obra subjetivamente a través de un sentimiento de igualdad entre los miembros de la misma clase, otro de inferioridad respecto de la clase superior y el último de superioridad frente a quienes ocupan posiciones más bajas. La clase existe para mantener a las gentes en su lugar dentro de la estratificación, mediante formas de conducta especialmente calculadas para conservar la distancia<sup>117</sup>. Acaso recuerdos políticos perturbadores aconsejaron al legislador chileno callar la modalidad discriminatoria más resistente, generalizada e ingrata de admitir, el clasismo<sup>118</sup>. No obstante, pensamos que éste es captado indirectamente por la circunstancia con respecto a grupos sociales que responden a las directrices clasistas, incluyendo grupos pequeños que se han formado en los núcleos urbanos a imitación de modelos extranjeros<sup>119</sup>, otros más grandes a cuyos miembros se califica con expresiones estigmatizantes o peyorativas<sup>120</sup> y, por

---

conducta. Entre otras, se nombra a los miembros de una profesión y los vagabundos. CHINOY, Ely, ob. cit., pp. 110 y 165.

<sup>117</sup> GINSBERG, Morris, Manual de Sociología, (trad. José Medina Echevarría) (Buenos Aires, 1942), pp. 142-144.

<sup>118</sup> Del por qué lo ocultan a sí mismas las clases dominantes, pudiera decirse lo que se ha escrito de la oligarquía chilena frente a la cuestión social a principios del novecientos, que “el divorcio entre la realidad y la conciencia no es sólo un defecto de la percepción, es, antes que nada, un mecanismo de defensa psicológica que confía de manera irreflexiva en la permanencia del sistema. Puede ser también una suerte de fatalismo que se complace en las liviandades del momento porque se intuye vagamente que todo está perdido de antemano”. VILLALOBOS, Sergio, Origen y ascenso de la burguesía chilena, (Santiago, 2006), pp. 160-161. Una investigación empírica reciente indica que los prejuicios de clase aumentan con la menor escolaridad, la edad y el conservadurismo político de las personas. El estudio señala que las fuentes más importantes de intolerancia son el autoritarismo –sobremano difuso en el país– y la homofobia. Véase AYMERICH, CANALES Y VIVANCO, Encuesta tolerancia y no discriminación. Tercera medición. Fundación Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Sociología, (Santiago, 2003) (<http://www.libros.uchile.cl/240>), pp. 36, 37 y 184.

<sup>119</sup> En particular, de gran interés social y jurídico son los llamados *okupa* y *punky*, a veces pacientes de ataques violentos.

<sup>120</sup> Como “flaite” y “cuico”, vulgarismos que aluden respectivamente a personas de baja condición social, pero desenvueltas o irrespetuosas, y a individuos de la clase alta o que, sin serlo, hacen afectación de esnobismo. Sobre la hodierna estratificación social chilena, véase LEÓN, Arturo y MARTÍNEZ, Javier, La estratificación social en Chile hacia fines del siglo XX, en FRANCO, Rolando *et al.* (coord.) Estratificación y movilidad social en América Latina, (Santiago, 2007), pp. 303-337.

cierto, los que existen en la infraclase, el sector que yace en el estrato postremo de la estructura social, los marginados y excluidos, los de abajo<sup>121</sup>.

Normativo-jurídicos son los últimos factores. Mayor envergadura hubiera proporcionado a la circunstancia el concepto de estado civil, porque el estatus de una persona determina su posición en las relaciones intersubjetivas en cuanto a nacionalidad, domicilio, adscripción familiar y capacidad jurídica. De estos cuatro miembros, el Derecho italiano recogió uno y el chileno dos. La *nación*, que figura en ambos, asume en la agravante el cariz político del concepto, el vínculo que liga a una persona a un Estado determinado<sup>122</sup>. La nacionalidad corresponde a los extranjeros, domiciliados o transeúntes, y a los naturales del país. Esta dualidad está justificada por el fundamento de la circunstancia, al tenor del cual es perfectamente posible que un extranjero delinca contra naturales por considerarlos inferiores<sup>123</sup>. A su vez, la *filiación* aparece sólo en el Código chileno. Era indispensable contemplar el lazo jurídico que une a los hijos con sus padres entre las consecuencias criminógenas de la clasificación civil de los hijos en matrimoniales y extramatrimoniales<sup>124</sup>. El factor comprende la filiación adoptiva, pero no a los hijos cuya filiación tampoco esté determinada relativamente a sus dos progenitores, ni otras modalidades del estado civil familiar, como la orfandad, paternidad, maternidad, el matrimonio, el parentesco con otros ascendientes, descendientes, colaterales y afines.

La extensión de la circunstancia –los delitos en que podría ser apreciada– no es idéntica en Chile e Italia. El Código sudamericano exige que el factor discriminatorio se dé en la “víctima”. Víctima es concepto criminológico, la persona

---

<sup>121</sup> GIDDENS, Anthony, ob. cit., pp. 383 y 415. Aquí están comprendidos los indigentes, máxime considerando que en Chile el fenómeno es crónico y, por ende, más fértil en identidad que otros grupos. Así se explica, por ejemplo, la tenaz resistencia de los niños sin hogar a abandonar las comunidades primarias que se crea en la calle. No se trata, pues, sólo de la situación económico-social del sujeto, que la jurisprudencia y doctrina españolas estiman atípica. HORTAL IBARRA, Juan Carlos, ob. cit., p. 65; de la misma opinión, SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, ob. cit., pp. 300-301.

*Los de abajo* es el título de una conocida novela del escritor mexicano Mariano Azuela.

