

“La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia” (*)

JOSE LUIS DIEZ RIPOLLES,

Profesor Ayudante de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. Introducción.—II. Precedentes.—III. Concepto de motivo.—IV. Pertenencia a lo injusto o a la culpabilidad.—V. El término «moral».—VI. El término «altruista».—VII. El término «patriótico».—VIII. Relación entre los términos «moral», «altruista» y «patriótico».—IX. El error sobre los hechos que sirven de base a los móviles. El error sobre la calificación de los motivos. La atenuante 7.^a y el artículo 60.—X. El término «de notoria importancia».—XI. Incompatibilidades.—XII. Aplicación de la atenuante en los diversos tipos delictivos.—XIII. Propuestas de lege data y lege ferenda.

I. INTRODUCCION

La atenuante 7.^a del artículo noveno no ha sido objeto de un estudio monográfico durante casi treinta años, período que va desde 1949 en que Quintano Ripollés (1) la estudia al poco de ser incluida en el Código Penal de 1944, hasta 1977 en que Huerta Tocildo se interroga sobre su justificación tras los cambios políticos acontecidos (2).

Este estudio pretende ser una aportación más a un análisis de sus elementos estructurales, con la intención de dar unas propuestas de interpretación de sus diversos términos empleados en el texto legal que justifiquen político-criminalmente la existencia de

(*) Este trabajo se ha redactado para el homenaje al profesor Antón Oneca.

(1) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *La motivación moral en el Derecho Penal*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1949, págs. 393-414.

(2) Vid. HUERTA TOCILDO, S., *¿Hacia una nueva interpretación de la atenuante séptima del artículo noveno?* Cuadernos de política criminal, núm. 2, 1977, págs. 67-69.

Dentro de las obras generales destaca, por el cuidado y extensión con que es tratada, el estudio que de ella hace CÓRDOBA RODA en *Comentarios al Código Penal*, de Córdoba Roda, J., y Rodríguez Mourullo, G. Barcelona, Ariel, 1972.

la atenuante, o, en caso contrario, realizando propuestas de «legiferenda», sea de reforma o de supresión.

II. PRECEDENTES

Es sabido que el precedente directo en España de la atenuante 7.^a del artículo 9, es el artículo 64, núm. 2, del Código de 1928 (3). Sin embargo, dada su redacción, hubo discrepancias doctrinales relativas a si tal artículo aludía a dos atenuantes distintas la de motivos morales, por un lado, y la de arrebató u obcecación, por otro (4), o bien era una sola atenuante, por lo que consecuentemente para atenuar por obrar por motivos morales hacía falta que éstos produjeran arrebató u obcecación (5). Sin duda, tales discrepancias respecto a la atenuante de 1928 tuvieron algo que ver con la inicial confusión de la jurisprudencia, que en algunas sentencias de los años 40 (6), vigente ya el Código de 1944, requería, para apreciar la atenuante 7.^a, una situación pasional. Esta confusión está en la actualidad plenamente zanjada y la doctrina (7) y la jurisprudencia (8) son unánimes en negar tal requisito emocional para apreciar la atenuante 7.^a.

III. CONCEPTO DE «MOTIVO»

El concepto de «motivo» es extremadamente confuso si atendemos a las diversas definiciones que de él se han dado, numerosísimas por otra parte. He creído preferible eludir la rigidez que el apego a una definición supone, y he procurado obtener las opiniones comunes que sobre tal concepto aparecen en la doctrina jurídico-penal, y en la psicología, así como en la jurisprudencia española.

(3) Dice lo siguiente: «Atenuan la responsabilidad las circunstancias siguientes: 2.º Obrar por motivos morales o estímulos tan poderosos, que naturalmente hayan producido arrebató momentáneo, o estado de obcecación.» *Código Penal de 8 de septiembre de 1928*. Edición oficial, Madrid, Reus, 1928, pág. 19.

(4) Así opinaban CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª edición, Barcelona, Bosch, 1929, págs. 389-390; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., y ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Reus, 1929, págs. 340-341; el P. JERÓNIMO MONTES, *Derecho Penal. Parte General*. Vol. II, 2.ª edición. San Lorenzo de El Escorial, 1929, pág. 160.

(5) En tal sentido, CASTEJÓN, F., *Derecho Penal*. Tomo I. Madrid, Reus, 1931, pág. 226. Nota 1. En la misma línea interpreta la regulación del Código de 1928, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Op. cit.*, pág. 412.

(6) S. 18-12-45 (R. 1398) y S. 28-3-47 (R. 518).

(7) Entre otros, CÓRDOBA RODA, *Op. cit.*, págs. 497-498; FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Murcia, Sucesores de Nogués, 1946, pág. 311; CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte General*. Volumen 2.º, 17.ª edición, Barcelona, Bosch, 1975, pág. 565.

(8) S. 28-1-70 (R. 781) y S. 9-2-73 (R. 656).

De este modo, se percibe que las varias opiniones que sobre el concepto de motivo se dan pueden ser agrupadas en tres grandes tendencias, si bien los límites son muy fluidos, pues las diferencias entre ellas se deben a recalcar más unos aspectos que otros del concepto, pero sin excluir ni unas ni otras.

En el primer grupo se encontrarían aquellos autores que dotan al concepto de motivo de un aspecto intelectual (o noético, o direccional), y otro energético (o impulsivo). Podríamos citar en tal sentido a Mezger cuando afirma que se entiende por motivo «una representación cargada sentimentalmente, en la medida en que tiene la fuerza para causar una acción voluntaria de tipo externo o interno, por tanto, para dar la dirección concreta, determinada, a la disposición de voluntad. El motivo, como se suele recalcar, contiene, por tanto, un factor intelectual («Beweggrund») y un factor emocional («Triebfeder») (9). O bien M. E. Mayer, que afirma que los motivos son «representaciones que actúan sobre la voluntad. En realidad no es el contenido de la representación el que procura su influencia sobre la voluntad, pues a la representación, como una mera idea, de ningún modo puede imputársele espontaneidad. Pero nuestras representaciones no son puras, sino ideas teñidas por los sentimientos. Nosotros no nos imaginamos de ningún modo los sentimientos de placer o displacer como sin jugo ni fuerza. Por ello, es el sentimiento unido a la representación el que hace de ella una representación eficaz, un motivo por tanto» (10). En el mismo sentido, otros autores (11), así como en el ámbito de los estudios psicológicos, aun teniendo en cuenta que éstos tienden más a estudiar la motivación en general sin hacer pronunciamientos sobre los motivos en cuanto fenómenos aislados (12). Incluso la S. 2-12-75 (R. 4632) parece seguir esta tendencia («fuerza pulsional que dando nacimiento a ciertas representaciones y a ciertos sentimientos orientan la voluntad hacia su satisfacción»...

(9) MEZGER, *Kriminologie*. Berlín, 1951, pág. 91.

(10) MAYER, M. E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. Heidelberg. Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1915, págs. 103-104.

(11) WELZEL, H., *El nuevo sistema del Derecho Penal*. Traducción española de José Cerezo Mir. Barcelona, Ariel, 1964, pág. 89; IMPALLOMENI, G. B., *L'omicidio nel Diritto penale*. 2.ª edición, Torino, Unione Tipografico Editrice, 1900, pág. 413; MALINVERNI, A., entre sus escritos más modernos, *Motivi a delinquere*. Novísimo Digesto italiano, X, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1968, pág. 963. Y en España, BERNAL FERRERO, J., *El motivo psicológico del delito*. Murcia, Sucesores de Nogués, 1951, págs. 20-21.

(12) Así, HILGARD, *Introducción a la psicología*. Madrid, Ediciones Morata, 1973, pág. 235, afirma que «un motivo es algo que incita al organismo a la acción o que sostiene y da dirección a la acción una vez que el organismo ha sido excitado. De ahí que los motivos tienen a la vez un aspecto activante o energético y un aspecto directivo». En parecidos términos: KRECH, D., CRUTCHFIELD R., LIVSON, N., *Elementos de psicología*. Madrid, Gredos, 1973, página 579; CERDÁ, *Una psicología de hoy*. Barcelona, Herder, 1975, pág. 668. Desde un punto de vista más criminológico, en el mismo sentido, KERN, E., *Vom Seelenleben des Verbrechers*. Hamburg, 1964, pág. 34, citado por TORIO, A., *Motivo y ocasión en el robo con homicidio*. ADCP, 1970, pág. 617.

En un segundo grupo se hallarían aquellos autores que, si bien no excluyen el aspecto intelectual, insisten con especial atención en la vertiente energética del motivo. Aquí se encuentra Antolisei cuando, entre otras afirmaciones semejantes, nos dice que «por móvil o motivo debe entenderse, en sentido propio, el estímulo que ha inducido a actuar al individuo: la causa psíquica de la acción. Consiste el mismo en un impulso, instinto o sentimiento» o bien «en definitiva, el móvil es el hecho afectivo (consciente o inconsciente) que ha sido causa del comportamiento: la palanca que ha hecho saltar la voluntad» (13). Del mismo modo, Yotopoulos-Marangopoulos que define los móviles como «las causas psíquicas del acto, de naturaleza afectiva, acompañadas ordinariamente, pero no necesariamente, de elementos noéticos; se trata, en otros términos, de fenómeno psíquico, de naturaleza afectiva, que incita a ejecutar una acción concreta» (14). En España mantienen una postura semejante Cuello Calón y Ferrer Sama (15). Existiendo igualmente pronunciamientos psicológicos y criminológicos en tal sentido (16), así como jurisprudenciales (17).