<sup>122</sup> Por cierto, esta definición es válida para los países que identifican institucionalmente el Estado con una nación determinada, como Italia y Chile, pero pudiera no serlo para los que albergan varias nacionalidades, como España. Sobre la disputa acerca de las nacionalidades catalana, vasca y gallega, HORTAL IBARRA, Juan Carlos, ob. cit., pp. 61-62.

<sup>123</sup> A la inversa, quienes piensan que la circunstancia presupone una condición de desprotección en la víctima, reducirán su fórmula a la xenofobia. Así lo ha resuelto la Corte de Casación italiana en la sentencia número 11590, de 28 de enero de 2010. Se declaró que la referencia ofensiva del autor a la condición de italiano del paciente “no puede vincularse, en el sentir común, con una situación de inferioridad susceptible de ser discriminada y, por ende, dar lugar a un prejuicio corriente de inferioridad”. Recogemos la cita de PAVICH, Giuseppe y BONOMI, Andrea, ob. cit., p. 25.

<sup>124</sup> Artículo 179 del Código civil. Recuérdese lo indicado *supra*, nota 3.

de carne y hueso sobre la que recae la acción delictiva, que puede o no coincidir con el sujeto pasivo, un concepto perteneciente a la teoría jurídica del delito. Debe tratarse de infracciones contra bienes de titularidad individual, en las que habrá regularmente una víctima, o de delitos contra bienes de pertenencia estatal en que haya, además, una víctima individual, como la concusión, prevaricación y algún otro<sup>125</sup>. Las personas jurídicas pueden ser pacientes, nunca víctimas de delitos perpetrados por discriminación. En cambio, la legislación italiana no restringe la agravante a la existencia de una víctima. Se aplica a todos los delitos cometidos por discriminación u odio étnico, nacional, racial o religioso. De ahí que los factores pueden referirse a la víctima del hecho o bien a otras personas, ajenas al tipo delictuoso, pero ligadas a éste en la motivación del hechor. Así, la Corte Suprema declaró agravada por discriminación la amenaza contra una profesora de historia, estudiosa de las persecuciones antisemitas que ocurrieron durante la ocupación nazi, a quien el autor anunció graves males por haber solidarizado con el destino del pueblo hebreo, sin ser ella misma judía<sup>126</sup>. El segundo punto de inflexión de los dos ordenamientos está en la culpa. Reputados especialistas piensan que los motivos no sólo son importantes para los delitos dolosos, sino que merecen consideración en los culposos. El argumento principal es que la acción u omisión imprudente tiene sus motivos, por lo cual no basta con establecer que el sujeto no previó el resultado de su obrar o no observó las cautelas que hubiesen evitado el objeto de su previsión; hay que remontarse a las causas de la imprevisión o inobservancia, a sus motivos<sup>127</sup>. Por esta vía se ha defendido en Italia el imperio del motivo agravante en los delitos cometidos por culpa, pese a que el Código parece circunscribir el margen de juego del reproche nada más que a la culpa consciente, que constituye un problema de representación y sólo secundariamente de volición<sup>128</sup>. Además, las causas del querer culposo obligarían a seguir la secuencia de contenidos mentales hasta sus raíces inconscientes, en una franca invasión de la personalidad del reo. Sobre todo, el motivo incide en la manifestación de voluntad, no en el resultado del delito culposo. Estas razones

---

<sup>125</sup> El Código procesal penal (artículo 108) atribuye un significado normativo a la víctima, “*el ofendido por el delito*”, o sea, su sujeto pasivo, pero “*para los efectos de este Código*”, no necesariamente los del Código penal.

<sup>126</sup> Sentencia número 563, de 19 de octubre de 2011, glosada por PAVICH, Giuseppe y BONOMI, Andrea, *ob. cit.*, pp. 6 y 7.

<sup>127</sup> De este temperamento, MALINVERNI, Alessandro, *Scopo e movente nel Diritto penale*, *ob. cit.*, p. 229, y MALINVERNI, Alessandro, *Motivi a delinquere*, *ob. cit.*, p. 965. También, YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, Alice, *ob. cit.*, pp. 108-109.

<sup>128</sup> El artículo 61, número 3, establece que es circunstancia agravante, en los delitos culposos, haber actuado no obstante la previsión del evento.

sugieren separarlo de la agravante. Entendemos que esta conclusión es obligada en Chile y sustentable en Italia<sup>129</sup>.

## 6. IMPUTACIÓN SUBJETIVA

Las condiciones psicológicas de atribución de la circunstancia están predispuestas en lo que acabamos de indicar de su maridaje con los delitos dolosos.

Como la estructura del dolo no contiene los motivos, la agravante podrá darse indistintamente en delitos que requieran dolo directo o admitan el eventual. Sin embargo, la autonomía psicológica de la motivación obliga a plantearse cómo se comporta el complemento transitivo de la circunstancia –a quiénes se discrimina– con respecto del dolo. Este es el auténtico *quid* de la imputación subjetiva. En Italia tiene regulación expresa. Hasta una reforma de 1990, el artículo 59 del Código estableció que las circunstancias que agravan o atenúan la pena debían ser apreciadas en contra o a favor del agente incluso si éste las desconocía o las consideró por error inexistentes. Se consagró una forma de responsabilidad objetiva, criticadísima en las agravantes<sup>130</sup>. La modificación de 1990 vino finalmente a armonizar la regla con el principio de culpabilidad, exigiendo que las agravantes sean conocidas por el sujeto o, si éste no se las representó o las apreció mal, que su ignorancia o error sean reprochables a título de culpa (art. 59, párrafo II)<sup>131</sup>.

Pero los motivos presentan algunas peculiaridades. Ya antes de la innovación legislativa se había denunciado la ineptitud del sistema objetivista de imputación en las circunstancias cuya estructura es inconcebible sin coeficientes psíquicos, de lo que son paradigma precisamente los motivos para delinquir, tanto porque suponen una representación determinada en el sujeto activo, cuanto porque son la causa consciente de la volición antijurídica. Un error residual podía afectar sólo al carácter del motivo, abyecto, trivial, etc.<sup>132</sup>. La reforma hizo relevante el error en todos los casos. Por su parte, pese a que el Código prohíbe al juez evaluar circunstancias atenuantes o agravantes sólo imaginadas por el autor (art. 59, pá-

---

<sup>129</sup> Algunos autores descartan los motivos abyectos o triviales en los delitos culposos. ROMANO, Mario, GRASSO, Giovanni y PADOVANI, Tullio, *Commentario sistematico del Codice penale*, 3 vols., t. I (Milano, 2004), p. 664. Admite la compatibilidad PAGLIARO, Antonio, *Principi di diritto penale. Parte generale*, (Milano, 2003), p. 470. En España la discriminación es considerada extraña a la culpa. HORTAL IBARRA, Juan Carlos, *ob. cit.*, p. 55.

<sup>130</sup> BETTIOL, Giuseppe y PETTOELLO MANTOVANI, Luciano, *Diritto penale. Parte generale*, *ob. cit.*, pp. 600 y 601, y PADOVANI, Tullio, *Diritto penale*, (Milano, 1990), p. 316.

<sup>131</sup> Sobre la reforma y sus pormenores, MELCHIONDA, Alessandro, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, (Padova, 2000), pp. 761-766.

<sup>132</sup> FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, *ob. cit.*, p. 440, y MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte generale*, *ob. cit.*, p. 431.

rafo III), aquí es configurable una agravante putativa. La ley se abstiene de pedir características especiales en la víctima, a la que no menciona siquiera; basta que el sujeto actúe “con fines de discriminación o de odio étnico, nacional, racial o religioso”. De modo que si él creyó equivocadamente que dirigía su acción contra miembros de la etnia, nación, raza o religión odiadas por él, su error no cancela el hecho psíquico de que actuó por ese motivo<sup>133</sup>.

El Código penal chileno carece de un régimen tan minucioso de imputación subjetiva de circunstancias. En compensación, tampoco cede a la mácula de Derecho penal de la actitud interna que traiciona la agravante italiana. Puesto que el artículo 12, circunstancia vigésimo primera, demanda que el sujeto obre motivado por ciertas identidades de la víctima, el contenido representativo del dolo tiene que extenderse a éstas. Un error libera del efecto agravante al que no sabe o sabe mal que actúa contra una víctima idónea, *servata distantia* del dolo eventual<sup>134</sup>. Tanto menos pudiera perjudicarlo una agravante putativa. Sólo el subjetivismo exacerbado de la doctrina de lo injusto personal y el consiguiente desvalor de la acción, explica que en España se haya defendido la aplicación de la circunstancia al individuo que ataca a otro bajo la falsa suposición de que era del grupo aborrecido por él<sup>135</sup>. El alegato del carácter “subjetivo” de una circunstancia para la que importa únicamente el motivo que decidió al hechor, es infundado. La agravante contiene elementos claramente “objetivos”, que se expresan en los atributos o cualidades que tienen que colmar las víctimas por su edad, sexo, nacionalidad, etc. Además, en la teoría del delito hay que manejar con cuidado sumo la contraposición objetivo o subjetivo, una dicotomía gnoseológica que introduce escisiones artificiales en la realidad. Ninguna agravante, ni las que responden a motivaciones ni las basadas en circunstancias externas, escapa a la interacción de elementos objetivos y subjetivos<sup>136</sup>. La improcedencia de la agravación putativa es corroborada por la única disposición del Libro I del Código que se ocupa del error. Si el mal recayó en una persona distinta de la que el culpable se propuso ofender, no se tomará en

---

<sup>133</sup> Tampoco lo ampararía la disciplina del *error in persona*, porque el artículo 60 del Código impide imputar agravantes que se refieren a condiciones o cualidades del ofendido o a las relaciones de éste y el culpable, nada de lo cual es elemento de la agravante.

<sup>134</sup> No la culpa. En Chile existen “cuasidelitos”, no “cuasi-circunstancias”. Las agravantes suponen dolo.

<sup>135</sup> Así, entre otros, CERZO MIR, José, Derecho penal. Parte general, (Buenos Aires, 2008), p. 883, y MELENDO PARDOS, Mariano, en GIL GIL *et al.*, Curso de Derecho penal. Parte general, (Madrid, 2011), p. 679.

<sup>136</sup> Por lo que tampoco se puede definir la naturaleza de las agravantes de la mano de esta dicotomía. BAIGÚN, David, Naturaleza de las circunstancias agravantes, (Buenos Aires, 1970), p. 23, y lo que se dice *infra*, apartado 7.

cuenta las circunstancias, desconocidas por él, que agravarían su responsabilidad (artículo 1º, párrafo tercero)<sup>137</sup>.

## 7. INCOMUNICABILIDAD Y CONCURSOS

La pregunta por comunicabilidad, esto es, la posible extensión de la circunstancia desde el autor a los partícipes, recibe la misma respuesta en Chile e Italia: un no rotundo. La coincidencia es llamativa, porque estos Códigos son informados por concepciones generales diferentes acerca del concurso de personas en un hecho punible.