En un tercer grupo encuadraríamos a los autores que atienden, primordial, pero no exclusivamente, al aspecto intelectual. Destaca la definición de Maggiore: «Complejo psíquico representativo que hace activo el querer. Hay que insistir en el carácter representativo y enteramente intelectual del móvil. Sin negar que está acompañado de una constelación de elementos psíquicos diversos (sentimientos, emociones, pasiones, instintos...) es cierto que el motivo tiene, ante todo, un contenido representativo. El

(13) ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. 6.ª Edición, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1969, págs. 343-344.

(14) YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, A., *Les mobiles du délit. Etude de criminologie et de droit penal suisse et compare*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974. págs. 103-104.

(15) El primero al negar la identificación del concepto de móvil o motivo con el fin remoto del acto y definirlo como «el íntimo determinante del hecho». Cuello Calón, E., op. cit., vol. 1.º, págs. 431-432. Ferrer Sama, de un modo más matizado, también podría incluirse en este grupo. Ferrer Sama, A., op. cit., pág. 300-301.

(16) CRUZ HERNÁNDEZ, *Lecciones de psicología*. Madrid, Biblioteca de la Revista de Occidente, 1976, págs. 535-536, alega que «no es el hipotético fin propuesto el que caracteriza la suscitación volitiva, sino los motivos que sirven de intermediarios para que la voluntad se autodetermine y tienda hacia el fin» y «la fuerza de la voluntad no existe por sí misma, sino que depende de la fuerza de suscitación producida por los motivos». En términos equivalentes, Morgan, C. T., *Introducción a la psicología*. Madrid, Aguilar, 1974, págs. 63-64; GRUHLE, H. W., *Motiv und Ursache in der Kriminologie*. Mschr, Krim. Psych., 1936, págs. 117-119, 123-126.

(17) Entre muchas otras que aluden a motivos o móviles como elementos que «impulsan» a la acción, destacan las SS. de 31-5-46 R. 676 y 19-10-67 R. 4637, que se refieren en especial a la «fuerza psicológica» de los motivos.

Además, las SS. 15-10-51 R. 2193, 23-3-53 R. 490, 9-7-53 R. 1870, 5-6-56 R. 2054, 9-11-57 R. 2960, 5-2-58 R. 340, 4-12-65 R. 5507 aluden de modos diversos a que los impulsos de obrar proceden de determinados sentimientos, centrandose especialmente la atención en tales sentimientos y en su contenido.

hombre obra y delinque en cuanto se le presenta una realidad objetiva, como un problema que ha de resolver en virtud de una decisión de su voluntad. Esta realidad representada es el móvil» (18). En la misma línea, Córdoba, Schmidhäuser (19), Stratenwerth (20) y quizá Rodríguez Devesa (21). Desde un punto de vista psicológico, Brennan (22). También la jurisprudencia en algunas ocasiones ha insistido más en la consideración del motivo como fin, en lugar de como impulso, aunque sin una toma de postura clara (23).

Del análisis de toda la doctrina se deduce que el contenido del concepto de motivo y su delimitación están muy ligados al concepto de fin (aportador del aspecto intelectual) y que, con bastante frecuencia, la discusión sobre los componentes del concepto de motivo se reduce a tomar postura relativa a si el concepto de fin ha de ser incluido en la noción de motivo o no y, en caso afirmativo, de modo exclusivo (con lo que el motivo pasa a tener sólo un contenido intelectual), o compartido con componentes energéticos (24), (25).

Ahora bien, en toda esta problemática ha incidido decisivamente la aceptación generalizada de motivaciones inconscientes, tanto por la Psicología y Criminología (26) como por la doctrina jurídica

(18) MAGGIORE, G., *Diritto Penale. Parte Generale*, Tomo 2.º, 5.ª Edición, Bolonia. N. Zanichelli Editore, 1961, págs. 494-495.

(19) Los cuales, si bien reconocen el componente afectivo, le niegan toda relevancia jurídico-penal. Vid. SCHMIDHAUSER, E., *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1958, págs. 227-228, y CORDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, op. cit., pág. 492. A la postura de Córdoba se adhiere HUERTA TOCILDO, S., op. cit., pág. 70.

(20) Quien, en su distinción entre motivo y fin, aunque pueda inducir a confusión tal como se expresa, no atribuye contenido energético al motivo. STRATENWERTH, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 2.ª Edición, C. Heymanns Verlag KG Koln, 1976, págs. 113-114.

(21) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español. Parte General*. 5.ª Edición, Madrid, 1976, pág. 611

(22) Que define motivo como «Todo objeto presentado por el intelecto como un valor realizable mediante un acto volitivo». Vid. BRENNAN, *Psicología general*. Madrid, Ediciones Morata, 1969, pág. 314.

(23) S. 2-6-55 R. 1786, 12-6-63 R. 2963, 9-7-73 R. 3042, 6-12-76 R. 5267, entre otras.

(24) De todos modos, esta contemplación de los conceptos de motivo y fin no es siempre la que se da en la doctrina. Vid. MAYER, M. E., op. cit., página 106, y *Die schuldhafte Handlung*. Leipzig, Verlag von C. L. Hirschfeld, 1901, págs. 59-63; STRATENWERTH, G., op. cit., pág. 113.

(25) Por otro lado, las distinciones que se pretenden hacer entre «motivo» y «móvil» no me parecen, en general, dignas de tenerse en cuenta, concordando con ello con una opinión bastante generalizada en España: Vid. FERRER SAMA, A., op. cit., pág. 300; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., op. cit., pág. 611; QUINTANO RIPOLLÉS, op. cit., pág. 396. Una distinción original, pero poco convincente, es la de YOTOPOULOS MARANGOPOULOS, A., op. cit., págs. 28 y 103-105; más justificada parece la aportada por MALIVERNI, A., en sus últimos escritos, op. cit., pág. 963.

(26) Vid, en tal sentido, KRECH, CRUTCHFIELD, LIVSON, op. cit., pág. 577; GRUHLE, op. cit., pág. 120; HILGARD, op. cit., págs. 225-226; MORGAN, op. cit., página 89; GÖPPINGER, H., *Criminología*. Trad. española, Madrid, Reus, 1975, página 512.

co-penal (27), llevando a parte de los penalistas bien a excluir del contenido del motivo el concepto de fin (que necesariamente ha de ser una representación consciente), el cual sólo en los motivos conscientes irá unido a ellos (28), o bien a entender por motivos: sólo los motivos conscientes (29).

Por otro lado, ni que decir tiene que la inclusión del concepto de fin en el de motivo, a nivel exclusivo, o en conjunción con otros elementos, no tiene nada que ver con el dolo, que, en todo momento, queda al margen del concepto de fin y de motivo que manejamos, como se ha venido repitiendo machaconamente por la doctrina desde que se iniciaron las críticas a la pretensión de Ferri de incluir los motivos en el dolo (30). Esto explica también por qué, con frecuencia, cuando la doctrina alude al fin propio del concepto de motivo, utiliza expresiones tales como «fin último», «fin mediato» (31)... De todos modos, la doctrina es consciente de las dificultades, a veces insuperables, que presenta la determinación de los móviles de cada hecho (32). Esta imprecisión no sólo se deriva de la existencia de motivaciones inconscientes y del frecuente fenómeno, con ella relacionado, de que ciertos motivos más «presentables» exteriormente enmascaran a otros que son los verdaderos impulsores de la acción, aun sin ser, con frecuencia,

(27) Vid. ANTOLISEI, op. cit., pág. 343; MEZGER, op. cit., pág. 91; YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, op. cit., págs. 22-23; MALINVERNI, op. cit., pág. 963.

(28) YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, op. cit., págs. 23, 25-26; ANTOLISEI, op. cit., págs. 343-344; MALINVERNI, op. cit., págs. 963, 965.

(29) SANTORO, A., *Manuale di Diritto Penale*. Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1958, págs. 368-369; MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*. 5.ª Edición, Karlsruhe, Verlag. C. F. Muller, 1969, págs. 33-34; SCHMIDHAUSER, op. cit., págs. 227-229.

(30) MAGGIORE, op. cit., pág. 496; IMPALLOMENI, op. cit., pág. 413; BETTIOL, G., *Diritto Penale*, 9.ª Edición, Padua. CEDAM, 1976, pág. 427; YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, op. cit., págs. 107-108; CUELLO CALÓN, op. cit., Vol. 1.º, página 431, por citar algunos. Decisiones jurisprudenciales en tal sentido. SS. 2-6-55 R. 1786, 17-4-64 R. 1995, 31-10-69 R. 5215 y, en especial, 2-12-75 R. 4632. Últimamente S. 4-3-77 R. 939.

(31) Así, entre otros, ANTOLISEI, op. cit., pág. 344; DEL RE, M. C., *Il reato determinato da movente religioso*. Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1961, página 21; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., op. cit., pág. 611; CÓRDOBA RODA, op. cit., página 492; BERNAL FERRERO, op. cit., págs. 20-21; HUERTA TOCILDO, op. cit., página 70. Decisiones jurisprudenciales en tal sentido SS. 27-10-73 R. 3985, y 20-11-76 R. 4864.

(32) MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*. Vol. I, 4.ª Edición., Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1961, pág. 712; GÖPPINGER, op. cit., página 512; MUÑOZ CONDE, F., *Función de la norma penal y reforma del Derecho penal*. Nuevo Pensamiento Penal, 1973, pág. 402; MEZGER, op. cit., página 94; CUELLO CALÓN, op. cit., vol. 1.º, pág. 432. En contra, no ya de la dificultad, sino de que ésta sea difícilmente superable, COCURRELLO, *Le circostanze del reato*, 1940, págs. 150-152, y YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, op. cit., págs. 74-75.