El italiano concilia la teoría unitaria con un entendimiento restrictivo del autor<sup>138</sup>, síntesis que genera una identificación bastante matizada de autor y cómplice<sup>139</sup>, al paso que el chileno los diferencia conceptualmente, pero sanciona con la misma pena, que es de rebaja obligatoria únicamente para algunos cómplices (artículos 15, 16, 50 y 51). Así como estos textos muestran cómo la disyuntiva entre la identidad o distinción de autor y partícipe es menos neta de lo que a primera vista se podría conjeturar en el Derecho comparado<sup>140</sup>, así también llegan, cada uno por

---

<sup>137</sup> Pero sí las que la atenúen, concluye el artículo con una frase que demanda la imputación objetiva de las circunstancias atenuantes, al igual que en Italia, y abona la relevancia de las atenuantes putativas, al contrario del Código italiano. Como en el texto, SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, ob. cit., p. 305. Los penalistas españoles que se decantan por la índole objetiva o mixta de la agravante, rechazan su aplicación al error al revés. Véanse HORTAL IBARRA, Juan Carlos, ob. cit., p. 48, y ALONSO ÁLAMO, Mercedes, La circunstancia agravante de discriminación, en DÍEZ RIPOLLÉS *et al.* (coords.), La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor José Cerezo (Madrid, 2002), pp. (533-542) 539. El atendible argumento de que exigir la prueba de la pertenencia de la víctima al grupo discriminado la expondría a una estigmatización procesal y a ulteriores ataques discriminatorios, que aduce DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, ob. cit., p. 162, no vale para el Derecho italiano y puede ser rebatido en el chileno mediante algunos recaudos procedimentales que conjuren la victimización secundaria, pero sin cercenar las garantías de la defensa del victimario.

<sup>138</sup> El artículo 110, que somete a la pena señalada para el delito a todas las personas que concurren en él, es interpretado pacíficamente como una disposición extensiva de los preceptos de la Parte especial, en el sentido de que mientras éstos aluden sólo a los autores, aquella posibilita castigar conductas de participación en sentido estricto (complicidad e instigación), que acceden al hecho principal y se librarían de la punición de no existir este mecanismo amplificador de los tipos.

<sup>139</sup> Por eso no se admite forma alguna de tentativa de participación, a desemejanza de sistemas considerados de neta diferenciación, como el alemán. ROMANO, Mario, GRASSO, Giovanni y PADOVANI, Tullio, ob. cit., p. 151. Sobre el carácter accesorio de la participación, BETTIOL, Guisepe y PETTOELLO MANTOVANI, Luciano, *Diritto penale. Parte generale*, ob. cit., p. 641, y, con algunas precisiones importantes, CARLO, Fiore y STEFANO, Fiore, ob. cit., p. 497.

<sup>140</sup> Un panorama de los sistemas unitario y diferenciado en la codelincuencia, en GUZMÁN DALBORA, José Luis, El concepto de autor en el Estatuto de Roma y su aplicación en la primera sentencia de la Corte penal internacional: un dilema metodológico, en AMBOS, Kai, *et al.* (edits) *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga*, (Bogotá, 2014),

su propio camino, a la conclusión de que los motivos para delinquir, comprendido el discriminatorio, son personales y, en consecuencia, no se comunican, es más, que no corresponde siquiera nombrar a su respecto la palabra comunicabilidad.

En todo caso, el Código italiano mantiene su línea de clasificar las circunstancias agravantes y atenuantes en objetivas y subjetivas, siendo objetivas las que conciernen a la naturaleza, especie, los medios, el objeto, tiempo, lugar y toda otra modalidad de la acción, la gravedad del daño o del peligro, o las condiciones o calidades personales del ofendido, y subjetivas, las que hacen a la intensidad o el grado del dolo o la culpa, las condiciones o calidades personales del culpable, sus relaciones con el ofendido y las inherentes a su persona (art. 70). Hasta la citada reforma de 1990 las circunstancias objetivas, fuesen atenuantes o agravantes, eran aplicables al partícipe sin consideración de que las hubiese conocido o no; el mismo régimen aguardaba a las agravantes subjetivas que facilitan la ejecución del delito; en cambio, las demás circunstancias subjetivas, atenuantes o agravantes, no se comunicaban y favorecían o perjudicaban sólo al partícipe concernido (art. 118). En demostración de la fragilidad del criterio legal de clasificación, determinante para modular la pena del partícipe, la doctrina reconoció de antiguo la existencia de circunstancias mixtas, a las que había que calificar como objetivas o subjetivas según que preponderase cualitativamente en ellas uno u otro elemento. Como sea, los motivos para delinquir eran considerados de naturaleza subjetiva y, por tanto, intransferibles<sup>141</sup>. La modificación de aquel año consolidó esta interpretación. En su tenor actual, el artículo 118 establece que las circunstancias agravantes o atenuantes relativas a los motivos, la intensidad del dolo, el grado de la culpa o inherentes a la persona del culpable, deben ser evaluadas solamente en el individuo a que se refieren. Aunque alguna jurisprudencia ha declarado que las circunstancias sobre motivos podrían aplicarse a los partícipes si éstos conocieron su existencia en el autor, piensa la doctrina que ello vale únicamente para las demás agravantes, pero no en las motivaciones, salvo que el partícipe haya actuado a su vez por el motivo que exige la circunstancia. Es decir, que los motivos no se comunican en caso alguno, porque son individuales o personales<sup>142</sup>.

El Código chileno no prohija la escurridiza clasificación. El artículo 64 se limita a prescribir que las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, sus relaciones personales con el ofendido o en otra causa personal, agravan o atenúan la responsabilidad de sólo aquellos

---

pp. (231-261) 235-247. Completísimo sobre los principales ordenamientos europeo-continetales, SEMINARA, Sergio, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, (Milano, 1987), *pássim*.

<sup>141</sup> ROMANO, Mario, GRASSO, Giovanni y PADOVANI, Tullio, *ob. cit.*, p. 720.

<sup>142</sup> ROMANO, Mario, GRASSO, Giovanni y PADOVANI, Tullio, *ob. cit.*, p. 257, y PETTOELLO MANTOVANI, Luciano, *Diritto penale. Parte generale*, *ob. cit.*, p. 557.

autores o partícipes en quienes concurran, mientras que las que consistan en la ejecución material del hecho o los medios empleados para realizarlo, se aplican únicamente a los que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito. Sin embargo, imitando a la hispana, la doctrina nacional divide las circunstancias en subjetivas (o personales) y objetivas, sin perjuicio de aceptar, como en Italia, otras mixtas<sup>143</sup>. Dijimos en su hora que toda circunstancia es una ensambladura de componentes objetivos y subjetivos. Por ende, distinguirlos no procura una relación aprovechable entre cada clase y los dos párrafos del artículo 64, que piden atenerse a la formulación legal de cada accidente delictuoso, “sin mediar estructuras conceptuales apriorísticas”<sup>144</sup>. En este orden de ideas, los motivos discriminatorios –y delinquir por precio, venganza o celo de la justicia– son inseparables de la disposición moral o psicológica del delincuente. El juez podrá evaluarlos en la responsabilidad del copartícipe en cuya mente existieron. La redacción de la circunstancia, que se abre con el período “cometer el delito o participar en él motivado por”, una rareza en el artículo 12, refuerza la incomunicabilidad<sup>145</sup>.

Concluimos el estudio de la circunstancia con una reseña de los concursos que pueden presentarse entre ella y otras.

El concurso aparente se verificará cuando el motivo discriminatorio sea incompatible con ciertas agravantes o atenuantes. La discriminación no puede subsistir en compañía de circunstancias basadas en otras motivaciones<sup>146</sup>. Que éstas o aquélla resolvieron la voluntad del sujeto, puede inducirse en el proceso penal de indicios objetivos y con el auxilio de conocimientos psicológicos. Siete aspectos de la conducta señalan la presencia e intensidad de la motivación que determina el obrar: esfuerzo (la extensión del trabajo que se aplica para completar una tarea), latencia (el tiempo que media entre el estímulo y la respuesta), persistencia (el tiempo que transcurre desde el inicio de la respuesta hasta su terminación), elección (preferencia de un curso de acción respecto de otro), probabilidad de respuesta (el número de ocasiones en que una respuesta determinada ocurre en otro tanto número de oportunidades), expresión facial y expresión corporal (porque los movimientos de los músculos faciales, la pos-

---

<sup>143</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo, ob. cit., t. II, p. 118, y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor y COUSO SALAS, Jaime, (dirs), ob. cit., pp. 579, 582 y 584.

<sup>144</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito, y el artículo 60 del Código penal español, en su libro Política criminal y Derecho penal (Valencia, 2003), pp. (95-161) 157.

<sup>145</sup> Análogo, SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, ob. cit., pp. 305-306. En rigor, la cláusula era innecesaria a la luz del artículo 64, inciso primero.

<sup>146</sup> Recuérdese lo razonado *supra*, texto y notas 67, 68 y 69.

tura, los cambios de distribución del peso del cuerpo y las evoluciones de los miembros, comunican el contenido específico de emociones y preferencias). “Si la conducta exhibe un esfuerzo intenso, una breve latencia, continua persistencia, alta probabilidad de ocurrencia, expresividad facial o gestual, o si el individuo persigue un objeto-meta específico, en lugar de otro, se tiene evidencia para inferir la presencia de un motivo relativamente intenso”<sup>147</sup>. Tampoco son compatibles la discriminación y las atenuantes que denotan una mengua de la antijuridicidad, por ejemplo, algunas eximentes incompletas y la provocación o amenaza previa en el Código chileno, pero no lo tenue del daño en los delitos patrimoniales del Código italiano<sup>148</sup>. Es que la reducción accidental de lo injusto, en un ordenamiento que conceda primacía a la antijuridicidad, tiene que arrastrar consigo, por decirlo así, las modulaciones también circunstanciales de la culpabilidad, que pierden asidero en el grado precedente de la estructura del delito. Por último, la discriminación es desplazada por las atenuantes que enseñan en el agente una menor imputabilidad, esto es, otras eximentes incompletas y el arrebatu u obcecación del Código chileno, equivalente al estado de ira o provocación del Código italiano.

Hablamos de concurso real si la circunstancia, por ser conciliable con otras, puede acumularse homogénea o heterogéneamente a éstas. Un concurso homogéneo es factible entre la discriminación y las agravantes que se fundan en el incremento de lo injusto –verbigracia, el ensañamiento del Código chileno y las sevicias del italiano–, también aquellas empapadas de otros elementos de la culpabilidad –como el obrar traidor en la alevosía o prevalerse el culpable de su investidura pública– y, naturalmente, la única circunstancia extrínseca a delito y pena (la reincidencia). Por su parte, el concurso heterogéneo solicita a las atenuantes extrínsecas, impropriamente llamadas circunstancias: conducta anterior irreprochable, reparación celosa del mal causado, denuncia y confesión del delito, y colaboración al esclarecimiento de los hechos<sup>149</sup>.