Algunos autores citan métodos científicos para la averiguación de los móviles de un hecho; así, YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, op. cit., págs. 132-142; GÖPPINGER, op. cit., págs. 513; HILGAD, op. cit., págs. 216-219.

consciente el sujeto de tal situación (33), dificultad ésta que puede ser obviada, al menos en principio, reservando el concepto de motivo sólo para las motivaciones conscientes; el problema es que aun limitándonos al campo de lo consciente, se constata que es muy rara la acción humana determinada por un sólo motivo (34).

La pluralidad de motivos concurrentes en una acción, o el «Motivbündel» de la doctrina alemana, ha llevado a diversos penalistas a buscar determinados criterios con los cuales pueda afirmarse que el motivo exigido en el texto legal ha desempeñado un cierto papel en la motivación que ha precedido a la realización de la conducta delictiva. En relación con ello, algunos autores aluden al motivo predominante, determinante o rector, esto es, a aquel que ha determinado decisivamente la conducta delictiva, el cual puede ser, en ocasiones, una suma de diversos motivos concurrentes a lo que asume en un contenido unitario (35). Frente a esta tendencia, otros autores se conforman con que, entre los diversos motivos concurrentes, se encuentre el exigido por el texto legal (36).

Pero el problema de la pluralidad de motivos tiene raíces más profundas, ya que tal pluralidad se da no sólo cuando concurren varios motivos a un mismo nivel, como acabamos de ver, sino igualmente cuando un motivo tiene como base a otro u otros motivos los cuales, a su vez, pueden tener a otro u otros motivos como fundamento, y así sucesivamente (37). Esta pluralidad de motivos, no ya a un mismo nivel, sino entre los diversos niveles, ha sido reconocida con frecuencia por la doctrina (38), parte de la cual ha

(33) MAURACH, op. cit., págs. 33-34; GÖPPINGER, op. cit., pág. 512; MEZGER, basándose en KRETSCHMER, op. cit., pág. 94; KRECH, CRUTCHFIELD, LIVSON, op. cit., pág. 577; HILGARD, op. cit., pág. 193.

(34) MAURACH, op. cit., págs. 33-34; PANNAIN, R., *Manuale di Diritto Penale*. I. Turín. Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1967, pág. 433; MEZGER, op. cit., página 94; DEL RE, op. cit., págs. 19-20, siendo corroborada tal afirmación por la Criminología y Psicología, GÖPPINGER, op. cit., págs. 511-512; KRECH, CRUTCHFIELD, LIVSON, op. cit., pág. 602; CERDÁ, op. cit., pág. 253; HILGARD, op. cit., pág. 193; MASLOW, A. H., *Motivación y personalidad*. Sagitario, S. A. de Ediciones y Distribuciones, 1975, pág. 72.

(35) MANZINI, op. cit., vol. II, pág. 228; WELZEL, *Das deutsche strafrecht*, 11 Edición, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1969, pág. 283; DEL RE, op. cit., página 19; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1966, pág. 183; YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, op. cit., págs. 27-28. En el mismo sentido, las SS. 17-4-64 R. 1995, 19-10-67 R. 4637 y 9-2-73 R. 656. SCHMIDHAUSER, op. cit., pág. 230, nota 30, sin embargo, parece negar la posibilidad de constatar los motivos predominantes en cada situación.

(36) BOCKELMANN, P., *Strafrecht. Besonderer Teil/2*. München, Verlag C. H. Beck, 1977, pág. 9; SCHONKE-SCHRODER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 19 Edición, München, Verlag. C. H. Beck, 1978, pág. 1393.

(37) Vid MEZGER, op. cit., págs. 94-95.

(38) PANNAIN, op. cit., pág. 432-433; DEL RE, op. cit., pág. 21; BERNAL FERREIRO, op. cit., pág. 21-22, y en Psicología, KRECH, CRUTCHFIELD, LIVSON, op. cit., página 581.

En el mismo sentido, BAUMANN, J. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1975, pág. 408, y STRATENWERTH, op. cit., página 112-113, pero en relación a su propósito de delimitar el concepto de

intentado frenar tal retroceso sucesivo de un móvil a otro más profundo afirmando que el motivo relevante para el Derecho Penal es el inmediatamente precedente al dolo, el más cercano a la determinación delictiva (39); estos autores han percibido, con razón, que de no frenarse este retroceso continuo de un móvil próximo a otro más remoto se termina, en primer lugar, por pasar del ámbito de lo consciente a lo inconsciente, y, en último término, por concluir refiriéndonos a la personalidad, en cuyo ámbito el concepto de motivo se difumina dejando de tener sustantividad propia, integrándose en un análisis conjunto de toda la personalidad, bien que referida ésta al hecho delictivo en concreto. El que los motivos en última instancia desemboquen en la personalidad es algo admitido expresamente incluso por autores que no se plantean el problema del retroceso de los motivos de los más próximos a los más remotos (40).

Soy de la opinión de que el concepto de motivo en Derecho Penal, y en concreto en la atenuante 7.^a, ha de abarcar tanto los aspectos intelectuales como los energéticos en cuanto que ambos expresan perspectivas diversas del concepto que son relevantes.

El aspecto intelectual, sin el energético, esto es, sin la consideración de los impulsos valiosos que crearon una situación conflictiva en la psique del sujeto, resuelta en el sentido de realizar una acción delictiva, priva al concepto de motivo de la base sobre la que se asienta el juicio de menor reprochabilidad de la atenuante 7.^a, como luego veremos, ya que éste no se puede asentar en una mera contraposición disminuida entre el contenido conceptual del fin (contenidos morales, altruistas o patrióticos), y el del bien jurídico protegido en el delito cometido, sino en un *conflicto psíquico* entre impulsos contrapuestos.

Por otro lado, el aspecto intelectual, la existencia de una representación que tiende a un objetivo, nos es imprescindible para delimitar en lo posible el concepto de motivo, pues de lo contrario, sumergidos en la vertiente energética, los límites se difuminan aún más si cabe, y la noción de motivo se nos convierte en algo indelimitable e inaprehensible.

De todos modos, aun concibiéndolo con el aspecto intelectual y representativo, está claro que el concepto «motivo» presenta problemas quizá insolubles y que no pueden menos de tenerse en consideración: Si bien en un principio podrían dejarse al margen

intención («Absicht»). Igualmente es frecuente encontrar alusiones a este problema en los autores que definen el motivo aludiendo al fin mediato o último, vid. supra nota 31.

(39) Así, PANNAIN, op. cit., pág. 433-434; IMPALLOMENI, op. cit., págs. 412-413; BERNAL FERRERO, op. cit., págs. 21-22.

(40) MAGGIORE, op. cit., pág. 496; BEITOL, op. cit., pág. 498; SCHÖNKE-SCHRÖDER, op. cit., pág. 565; RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., pág. 611; PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, 6.^a Edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, pág. 94. En la *Psicología y Criminología*, GRUHLE, op. cit., pág. 124; MASLOW, op. cit., págs. 70-71. Decisiones jurisprudenciales: S. 9-6-67 R. 3145. En contra, CUELLO, op. cit., Vol. 1.^o, pág. 431.

del Derecho Penal las motivaciones inconscientes, reservando el concepto de motivo sólo a las conscientes, con lo cual se eliminaba un elevado grado de imprecisión, la existencia de lo que hemos llamado retroceso sucesivo de motivos más próximos a más remotos termina por reconducirnos de nuevo a la motivación inconsciente y en último término a un complejo de fenómenos psíquicos que han de considerarse de un modo conjunto y no aislado, y que no es otra cosa que el carácter y la personalidad, en donde el motivo, como fenómeno aislado, se difumina. Las tentativas de frenar ese retroceso sucesivo en base a quedarse con el motivo más cercano al dolo son artificiosas, pues si la ley alude a los motivos del actuar del autor en ese caso concreto no hay ninguna razón para quedarnos a niveles superficiales y no buscar razones más profundas que expliquen de modo más completo esa motivación a la acción.

Por otro lado, el hecho de que sea rara una acción en la que intervenga un solo motivo al mismo nivel hace preciso tomar postura respecto a si ha de considerarse sólo el motivo predominante, o basta con que el motivo elegido por el texto legal se halle presente entre otros. La primera postura presenta graves problemas de prueba, y más si pensamos en los móviles remotos que pueden estar detrás de cada uno de los móviles próximos situados a un mismo nivel, pues el descenso a un nivel más profundo de motivación puede cambiar todo el cuadro de intensidades de los motivos. La segunda postura, al eliminar toda referencia a la intensidad de los móviles, puede conducir a situaciones claramente injustas, pues bastaría con que, con una intensidad mínima, concurriera el móvil en cuestión para apreciar la figura legal, aunque estuviera claro que otros motivos concurrentes jugaban un papel mucho más importante en la resolución delictiva.

IV. PERTENENCIA A LO INJUSTO O A LA CULPABILIDAD

Es algo generalmente aceptado por la más moderna doctrina penal española que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal pueden ser divididas entre las que se encuadran en lo injusto, y las que se encuadran en la culpabilidad (reprochabilidad) (41). Del mismo modo, en Alemania el número de autores que estiman que los «*Gesinnungsmerkmale*» pueden referirse unos al injusto y otros a la culpabilidad es numeroso (42).

(41) Claramente no aceptan esta distinción CUELLO CALÓN, FERRER SAMA y CAMARGO HERNÁNDEZ. Un análisis detallado de las diversas posturas de la doctrina española sobre este problema se realiza en mi artículo *Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito, y el artículo 60 del Código Penal Español*. ADCP, 1977, III, págs. 597-649.