Se sobrentiende que la circunstancia es inherente a los delitos que suponen obrar por motivos o con fines de odio, intolerancia o discriminación.

---

<sup>147</sup> REEVE, J. Enrique, ob. cit., pp. 10-11. Los psicólogos llaman “compromiso” a la intensidad de la motivación en una persona. Sólo la probabilidad de respuesta es inmanejable en el proceso penal, al que está vedado realizar experimentos y en que se juzga actos concretos, no disposiciones conductuales.

<sup>148</sup> Porque esta circunstancia, a diferencia de las dos primeras, toma en cuenta el efecto objetivo, no las modalidades de la acción antijurídica.

<sup>149</sup> Sólo la reparación del daño figura en el art. 62, número 6, del Código italiano. El comportamiento anterior o posterior se considera, además, en la concreción judicial de la pena, como indicamos *supra*, texto y nota 12.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, Mercedes, La circunstancia agravante de discriminación, en DÍEZ RIPOLLÉS *et al.* (coords.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor José Cerezo* (Madrid, 2002).
- AMBROSETTI, Enrico Mario, Beni giuridici tutelati e struttura delle fattispecie: aspetti problematici nella normativa penale contro la discriminazione razziale, en RIONDATO, Silvio (editor), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, (Padova, 2006)
- AYMERICH, CANALES Y VIVANCO, Encuesta tolerancia y no discriminación. Tercera medición. Fundación Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Sociología, (Santiago, 2003).
- BAIGÚN, David, *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, (Buenos Aires, 1970).
- BENTHAM, J., *Los principios de la moral y la legislación*, (trad. Margarita Costa), (Buenos Aires, 2008).
- BETTIOL, Guiseppe y PETTOELLO MANTOVANI, Luciano, *Diritto penale. Parte generale*, (Padova, 1986).
- BETTIOL, G., *Sul Diritto penale dell'atteggiamento interiore* (1971), en *Scritti giuridici. 1966-1980*, (Padova, 1980).
- BETIOL, Giuseppe, *Culpabilidad normativa y pena retributiva*, Apéndice de su libro *El problema penal*, (trad. José Luis Guzmán Dalbora), (Buenos Aires, 1995).
- BETIOL, Giuseppe, *Colpa d'autore e certezza del diritto* (1977), republicado en *Scritti giuridici. 1966-1980*, 2 vols., t. II (Padova, 1980).
- BRICOLA, Franco, *Teoria generale del reato*, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. XIX, (Torino, 1973).
- BRUNS, Hans-Jürgen, *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, (Köln, 1974).
- CARPI, Consuelo, GUERRERO, Cristina, y PALMERO, Francisco, *Emociones básicas*, en PALMERO, Francisco y MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Francisco (coord.), *Motivación y emoción*, (Barcelona, 2008).
- CEREZO MIR, José, *Derecho penal. Parte general*, (Buenos Aires, 2008).
- CHINOY, Ely, *La sociedad. Una introducción a la Sociología*, (trad. Francisco López) (Buenos Aires, 1966).
- COFER, C.N. y APPLEY, M. H., *Psicología de la motivación*, (trad. Federico Patán López), (México, 1971).
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y MIR PUIG, Santiago (dirs), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, (Valencia, 2011).

- CORN, Emanuele, Apuntes acerca del problema de la discriminación y su tratamiento penal, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, Vol. 2, N° 3 (2013).
- CURY URZÚA, Enrique, Derecho penal. Parte general, (Santiago de Chile, 2005).
- DAVIS, K., La sociedad humana, 2 vols., t. I, (trad. Floreal Mazía) (Buenos Aires, 1965).
- DÍEZ RIPOLLÉS *et al.* (coords.), La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor José Cerezo (Madrid, 2002).
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito, y el artículo 60 del Código penal español, en su libro *Política criminal y Derecho penal* (Valencia, 2003).
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge (director), Comentário conimbricense do Código penal (Coimbra, 1999).
- GIOVANNANGELO, Francesco, Diritto penale. 2. Le forme del reato, (Torino, 2013)
- DILTHEY, Wilhelm, Goethe y la fantasía poética, en *Vida y poesía*, (trad. de Wenceslao Roces y Prólogo y Notas de Eugenio Ímaz), (México, 1953).
- DOLCINI, Emilio, La commisurazione della pena. La pena detentiva, (Padova, 1979),
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LVV, (2004),
- ENGISCH, Karl, Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug, en *Festschrift für Hellmuth von Weber*, L. (Bonn, 1963).
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo, Derecho penal, t. II, (Santiago de Chile, 1998).
- FERRI, Enrico, Sociología criminal, T. II, (Madrid, 1907).
- FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo, Diritto penale. Parte generale, (Bologna, 2014).
- CARLO, Fiore y STEFANO, Fiore, Diritto penale, Parte generale, (Torino, 2008).
- FOREGGER, Egmont y FABRIZY, Ernst Eugen, Strafgesetzbuch. Kurzkommentar, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, (Wien, 1999).
- FORLATI, Picchio, La lotta contro la discriminazione alla luce del diritto internazionale ed europeo, en RIONDATO, Silvio (editor), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*.
- FORNASARI, Gabriele, I criteri di imputazione soggettiva del reato di bancarotta semplice, en *Giurisprudenza commerciale*, (1988).
- GIDDENS, Anthony, Sociología, (trad. Jesús Cuéllar Menezo) (Madrid, 2004).
- GINSBERG, Morris, Manual de Sociología, (trad. José Medina Echevarría) (Buenos Aires, 1942).

- GUZMÁN DALBORA, José Luis, El concepto de autor en el Estatuto de Roma y su aplicación en la primera sentencia de la Corte penal internacional: un dilema metodológico, en AMBOS, Kai, *et al.* (edits) Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga, (Bogotá, 2014).
- HEFENDEHL, Roland, El bien jurídico como eje material de la norma penal, (trad. María Martín Lorenzo), (Barcelona, 2007).
- HELLER, Agnes, Teoría de los sentimientos, (trad. Francisco Cusó), (México, 2004).
- HENTIG, Hans Von, Estudios de Psicología criminal, II, El asesinato, (trad. José María Rodríguez Devesa), (Madrid, 1960).
- HENTIG, Hans Von, Estudios de Psicología criminal, X. La criminalidad del homófilo, (trad. José Belloch Zimmermann) (Madrid, 1975).
- HENTIG, Hans Von, Estudios de Psicología criminal, II, La criminalidad de la mujer lesbica, (trad. José María Rodríguez Devesa) (Madrid, 1975).
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, Discriminación y Derecho penal. Comentarios a una ponencia de Emanuele Corn, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, (2013).
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor y COUSO SALAS, Jaime, (dirs), Código penal comentado, t. I (Santiago de Chile, 2011).
- HÖRNLE, Tatjana, La protección de sentimientos en el StGB, (trad. de María Martín Lorenzo), (Barcelona, 2007).
- HÖRNLE, T., Tatproportionale Strafzumessung, (Berlín, 1999).
- HORTAL IBARRA, Juan Carlos, La circunstancia agravante por motivos racistas o discriminatorios (art. 22, 4ª, CP): una propuesta restrictiva de interpretación, en *Cuadernos de Política Criminal*, número 108 (2012).
- HUME, David, Investigación sobre el entendimiento humano, Estudio preliminar de Francisco Romero (trad. de Juan Adolfo Vásquez), (Buenos Aires, 1945).
- INSOLERA, G., Legislazione penale compulsiva, buone ragioni e altro. A proposito della riforma dei reati di opinione, en *INSOLERA, G. et al.*, La legislazione penale compulsiva (Padova, 2006).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho penal, t. V, (Buenos Aires, 1956).
- KANT, Immanuel, Ensaio para introducir a noção de grandezas negativas en filosofía, (trad. Vinicius de Figueiredo e Jair Marboza), (São Paulo, 2005).
- LABATUT GLENA, Gustavo, Derecho penal, T. I. (Santiago de Chile, 1995).
- LAGODNY, Otto, Menschenwürde im Strafrecht –am Beispiel der grundrechtlichen Legitimation staatlichen Strafen, en FISCHER, Michael y LANG VERLAG, Peter, Der Begriff der Menschenwürde. Definition, Belastbarkeit und Grenzen, (Frankfurt, 2005).

- LAURENZO COPELLO, Patricia, La discriminación en el Código penal de 1995, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XIX, (1996).
- LEÓN, Arturo y MARTÍNEZ, Javier, La estratificación social en Chile hacia fines del siglo XX, en FRANCO, Rolando *et al.* (coord.) *Estratificación y movilidad social en América Latina*, (Santiago, 2007).
- LUKÁCS, G., El asalto a la razón. La trayectoria del irracionalismo desde Schelling hasta Hitler, (trad. Wenceslao Roces), (México, 1972).
- MALINVERNI, Alessandro, voz Motivi (Diritto penale), en la *Enciclopedia del Diritto*, t. XXVII, (Milano, 1977).
- MALINVERNI, Alessandro, voz Motivi a delinquere, en *Novissimo Digesto Italiano*, t. X (Torino, 1964).
- MALINVERNI, Alessandro, *Scopo e movente nel Diritto penale*, (Torino, 1955).
- MANNHEIM, Hermann, *Trattato di Criminologia comparata*, a cura di Franco Ferracuti e Presentazione di Giuliano Vassalli, T. I, (Torino, 1975).
- MANTOVANI, Ferrando, *Diritto penale. Parte generale* (Padova, 2013).
- MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, (Milano, 2012).
- MASLOW, Abraham, *Motivación y personalidad*, (Madrid, 1991).
- ERNST MAYER, M., *Derecho penal. Parte general*, (trad. Sergio Politoff Lifschitz), (Montevideo-Buenos Aires, 2007).
- ERNST MAYER, Max, *Filosofía del Derecho* (trad. Luis Legaz Lacambra), (Barcelona, 1937).
- MELCHIONDA, Alessandro, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, (Padova, 2000).
- MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, (trad. José Arturo Rodríguez Muñoz), (Madrid, 1957).
- MINOIS, Georges, *Historia de la vejez. De la Antigüedad al Renacimiento*, (trad. Celia María Sánchez) (Madrid, 1989).
- MIRA Y LÓPEZ, Emilio, *Cuatro gigantes del alma. El miedo, la ira, el amor, el deber*, (Buenos Aires, 1954).
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general*, t. I. (Santiago de Chile, 1985).
- NUVOLONE, Pietro, *Il sistema del diritto penale*, (Padova, 1982).
- PADOVANI, Tullio, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, en *Guida del Diritto*, fascículo 14, (2006).
- PAGLIARO, Antonio, *Principi di diritto penale, Parte generale*, (Milano, 2003).
- PALAZZO, Francesco, *Corso di Diritto penale. Parte generale*, (Torino, 2013).