(42) JESCHECK, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3.ª Edición, Berlín, Duncker & Humblot, 1978, págs. 381-382, donde da una rápida, pero interesante, panorámica de las diferentes posturas y autores que las

Si ahora atendemos al lugar sistemático dentro de la teoría jurídica del delito que se le ha asignado a la atenuante 7.^a en función de la distinción citada, por parte de la doctrina española, observamos que faltan pronunciamientos claros y directos respecto a tal cuestión, de modo que hay que acudir con frecuencia a los planteamientos generales de los diversos autores sobre este tema para de ellos deducir cuál sería el lugar sistemático asignado a la atenuante 7.^a: En consecuencia, la postura de Ferrer, que no admite la dicotomía injusto-culpabilidad para las circunstancias (43), la de Cuello, que al referir *todas* las circunstancias a la culpabilidad invalida la distinción (44), y la de Del Rosal, que acepta la dicotomía en las circunstancias a regañadientes y teniendo presente el enfoque tradicional de que todo lo subjetivo ha de ir a la culpabilidad, no pronunciándose además en ningún caso a favor de tal distinción respecto a las atenuantes (45), son planteamientos doctrinales que no nos aclaran nada esta problemática. Bernal Ferrero remite el concepto de motivo a la culpabilidad, pero con una concepción de ésta tal que en último término, a través del concepto de responsabilidad, lo remite a la pena (46), en una postura que tampoco nos pone en claro nada.

Quintano Ripollés, aunque en algunas ocasiones, aludiendo a la motivación en general, parece referirla a la culpabilidad (47), en las formulaciones generales que realiza de las atenuantes remite a éstas a la punibilidad (48).

Respecto a Antón Oneca y Rodríguez Devesa es sabido que, aceptando ambos plenamente la dicotomía entre injusto y culpabilidad para las atenuantes, son dos autores que establecen en sus más puros términos la vinculación entre naturaleza objetiva y referencia a lo injusto, y naturaleza subjetiva y referencia a la culpabilidad. En base a ello, dado que, excluidas las eximentes incompletas de la consideración, ambos consideran atenuantes objetivas sólo a la provocación, o a ésta y a la vindicación de ofensa, cabe pensar que

sostienen en Alemania. Nótese en todo caso que la problemática de los «Gesinnungsmerkmale» no corresponde exactamente a nuestra problemática de las circunstancias modificativas (atenuantes y agravantes) de la responsabilidad criminal.

(43) Díez Ripollés, op. cit., págs. 606-608. Ferrer alude en concreto al fundamento de la atenuante 7.^a en Ferrer Sama, op. cit., pág. 311.

(44) Vid. Díez Ripollés, op. cit., págs. 608-609. Cuello alude en concreto al fundamento de la atenuante 7.^a en Cuello Calón, op. cit., vol. 1.º, pág. 431, Vol. 2.º, pág. 555.

(45) Vid. Díez Ripollés, op. cit., págs. 626-631. Del Rosal alude al fundamento de esta atenuante en *Tratado de Derecho Penal Español. Parte General*, Vol II. Madrid, Ediciones Darro, 1972, pág. 506.

(46) Bernal Ferrero, op. cit., págs. 58-62 y 75-76.

(47) Quintano Ripollés, op. cit., págs. 402-403, y en *Curso de Derecho Penal*, I. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, pág. 419. También Jiménez Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, T. III, Edición 3.º, Buenos Aires, Losada, 1965, pág. 842, remite los móviles, en general, a la culpabilidad.

(48) Vid. Díez Ripollés, op. cit., págs. 619-620.

estiman a la atenuante 7.^a subjetiva, y, por tanto, referida a la culpabilidad (49).

Córdoba Roda, al afirmar que esta atenuante, «resultará incompatible con la exigente incompleta de enajenación, en la medida en la que la perturbación psíquica peculiar de esta última trastorne el proceso de motivación del agente» (50) y afirmar por otro lado que «serán elementos que afectan exclusivamente a la reprochabilidad de la conducta todos aquellos que sólo pueden concurrir en el actuar de los sujetos imputables» (51) está implícitamente afirmando que esta atenuante se encuadra en la reprochabilidad.

Huerta Tocildo parece pensar también que esta atenuante pertenece a la reprochabilidad (52), (53).

En mi opinión, esta circunstancia pertenece sin ninguna duda a la reprochabilidad. Antes de analizarla en relación con los diversos criterios que se han dado para saber si un determinado elemento del delito pertenece a lo injusto o a la culpabilidad, será interesante profundizar un poco en su naturaleza, para ver de un modo directo a qué hace referencia. Para ello, el concepto de «motivo» nos va a dar importantes elementos de juicio.

El que una persona realice una acción delictiva en base a un motivo valioso nos indica que esa persona, que actúa en función de unos impulsos que la sociedad estima dignos de aprecio (los cuales se representa el sujeto como una idea o fin a obtener, igualmente valioso, y que trasciende al fin de la acción concreta que realiza), ha errado en la elección de los medios para lograr ese fin remoto o mediato, pues ha elegido un fin inmediato no valioso, y en función de ese fin inmediato, ha realizado una acción delictiva.

Bajo este punto de vista, es indudable que lo que prima en los casos en que se realiza una acción delictiva por motivos morales es el hecho de que, dándose unos impulsos, y su fin mediato correspondiente, valiosos, para llevarlos a la práctica se ha ido a escoger un fin inmediato no valioso y una acción delictiva, esto es, el sujeto ha colocado un determinado motivo por encima de cualquier otra consideración sobre la acción que iba a realizar, y este motivo era valioso.

(49) ANTÓN afirma explícitamente que la atenuante 7.^a es subjetiva y perteneciente, por tanto, a la culpabilidad, y en RODRÍGUEZ DEVESA cabe suponerlo con muy fundadas razones. *Ibidem*, págs. 609-616. Por su parte, RODRÍGUEZ DEVESA remite la motivación en general a la culpabilidad en op. cit., páginas 371, 376-377.

(50) CÓRDOBA, op. cit., pág. 499.

(51) CÓRDOBA, traducción del *Tratado de Derecho Penal*, I, de Maurach, R., Barcelona, Ariel, 1962, pág. 330, nota 38.

(52) HUERTA, op. cit., págs 70 y 80.

(53) En la doctrina alemana, en relación a los «niedrige Beweggründe» del artículo 211, los consideran como pertenecientes a la culpabilidad y no al injusto, JESCHECK, op. cit., pág. 382, y SCHMIDHAUSER, E., *Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2.^a Edición, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1975, pág. 456. MAURACH, en *Tratado de Derecho Penal*, I, traducción española, citado, los considera como caracteres subjetivos del tipo, pág. 330.

Indudablemente, a tal sujeto se le podrá reprochar su resolución de voluntad antijurídica, pero es evidente que tal resolución de voluntad antijurídica en relación con la acción delictiva, para ser comprendida en toda su plenitud ha de referirse al motivo en función del cual se representó el fin inmediato y realizó la acción. Se le podrá reprochar su resolución de voluntad antijurídica, pero si miramos a su proceso de formación de voluntad, no sólo de realización de ella, como diría Welzel, no se le puede reprochar en la misma medida que al que en el proceso de formación de su voluntad no haya estado movido por impulsos valiosos.

Del mismo modo, si acudimos al criterio dado por Gallas (54) está claro que la atenuante se basa esencialmente no en el menor desvalor de acción del hecho respectivo, sino en el menor desvalor de ánimo del acto correspondiente, en el ánimo jurídicamente menos desaprobado que aparece en el hecho.

A la misma solución llegaríamos con el criterio de Schweickert (55), con el expuesto por Córdoba y que él mismo aplica indirectamente a esta atenuante (56), o con el de Jescheck (57). El criterio de Welzel no lleva, sin embargo, a soluciones satisfactorias, como lo muestra el que él mismo no se decida a incluir los móviles bajos del artículo 211 alemán de un modo claro en lo injusto o en la culpabilidad (57 bis).

En la jurisprudencia española los escasos pronunciamientos:

(54) El cual afirma, entre otras formulaciones similares, que las características de la culpabilidad «no se refieren al sentido de la prohibición, y de este modo al desvalor de acción del hecho respectivo (como las características subjetivas de lo injusto), sino a su reprochabilidad referida al ánimo jurídicamente desaprobado que se realiza en el hecho». GALLAS, W., *La teoría del delito en su momento actual*. Traducción de Córdoba Roda. Barcelona, Bosch, 1959, págs. 61-64.

(55) Que dice: «En la constatación de los elementos de lo injusto podemos preguntarnos a modo de ayuda en los delitos en particular: ¿Qué debe ser reprochado al autor? Por el contrario, la culpabilidad se refiere a la pregunta de si la conducta antijurídica es reprochable en el caso concreto y en qué medida. Los caracteres que sólo contengan un pronunciamiento sobre las dos últimas preguntas son puros caracteres de la culpabilidad». SCHWEICKERT, H., *Die Wandlungen der Tatbestandlehre seit*. Beling. Karlsruhe, Verlag C. F. Muller, 1957, pág. 148.

(56) Vid. supra, pág. 103.

(57) JESCHECK, op. cit., págs. 194 y 255, distingue entre los elementos que expresan la dirección de la voluntad (que se referirán a lo injusto), y los que expresan la formación de la voluntad (que se referirán a la culpabilidad). Hasta cierto punto esta distinción se ha utilizado en los razonamientos personales más arriba recogidos.

(57 bis) Según Welzel, pertenecen a la culpabilidad «aquellas características que señalen *exclusivamente* un grado especial de reprochabilidad», mientras que son elementos de lo injusto los caracteres «que fundamentan o fortalecen el juicio de desvalor social respecto del hecho». WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, op. cit., pág. 79.

existentes aluden a la culpabilidad, si bien no está claro si se es consciente de la alternativa injusto-culpabilidad en relación a las circunstancias (58), (59).

V. EL TERMINO «MORAL»

En éste y en los dos apartados siguientes nos vamos a dedicar al estudio de los tres adjetivos que califican a la noción de «motivo» en la atenuante 7.^a. De lo que se va a tratar esencialmente es de averiguar cuáles han de ser los *criterios* o pautas a seguir para dotar de contenido a los términos «moral», «altruista» y «patriótico». Con todo, también aludiremos a sus definiciones en abstracto.

Centrándonos ya en el concepto de «moral», y sin pretender dar una definición abstracta de motivo moral, que nos llevaría demasiado lejos en una cuestión tan universalmente discutida como es el concepto de Ética, baste con decir que se tratará de una acción basada en un motivo moral aquella que se realice en función de unos impulsos, y pretendiendo obtener un fin ético. Está claro que tal formulación abstracta nos dice bien poco; sin embargo, para los fines de interpretación de esta atenuante nos es suficiente, pues el acento no recae en la configuración conceptual de lo que sea moral, sino en los criterios que se han de seguir para determinar qué motivos sean morales en los supuestos concretos. En busca, pues, de esto último es de destacar la escasez de posturas doctrinales que sostengan una interpretación basada en planteamientos ideales, esto es, realizada a nivel de principios (60).

La inmensa mayoría de los autores estiman que el criterio lo han de suministrar las concepciones sociales vigentes; se acude por tanto a un criterio relativista y sociológico. El énfasis puesto en el punto de referencia social varía, en España, de autores

(58) SS. 19-10-67 R. 4637, 28-1-70 R. 781, 20-11-76 R. 4864. Si es consciente de la disyuntiva, sin duda alguna, aunque alude al móvil en general no necesariamente conectado con la atenuante 7.^a, la S. 6-12-76 R. 5267.

(59) Evidentemente en este apartado hemos analizado cuál es el lugar sistemático, en la teoría del delito, de la atenuante 7.^a. Lo que no se ha pretendido es realizar tal análisis respecto a los motivos en general, que, como es sabido, pueden encuadrarse en la culpabilidad (p. e., esta atenuante, o los motivos de las causas de inculpabilidad) o en lo injusto (p. e., los que aparecen en las causas de justificación, o los que se encuentran en los tipos como elementos subjetivos de lo injusto).

(60) Sostiene tal interpretación FERRER SAMA, op. cit., pág. 312, cuando afirma que «por móvil moral debe entenderse aquel que, lejos de ser reprobado por los principios éticos, viene a estar acorde con los mismos». También cabe asignar esta postura a QUINTANO RIPOLLÉS en *La motivación moral*, op. cit., pág. 409, al estudiar el término «moral» desde un punto de vista filosófico.

como Cuello y Quintano (61) o Antón Oneca (62) que no terminan de ser suficientemente explícitos en esa línea, hasta las posturas más definidas de Bernal (63), Córdoba (64) y Huerta (65). Especialmente acertada es, en mi opinión, la definición de Córdoba en el sentido de que «el motivo será moral en cuanto merezca la consideración de valioso desde el punto de vista de la ética social vigente en el momento del hecho», añadiendo que «el criterio de valoración tiene, por lo demás, carácter relativo, dada su vinculación a una cierta sociedad en un momento histórico determinado» (66). Estimo que tal remisión a lo valioso desde el punto de vista de la ética social vigente es acertada, pues dada la relevante significación que ésta posee en el ámbito del Derecho penal (67), es en último término a tal punto de referencia al que se habrá de acudir para fijar el contenido de lo que sea motivo moral. Ahora bien, esta postura, como veremos, no conlleva el rechazo absoluto de la intervención de elementos subjetivo-personales en la fijación del contenido de los términos. Únicamente habría que añadir a la definición de Córdoba que tal ética social vigente ha de ser obtenida a partir de un análisis de las opiniones *claramente mayoritarias* en una sociedad, esto es, se trataría de las concepciones sociales dominantes sobre la ética social en un momento histórico determinado (68).

La doctrina italiana, al comentar los «motivos de particular

(61) Ambos se limitan a insistir en que la interpretación del término «moral», como los otros dos («altruista» y «patriótico») se ha de realizar atendiendo al «sentido que les atribuye el lenguaje común», a «la vulgar y común acepción actual y local de tales conceptos». Vid. CUELLO, op. cit., volumen II, pág. 565, y QUINTANO, el cual cambia de opinión en parte respecto a lo sostenido en su artículo en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, en *Comentarios al Código Penal*, 2.^a edición. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1966, págs. 183-184.

(62) Que pone en relación, si bien no de un modo muy definido, el contenido de moral con el de «civilización cristiana». ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal. Parte General*. T. I, Madrid, 1949, pág. 341.

(63) BERNAL FERRERO, op. cit., pág. 78.

(64) CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 493.

(65) Que acepta la definición de «motivo moral» dada por CÓRDOBA. HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 72.

(66) Vid. nota 64.

(67) Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, I. Madrid, Tecnos, 1976, págs. 13-14.

(68) La referencia a los puntos de vista claramente mayoritarios, ya que pretender llegar a opiniones *unánimemente aceptadas* sólo conduce a la inoperancia de este criterio social, no implica la dictadura de las mayorías sobre las minorías, al menos en una gran medida, puesto que en una sociedad tolerante y democrática se podrá apreciar un estado de opinión claramente mayoritario en base al cual se acepte que haya diversidad de opiniones relativas a lo que se haya de considerar como motivo moral, siendo dignas de tal calificativo diversas opciones alternativas que impliquen una mayor o menor extensión del concepto, o incluso planteamientos contrapuestos. En todo caso, habrá que atenerse a lo que el estado de opinión claramente mayoritario en la sociedad estime como susceptible de ser incluido dentro de esos límites de tolerancia de la diversidad.

valor moral» del artículo 62, núm. 1 del Código penal italiano se adhiere igualmente a este criterio con referencias sociales, formulado de forma muy similar. Así, Bettiol alude a los motivos «que no se encuentran en desacuerdo con las dominantes concepciones ético sociales» (69), y Antolisei a «los motivos que en la normalidad de los casos determinan acciones moralmente nobles, selectas, o más precisamente, los motivos que la conciencia ética del pueblo, en un momento histórico dado, por la razón ya indicada aprueba» (70).

La doctrina alemana, en relación a los «móviles bajos» del artículo 211 del Código penal alemán, remite también siempre a los «criterios valorativos reconocidos generalmente», a la «valoración moral general...» para determinar la baja de los motivos (71).

Hay un autor, Rodríguez Devesa, que sin renunciar al criterio que se basa en referencias sociales, acepta para el motivo moral el que éste, a diferencia de los motivos altruistas o patrióticos, se fundamente en las ideas personales del sujeto que realizó la acción, en los motivos personales (72). Esta postura ha sido rechazada por la doctrina (73), y la jurisprudencia (74) repetidamente.

La jurisprudencia sobre esta atenuante, si bien suele pronunciarse casi siempre sin distinguir entre los diversos tipos de motivos incluidos en la circunstancia, alude con frecuencia a la ética social vigente como criterio a seguir (75), aunque en alguna

(69) BETTIOL, op. cit., pág. 507. Del mismo modo, RANIERI, S., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Vol. 1.º, 4.ª Edición Padua, CEDAM, 1968, página 373; MAGGIORE, op. cit., pág. 512; MANZINI, op. cit., Vol. II, pág. 225; SANTORO, A., *Le circostanze del reato*, 2.ª Edición, Unione Tipografica-Editrice Torinese, Turin, 1952, pág. 285.

(70) ANTOLISEI, op. cit., pág. 351. Del mismo modo, MALINVERNI, A., *Circostanze del reato*. Enciclopedia del Diritto, VII, Giuffrè Editore, 1960, página 87.

(71) Vid. WESSELS, J., *Strafrecht. Besonderer Teil-1*. Karlsruhe und Heidelberg. C. F. Müller Juristischer Verlag, 1976, pág. 10; DREHER, E., *Stragesetzbuch* 37 Edición, München. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1977, página 839; BLEI, H., *Strafrecht II Besonderer Teil*, 10 Edición, München, Verlag C. H. Beck, 1976, pág. 21; MAURACH, *Deutscher Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., pág. 32; BOCKELMANN, op. cit., pág. 8.

(72) RODRÍGUEZ DEvesa, op. cit., pág. 612, en donde afirma que «no comparto la tesis de quienes piensan que han de ser únicamente motivos de índole social, excluyendo asimismo los de índole personal. Precisamente una interpretación que daría contenido propio a cada uno de los móviles sería la de contraponer los morales, de tipo personal, a los sociales, que sólo podrían tenerse en cuenta cuando se basen en el altruismo o en el amor a la Patria».

(73) BERNAL FERRERO, op. cit., pág. 78; CUELLO CALÓN, op. cit., vol. II, página 566; CÓRDOBA RÓDA, op. cit., pág. 494.

(74) Decisiones jurisprudenciales de 6-3-63 R. 1474; 19-10-67 R. 4637; 27-10-73 R. 3985; 20-11-76 R. 4864.

(75) Sentencias de 14-10-49 R. 1191; 9-6-67 R. 3145; 19-10-67 R. 4637; 6-11-72 R. 4769; 27-10-73 R. 3985; 28-5-74 R. 2438; 20-11-76 R. 4864; 10-12-76 R. 5294.

ocasión induzca a pensar que utiliza un criterio basado en principios ideales (76).