- PAVICH, Giuseppe y BONOMI, Andrea, Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a Costituzione la normativa vigente, en *Diritto penale contemporaneo* 13 (2014).
- PERALTA, José Milton, Motivos reprochables, (Buenos Aires, 2012).
- PERALTA, José Milton, Motive im Tatstrafrecht, en HEINRICH, Manfred *et al.* (eds.) *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, (Berlín y New York, 2011).
- PICOTTI, Lorenzo, Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero, en RIONDATO, Silvio (editor).
- PICOTTI, Lorenzo, Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali, (Milano, 1993).
- PICHON, Jean-Charles, Historia universal de las sectas y sociedades secretas, I. De la Edad Media a nuestros días, (trad. de Baldomero Porta) (Barcelona, 1971).
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, Informe sobre los delitos de discriminación en el Derecho penal comparado. (A la luz del proyecto de Ley sobre Discriminación Racial y Étnica [Boletín N° 2142-17]), en *Ius et Praxis*, año 5, número 2, (1999).
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y ORTIZ QUIROGA, Luis, (dirs.), Texto y comentario del Código penal chileno, t. I. (Santiago de Chile, 2002).
- PULITANÒ, D., Diritto penale, (Torino, 2013).
- QUINTERO OLIVARES y VALLE MUÑIZ, Manuel, Comentarios al nuevo Código penal, (Pamplona, 1996).
- RADBRUCH, Gustav, El delincuente por convicción, (trad. José Luis Guzmán Dalbora), en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, (Valparaíso, 2005).
- REEVE, J. Enrique, Motivación y emoción, (trad. Víctor Campos Olguín), (México, 2003).
- RIONDATO, Silvio (editor), Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale, (Padova, 2006).
- RIONDATO, Silvio, Un diritto penale detto "ragionevole". Raccontando Giuseppe Bettiol, (Padova, 2005)
- RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel, Del fundamento a la defensa en la legítima defensa, en *Estudios penales, Homenaje al P. Julián Pereda, S. J., en su 75º aniversario*, (Bilbao, 1965).
- RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina, La tutela penal del derecho a no ser discriminado. Análisis de los artículos 511 y 512 del Código penal, (Albacete, 2007).
- RODOTÀ, Stefano, Il diritto di avere diritti, (Laterza, Roma-Bari, 2012).

- ROMAGNOSI, Giandomenico, Génesis del Derecho penal, (trad. Carmelo González Cortina y Jorge Guerrero), (Bogotá, 1956).
- ROMANO, Mario, GRASSO, Giovanni y PADOVANI, Tullio, Commentario sistematico del Codice penale, 3 vols., t. I (Milano, 2004).
- ROSEMBERG, Alfred, El mito del siglo XX, Libros (Bogotá, sin indicación de traductor y fecha).
- SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián, La nueva agravante penal de discriminación. Los ‘delitos de odio’, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLI, (2013).
- SEMINARA, Sergio, Tecniche normative e concorso di persone nel reato, (Milano, 1987).
- SCHOPENHAUER, Arthur, Los dos problemas fundamentales de la ética, (trad. Pilar López de Santa María), (Madrid, 1993).
- SCHÖNKE, Adolf y SCHRÖDER, H. Beck, Strafgesetzbuch. Kommentar. C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, (München, 1997).
- SEELIG, Ernesto, Tratado de Criminología, (trad. José María Rodríguez Devesa), (Madrid, 1958).
- SPINOZA, B., Ética demostrada según el orden geométrico, (trad. Vidal Peña), (Madrid, 2002).
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín, Igualdad, (Valparaíso, 2014).
- STILE, Alfonso María, Il giudizio di prevalenza o di equivalenza tra le circostanze. (Napoli, 1971).
- STORTONI, L., L’abuso di potere nel diritto penale, (Milano, 1976).
- STORTONI, L., Le nuove norme contro l’intolleranza: legge o proclama?, en *Critica del diritto*, (1994).
- STRATENWERTH, Günter, Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil, T. II, (Bern, 1995).
- TAPIA BALLESTEROS, Patricia, La discriminación laboral. Análisis del artículo 314 del Código penal (Valencia, 2014).
- TRECHSEL, Stefan, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkommentar, (Zürich, 1997).
- TRÖNDLE, H., Strafgesetzbuch und Nebengesetze, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, (München, 1997).
- UNAMUNO, Miguel, La dignidad humana, en sus Ensayos, 2 vols., t. I, (Madrid, 1951).
- VARGAS PINTO, Tatiana, Manual de Derecho penal práctico. Teoría del delito con casos, (Santiago de Chile, 2010).

- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, Derecho penal. Parte general, (Medellín, 2009).
- VENEZIANI, Paolo, Motivi e colpevolezza, (Torino, 2000).
- VILLALOBOS, Sergio, Origen y ascenso de la burguesía chilena, (Santiago, 2006).
- YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, Alice, Les mobiles du délit. Etude de Criminologie et de Droit pénal, Préface du Professeur Benigno di Tullio, (Paris, 1975).
- WOLFF, Werner, Introducción a la Psicología, (trad. Federico Pascual del Roncal), (México, 1969).
- ZAFFARONI, Eugenio, Observaciones sobre la delincuencia por odio en el Derecho penal argentino, en, GARCÍA VALDÉS, Carlos, *et al.*, Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, T. II, (Madrid, 2008).
- ZAFFARONI, Eugenio, Tratado de Derecho penal. Parte general, t. V, (Buenos Aires, 1981-1988).
- ZAFFARONI, Eugenio, Tratado de Derecho penal. Parte general, t. V, (Buenos Aires, 1981-1988). Idéntico, Zaffaroni, con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, ZAFFARONI, Eugenio, Derecho penal. Parte general, (Buenos Aires, 2002).