Aceptado mayoritariamente, como vemos, el criterio de la ética social vigente para determinar cuándo el motivo es moral, dejando al margen la referencia a principios ideales o a los motivos personales, se han deslizado en algunas ocasiones, en autores y decisiones jurisprudenciales que aparentemente utilizaban los puntos de referencia sociales, expresiones que no son incluíbles en tal contexto. En tal sentido, Bernal ha aludido, junto a la conciencia general, a «los fines superiores del Estado» como pauta a seguir en la valoración de los motivos morales (77); y, lo que es más grave, algunas sentencias no han aceptado la aplicación de la atenuante en cuanto el móvil cuestionaba el régimen político establecido, bastando para descalificar la moralidad del motivo la afirmación de que no se podía llamar moral a un motivo que favorecía a una organización política ilegal (78).

Al margen de la problemática sobre el móvil político que éstas, y otras, sentencias y opiniones doctrinales, implican, está claro que la introducción de referencias a los fines superiores del Estado, o bien la afirmación de que todo móvil que vaya contra las leyes que regulan el régimen político vigente no puede ser calificado dentro de la atenuante 7.ª, supone una desvirtuación del criterio basado en las concepciones sociales, en cuanto que se introducen de nuevo elementos que pueden estar o no totalmente desconectados de la realidad social, pero que en todo caso ya no dependen de ella de un modo inmediato, adquiriendo por el contrario una sustantividad propia y situándose a un mismo nivel que los principios filosóficos o religiosos que dan contenido al término «moral» según algunos autores (79).

(76) Sentencias de 4-6-68 R. 2783; 6-11-72 R. 4768; 9-2-73 R. 656.

(77) BERNAL FERRERO, op. cit., pág. 78.

(78) Sentencias de 6-11-72 R. 4769; 9-7-73 R. 3042; 27-10-73 R. 3985. Esta última establece como *consecuencia* necesaria de su ilegalidad, el que tal declaración de ilegalidad está aceptada comunitariamente. Ni que decir tiene que no se deriva tal consecuencia lógica del hecho de poner fuera de la ley a una asociación política; eso es evidente en un sistema totalitario, pero aun en una democracia habría que ver si tal prohibición está de acuerdo con las concepciones sociales *claramente mayoritarias*, por no hablar de los límites de la tolerancia, o de la variabilidad de las concepciones sociales siempre más rápida que las reformas legales.

(79) Una tendencia jurisprudencial, seguida ocasionalmente por la doctrina y que me parece incorrecta, es aquella que restringe la aplicación de la atenuante a casos de *defensa* ante la ofensa que se va a producir a los valores de moralidad, altruismo o patriotismo concretados en una u otra situación, eliminando, por tanto, aquellos otros casos en que puede no darse una amenaza para tales valores, pero que se inicia una acción por propia iniciativa para reafirmarlos, o instaurarlos, en determinadas situaciones. Es decir, la atenuante no abarca, ni tiene por qué, únicamente casos defensivos, sino igualmente agresivos, en favor de los valores contenidos en esos conceptos. Sentencias que siguen esta tendencia restrictiva son las de 26-3-63 R. 1474, que exige en la atenuante 7.ª «una reacción defensiva contra ofensas a la moral, al prójimo o a la Patria» y la de 19-10-67 R. 4637. Con términos

VI. EL TERMINO «ALTRUISTA»

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en líneas generales en lo relativo a lo que se ha de entender por móvil altruista. Especialmente claras son las definiciones aportadas por Córdoba (80), Huerta (81) y Ferrer (82), que coinciden casi plenamente. En parecidos términos se expresa la jurisprudencia (83). Puede, pues, definirse el móvil altruista, en línea con las opiniones citadas, como «impulso que basado en la complacencia por el bien ajeno, pretende la obtención de un beneficio para otras personas».

Ahora bien, ésta y otras definiciones que se pudieran hacer relativas a lo que se ha de entender por motivo altruista aportan bien poco a la solución de los problemas derivados de la aplicación de la atenuante 7.^a, del mismo modo que, en relación al motivo moral, poco nos dice la afirmación de que por tal se entiende un motivo «ético».

El problema principal reside, al igual que en el motivo moral, en la decisión a tomar sobre cuáles han de ser los *criterios* a utilizar para determinar si una acción pretende un bien ajeno y está impulsada por tal objetivo que trasciende a la mera acción delictiva. Nos encontramos de nuevo ante las mismas disyuntivas que en el motivo moral, esto es, se puede acudir a criterios basados en planteamientos ideales, basados en planteamientos sociales y relativistas, o basados en las ideas personales del sujeto activo (o incluso en las ideas personales del beneficiado por la acción). Sin olvidar la claridad conceptual que las diversas definiciones pueden aportar, y que ellas son el primer paso a dar, el problema esencial no reside allí, sino en los criterios a emplear.

parecidos a la Sentencia 26-3-63, QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal I*, op cit., pág. 424; también LUZÓN DOMINGO, M., *Derecho Penal del Tribunal Supremo*, I. Barcelona, Editorial Hispano-Europea, 1964, págs. 325-326; PANNAIN, op. cit., pág. 413. Crítica también está tendencia en relación al móvil patriótico CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 496.

(80) «Sentimiento de complacencia por el bien ajeno aun a costa del propio» y «lo único necesario es que sea el esmero por el bien de los demás lo que mueva la conducta del autor». CÓRDOBA, op. cit., pág. 413.

(81) Que define altruismo como «complacencia en el bien ajeno. Lo que es esencial a la concepción de altruista es que se obre teniendo como meta el beneficio ajeno y no el propio». HUERTA, op. cit., pág. 73.

(82) Define el móvil altruista como aquel «en que el sujeto persigue un beneficio ajeno». FERRER, op. cit., pág. 312.

(83) En especial, Sentencias de 27-1-65 R. 208, 19-10-67 R. 4637, 28-5-74 R. 2438, que afirma que «a los ojos de la comunidad tales móviles adquieren un relieve de benevolencia a los actos de complacencia del inmediato bien ajeno, que se superpone, en la conciencia del agente al cumplimiento de los deberes que...», 20-11-76 R. 4864, que considera al móvil altruista como «sentimiento de esmero y complacencia en el bien ajeno, aun a costa del propio, de generosa estimación y amor, opuesto al egoísmo, que en definitiva signifique, espiritual o material ayuda, satisfacción, alivio, ventaja o provecho».

En este punto, la remisión a los planteamientos ya analizados en relación al motivo moral, se impone con especial intensidad. Ello es debido a que, frente a la casi total ausencia de pronunciamientos doctrinales relativos al criterio a utilizar para determinar lo que sea móvil altruista, la gran mayoría de los autores reconducen el concepto de altruista al de moral, como veremos en un apartado posterior (84), por lo que es legítimo suponer que los criterios que han considerado correctos para el motivo moral lo han de ser para el altruista. En una situación similar se encuentra la jurisprudencia, la cual, como ya hemos señalado (85), frecuentemente no distingue entre los diversos motivos cuando habla de los criterios a usar en su determinación.

De todos modos, algún autor, como Huerta Tocildo, se preocupa por este problema directamente llegando, a similitud de su postura mantenida con el motivo moral, a criterios sociales y relativistas, al referir la fijación del móvil altruista «al sentir popular creador de la norma de cultura», tras insistir en que hay que olvidarse «siquiera sea por unos momentos de todo afán técnico-dogmático para remontarse a una aproximación más vulgar, en el sentido de popular» (86). Asimismo, Rodríguez Devesa, que alude a criterios personales respecto al motivo moral, habla, sin embargo, de criterios sociales en relación al móvil altruista (87).

La misma jurisprudencia, en otras sentencias distintas a las ya citadas, que aluden directamente al móvil altruista, insiste claramente en que el criterio a seguir ha de ser uno vinculado a las opiniones sociales del momento sobre el altruismo (88).

Vemos, por tanto, que la gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, sea de un modo directo o indirecto (a través del motivo moral) acude a pautas relativistas basadas en referencias sociales. Yo soy de la misma opinión, y estimo por tanto que el criterio a emplear para delimitar al móvil altruista se obtiene a partir de las *concepciones sociales dominantes sobre lo que sea altruismo en un momento histórico determinado* (89).

Un último problema cabe estudiar en relación con el motivo altruista. Alude a él por primera vez Quintano Ripollés, quien parte de la opinión generalizada de que lo contrario a altruismo es egoísmo, para afirmar que tal cosa no es exacta, dada la profunda interrelación entre ambos aspectos, de modo que en un gran número de casos ambos conceptos aparecen mezclados, y así habla de ego-altruismo, egoísmo colectivo, altero-egoísmo «en que la acción está encaminada a satisfacer el placer ajeno de personas cuya satisfacción, a su vez, supone un placer propio»,

(84) Vid. infra págs. 115-127.

(85) Vid. supra pág. 107.

(86) HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 74.

(87) RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., pág. 612.

(88) Sentencias de 28-5-74 R. 2438, 20-11-76 R. 4864, 6-12-76 R. 5267.

(89) Sobre el concepto de «concepciones sociales dominantes», vid. supra. Nota 68.

aludiendo a los riesgos que en el Derecho penal puede presentar este concepto (90). Esta alusión a que todo móvil altruista conlleva o puede llevar consigo un móvil de satisfacción no ya ajena sino propia ha sido posteriormente señalado por algunos otros autores como Córdoba (91) o Huerta (92). Esta problemática del motivo altruista, que considero acertada en líneas generales (93), nos conduce de nuevo al estudio del concepto de motivo y a lo allí aludido referente a la concurrencia de diversos móviles a un mismo nivel (94). En todo caso, el que puedan concurrir móviles de autosatisfacción junto a los altruistas o detrás de ellos no significa que el móvil altruista desaparezca, sino que coexiste con, o se basa en, el de autosatisfacción. Para los fines de este apartado en que estudiamos el móvil altruista con independencia del cuadro completo de móviles de una acción, con ello nos basta. Otra cosa será cuando estudiemos el requisito «de notoria importancia» a donde me remito para un tratamiento global del problema (95).

VII. EL TERMINO «PATRIÓTICO»

Al igual que en el apartado anterior, vamos a iniciar el estudio de este término intentando dar una definición lo más exacta posible de él: Tampoco aquí se aprecian diferencias importantes entre la doctrina, y entre ésta y la jurisprudencia; quizá ello sea debido a la carencia de profundidad en el análisis del término, con alguna excepción (96) que enseguida estudiaremos con más detalle. En principio, y en líneas generales, la doctrina pienso que podría suscribir toda ella la definición dada por Ferrer, que considero la más acertada en cuanto que respeta los dos aspectos del concepto de motivo al mismo tiempo, en el sentido de que estará basada en un móvil patriótico la acción «inspirada en el amor a la Patria y con la que se pretende la consecución de un bien para la misma» (97); la jurisprudencia, en la misma línea.

(90) QUINTANO RIPOLLÉS, *La motivación...*, op. cit., págs. 410-411.

(91) CÓRDOBA, op. cit., pág. 493.

(92) HUERTA, op. cit., pág. 73.

(93) Quizá necesitada únicamente de una mayor precisión en la descripción del fenómeno de acuerdo con los conocimientos científicos actuales en Psicología, precisión que yo tampoco voy a realizar, pues nos aleja en demasía del tema. Como una primera aproximación a un aspecto del problema podrían servir las citas de Criminología y Psicología recogidas en Nota 33.

(94) Vid. supra, págs. 99-101.

(95) Vid. infra, págs. 122-129.

(96) HUERTA TOCILDO, op. cit.

(97) FERRER SAMA, op. cit., pág. 313. En parecidos términos se expresa CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 494, que afirma que el motivo será patriótico «siempre que haya sido el amor a la Patria, es decir, el deseo de producir un bien a ésta, el móvil de la conducta del sujeto». Expresiones no ya tan completas, pero en la misma línea, CUELLO CALÓN, op. cit., vol. 2.º, pág. 565; BERNAL FERRERO, op. cit., pág. 78; PUIG PEÑA, op. cit., pág. 119; LUZÓN DOMINGO, op. cit., pág. 326.

que la doctrina, no es, sin embargo, demasiado explícita (98).

Un autor que dedica mayor atención al problema es Huerta Tocildo, el cual, tras distinguir entre el concepto territorial y el existencial de Patria, en favor de este último, señala la habitual equiparación que se ha terminado por hacer entre Patria y Nación, así como la no coincidencia entre los términos de Patria, Estado y Régimen político. Tras ello define el patriotismo en los siguientes términos: «1. El patriotismo es el sentimiento de pertenecer a una determinada comunidad diferenciada respecto de otras que la rodean; 2. En tanto en cuanto dicha comunidad sea auto-gobernada, coincide con el sentimiento nacionalista; 3. Puede coexistir con una estructuración interna de tipo federal con gobierno único (...), ya que la conciencia de unidad viene fundamentalmente dada por el sentimiento de autoafirmación y diferencia respecto del exterior, que no implica una homogeneidad interior; 4. No implica una aceptación de la forma de Estado ni de gobierno» (99).

Este análisis de Huerta sobre lo que sea el patriotismo es meritorio, pues supone, que yo sepa, la primera aproximación por parte de la doctrina jurídico-penal al concepto de patriotismo, y permite dotar de un contenido más explícito a las alusiones doctrinales al amor a la Patria y a lo que es un bien para ella que acabamos de ver, completando la definición de móvil patriótico que hemos aceptado.

Sin embargo, en lo que ya no puedo estar de acuerdo es en la pretendida inclusión del móvil político «en cuanto finalidad de conseguir lo mejor para la colectividad en la que el individuo en concreto se siente integrado» (100), en el ámbito del móvil patriótico. La doctrina española se ha manifestado repetidamente en contra, ya sea avisando de los peligros de confusión entre móviles políticos y patrióticos (101), ya sea intentando dar algunos criterios de distinción, como Ferrer Sama que restringe los móviles patrióticos a los «supuestos, en que, apreciados desde cualquier punto de vista político, se nos ofrezcan como acciones dirigidas a la tutela o beneficio de los intereses patrios» (102), o Luzón Domingo que dice que para apreciar este móvil «debe ser el amor al propio país, pero por encima de todo interés de partido o clase» (103). En mi opinión, y basándome en la propia definición de patriotismo que Huerta establece, la cual me parece correcta,

(98) Sentencias de 15-10-48 R. 1198, 26-3-63 R. 1474, 27-10-73 R. 3985 y 20-11-76 R. 4864.

(99) HUERTA TOCILDO, op. cit., págs. 74-76.

(100) *Ibidem*, pág. 76.

(101) Así, QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, op. cit., pág. 184, y ANTÓN ONECA, op. cit., pág. 341, que remiten a criterios de «bien general» en relación con los móviles patrióticos, y CUELLO CALÓN, op. cit., vol. 2, pág. 565.

(102) FERRER SAMA, op. cit., pág. 313. Y en el mismo sentido, PUIG PEÑA, op. cit., pág. 119.

(103) LUZÓN DOMINGO, op. cit., pág. 326.

considero que el móvil patriótico no incluye al político y el fundamento lo encuentro en que el concepto de patriotismo es uno que sólo adquiere sustantividad puesto en relación con el exterior, con otras naciones y otros sentimientos de patriotismo; como bien dice Huerta «la conciencia de unidad viene fundamentalmente dada por el sentimiento de autoafirmación y diferencia respecto al exterior, que no implica una homogeneidad interior». En esta línea, los móviles políticos reflejan las divergencias de opinión sobre alternativas de autogobierno *dentro* de una nación, mientras que los móviles patrióticos remiten a conductas relativas al fortalecimiento o defensa de la nación, sentida y entendida como una unidad (en la que caben estructuras federales) diferenciada de cara al exterior (104). Ni que decir tiene que suscribo la no equiparación entre Patria, y Estado o Régimen político.

Soy consciente de los claros matices restrictivos que, frente a interpretaciones como la de Huerta, supone una interpretación del concepto de móvil patriótico en el sentido aquí expuesto. Sin embargo, los vocablos tienen un límite de flexibilidad y no se puede pretender que digan más de lo que son capaces de decir. En tal sentido, no es accidental que la inclusión del móvil patriótico se produjera en 1944, en unas circunstancias políticas que son un argumento más para concluir que el móvil político no está incluido en el patriótico.

Al margen de las propuestas de «lege ferenda», la interpretación propugnada para tal móvil no implica que los móviles políticos hayan de ser excluidos del ámbito de esta atenuante, pues lo único que ha quedado claro, en mi opinión, es que el móvil patriótico excluye, dada su formulación conceptual, al móvil político, lo que no impide, sin embargo, que tales móviles políticos pudieran ser abarcados dentro del concepto de móvil altruista (105).

(104) En línea con lo expresado, el derrocamiento de una dictadura es móvil político, pero no patriótico, a no ser que ésta haya sido impuesta desde el exterior.

Del mismo modo las conductas tendentes a evitar separatismos gozan del móvil patriótico, a no ser que haya una concepción social dominante (me remito a los criterios sobre el contenido concreto de patriotismo que ahora paso a ver) que no incluya a tal sector del territorio en la idea de nación, esto es, falta el sentimiento de considerar como parte de la Patria a ese territorio, por parte de la población de *toda* la Nación (aunque es evidente que ello puede significar una opresión de minorías dentro de una Nación, y un favorecimiento de las entidades territoriales ya constituidas), a salvo siempre el principio de tolerancia aludido en Nota 68.

(105) Aunque HUERTA TOCILDO parece sugerir en alguna ocasión que los móviles políticos pueden incluirse dentro de los móviles altruistas, siempre afirma al mismo tiempo que son incluíbles también en los patrióticos (vid. op. cit., págs. 74 y 79), y en realidad basa todo el razonamiento sobre el móvil político en función del móvil patriótico y de los patriotas (vid. op. cit., págs. 76-77), quizá porque en el fondo piensa que el móvil patriótico *abarcando al político* se inserta dentro del contenido de móvil altruista (vid. op. cit., pág. 76).

En tal sentido, basta sólo recordar el concepto que hemos dado de altruismo (106) para comprender que en un gran número de supuestos los móviles políticos encajarán perfectamente en el ámbito conceptual de los móviles altruistas. Para ello, sin embargo, tendrán que cumplir los requisitos exigidos para su conceptualización como móviles altruistas, requisitos que, como fácilmente puede suponerse, no siempre cumplirán.

En todo caso, no deja de presentar ciertos signos de incoherencia lógica, el doble hecho de que, por un lado, la atenuante haga una alusión expresa a los móviles patrióticos en un claro intento de elevar el nivel mínimo para la apreciación de la atenuante hasta conductas que excluyan las diversas opciones políticas dentro de una misma nación, y que, por otro lado, tales opciones políticas se introduzcan en la atenuante por la vía del móvil altruista.

Ello nos llevaría a pensar que, si bien en un principio, y considerado el término «altruista» por sí sólo, la mayor parte de los móviles políticos encuentran cabida a través del concepto de altruismo, una consideración global de la atenuante, y en especial la existencia del móvil patriótico al lado del altruista, indica que no se encuentra en la voluntad de la ley la pretensión de incluir los móviles políticos dentro de los altruistas una vez que ha aludido explícitamente a los móviles patrióticos.

En cuanto a lo que opina la jurisprudencia sobre todo este problema, es de destacar, en primer lugar, un grupo de sentencias que intentan restringir al máximo el concepto de móvil patriótico poniendo dificultades para su apreciación en tiempo de paz (107), y en segundo lugar, aquellas otras que se preocupan directamente de excluir del ámbito de consideración de la atenuante los móviles basados en el favorecimiento de determinadas opciones políticas no admitiendo ni siquiera la posibilidad de incluir tales móviles en el concepto de altruismo dado que suelen referirse a la atenuante en su conjunto (108), (109).

CÓRDOBA RODA también muestra indecisión a la hora de asignar los móviles políticos sea al altruismo sea al patriotismo, *op. cit.*, pág. 496. GARCÍA VALDEZ, C., *El delito político*. Madrid, Edicusa, 1976, pág. 10, establece de un modo claro que los móviles políticos han de considerarse incluidos en la motivación *altruista* de la atenuante 7.^a

(106) *Vid. supra*, págs. 109-111.

(107) Sentencias de 15-10-48 R. 1198, que afirma que «el presunto servicio carecería de relevancia para el interés patrio máxime en época de paz», y 21-10-48 R. 1330.

(108) Sentencias de 18-12-45 R. 1398, 13-5-49 R. 666, 21-1-65 R. 208, 6-11-69 R. 5248 y 27-10-73 R. 3985. Esta última afirma que «máxime cuando el móvil político parece fuera del ámbito de dicha atenuante, por su naturaleza y por estar absorbido por los delitos políticos, en que ciertamente se manifiesta como elemento constituyente insito e inherente al tipo».

(109) La doctrina italiana, en su atenuante parcialmente correlativa a la nuestra, con frecuencia acepta la apreciación de móviles políticos, pero dando un concepto tan restringido de ellos que no pasan de ser móviles patrióticos o incluso aún más restringido. Así, MAGGIORE, *op. cit.*, II, pág. 514,

Vistos ya los problemas que el concepto de patriotismo conlleva, hemos de prestar atención de nuevo al elemento imprescindible para la determinación del contenido del término «patriótico» en los supuestos concretos, esto es, cuáles han de ser los criterios que se han de utilizar para calificar un móvil de patriótico de entre los que han impulsado a la acción delictiva.

Al igual que al estudiar el término «altruista», se impone una remisión a las posturas adoptadas por la doctrina al tratar este mismo problema en el motivo moral, debido a que la mayoría de los autores consideran reconducible el término patriótico al de moral (110), y no se pronuncian sobre la problemática del criterio a escoger al analizar el móvil patriótico.

De los autores que hacen alusión a este problema de modo directo, todos ellos acuden a criterios basados en referencias sociales, incluidos Ferrer Sama y Quintano Ripollés que, como sabemos, en lo referente al motivo moral acudían a criterios basados en principios ideales (111).

En relación a la jurisprudencia hay que remitirse igualmente a las decisiones jurisprudenciales citadas en el estudio de este problema para el motivo moral, ya que solían aludir a los tres motivos de la atenuante simultáneamente. No existen pronunciamientos referidos de modo aislado a este motivo, el cual, por otra parte, nunca ha servido para apreciar la atenuante en función de él en exclusiva (112).

En mi opinión, y en consonancia con lo expresado al hablar de este problema en el móvil moral y en el altruista (113), creo que hay que ir sin duda a criterios sociales y más en concreto, basarnos en las *concepciones sociales dominantes sobre lo que sea patriotismo en un momento histórico determinado*.

que dice que «entre los motivos de particular valor moral y social tiene el primer puesto el amor a la Patria. No cualquier motivo político tiene valor, sino sólo aquel que tiene el origen en el sagrado afecto al país propio y al orden de él constituido en el Estado»; en línea semejante, MANZINI, que afirma que «sólo cuando el motivo político derive de sentimientos patrióticos o favorables al ordenamiento jurídico político del Estado, se puede admitir que se hayan de considerar de particular valor moral o social», op. cit., II, pág. 228, y SANTORO, *Manuale*, op. cit., pág. 496.

(110) Vid. infra, págs. 115-117.

(111) HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 77, alude a una «determinación objetiva del término a través de la investigación del sentir colectivo mediante los procedimientos que para ello se consideren adecuados»; FERRER SAMA, op. cit., pág. 313; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, op. cit., pág. 184; PUIG PEÑA, op. cit., pág. 119.

(112) Por el contrario, se ha rechazado su aplicación en las Sentencias 18-12-45 R. 1398, 15-10-48 R. 1198, 21-10-48 R. 1330, 23-2-53 R. 432, 26-3-63 R. 1474, 27-1-65 R. 208, 6-11-69 R. 2548, 6-11-72 R. 4769, 9-7-63 R. 3042 y 27-10-73 R. 3985.

(113) Vid. supra, págs. 106-110.

VIII. RELACION ENTRE LOS TERMINOS «MORAL», «ALTRUISTA» Y «PATRIOTICO»

Es habitual en la doctrina el pronunciarse en esta atenuante, tras haber estudiado los tres términos arriba citados, sobre la posible inclusión del contenido conceptual de unos dentro de los otros.

La cuestión, como ya vimos al estudiar los diversos criterios a utilizar en la determinación de estos conceptos (114) y como ahora veremos, tiene más trascendencia de lo que parece, por lo que voy a permitirme una incursión por la doctrina para narrar las diversas posturas existentes:

Un numeroso grupo de autores afirma, en base a argumentos muy similares, que altruismo y patriotismo son reconducibles al término moral. Podemos destacar a Cuello, que alega que «siendo el altruismo concepto moral la inclusión expresa de este móvil resulta superflua y, por otra parte, en la moral social entra el patriotismo como sentimiento de extraordinario valor» (115) y Córdoba que insiste en que «no obstante existir un claro matiz diferencial entre ellos, lo altruista y lo patriótico representan, según repetidamente se ha indicado, especies de lo moral» (116). Otros autores en la misma línea son Antón Oneca, Bernal Ferrero, Luzón Domingo y Quintano Ripollés (117).

Rodríguez Devesa, y Ferrer Sama consideran al altruismo subsumible en la moral, pero no piensan lo mismo en relación con el patriotismo (118).

Por otro lado, Puig Peña, y Quintano Ripollés en sus Comentarios, aun reconduciendo igualmente los tres términos a uno solo, este es el altruista y no el moral (119).

Finalmente, Huerta Tocildo, y Quintano en una tercera postura, vinculan altruismo y patriotismo, pero no dicen nada en relación al moral (120).

(114) Vid. supra, págs. 109-115.

(115) CUELLO CALÓN, op. cit., vol. 2, pág. 565.

(116) CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 494.

(117) ANTÓN ONECA, op. cit., pág. 341; BERNAL FERRERO, op. cit., pág. 78; LUZÓN DOMINGO, op. cit., pág. 325; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, op. cit., página 424.

(118) RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., pág. 611, y FERRER SAMA, op. cit., pág. 312, el cual, si bien afirma claramente la vinculación entre moral y altruista, no dice nada respecto al patriotismo.

(119) PUIG PEÑA, op. cit., pág. 118, que afirma que «el término altruista es, en realidad, el más destacado de la dicción legal y el que preside todo el fenómeno de la motivación atenuada», y QUINTANO RIPOLLÉS, que, en contradicción con lo dicho en su curso, y en su artículo en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», afirma en *Comentarios...*, op. cit., pág. 184, que la referencia al altruismo bastaría para caracterizar la atenuante, sobrando las de moral y patriotismo que son, o redundantes o perturbadoras.

(120) QUINTANO RIPOLLÉS, *La motivación*, op. cit., pág. 411, y HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 76, la cual considera que el motivo patriótico guarda mucha proximidad con el altruista, «con el que en esencia viene a identificarse».

Observamos, por tanto, cómo hay una clara tendencia mayoritaria a reconducir todos los términos al de moral, con una postura minoritaria dentro de ella que sólo incluye en moral al altruismo. Otros autores dan más importancia al término altruista.

En cuanto a la jurisprudencia un argumento importante a favor de la unidad entre los tres términos lo da el fenómeno, tan generalizado, de aludir el Tribunal Supremo a los tres motivos de la atenuante a la vez, lo cual indica ya que el Tribunal Supremo considera que se da un contenido conceptual común, al menos parcialmente, entre los tres (121). Al margen de tales casos quedan otras decisiones jurisprudenciales en las que se utilizan alternativamente las expresiones de moral o altruista refiriéndose a unos mismos hechos (122). Sin embargo, las Sentencias de 19-X-67 (R. 4637) y 20-XI-76 (R. 4864) aluden a que los tres motivos tienen vida autónoma e independiente (123).

En mi opinión, resulta difícil sostener en todo momento la afirmación de que lo altruista y lo patriótico se incluyen en lo moral. Son perfectamente imaginables conductas impulsadas por motivos patrióticos o altruistas, que no gozarán del calificativo de morales, o bien conductas patrióticas que no podrán catalogarse como altruistas. Y esto no sólo utilizando puntos de referencias basados en principios ideales, sino igualmente criterios sociales.

De todos modos, la mayoritaria postura doctrinal que hemos visto tiene una base evidente. Reside ella en que en una gran mayoría de las ocasiones, las conductas motivadas altruista o patrióticamente podrán ser catalogadas como morales; pero no siempre. Utilizando una imagen muy conocida, podríamos decir que moral, altruista y patriótico son tres círculos secantes, en donde destaca especialmente la gran extensión relativa de los respectivos círculos de altruismo y patriotismo que se inserta en el círculo de lo moral; sin embargo, la inserción no es completa.

IX. EL ERROR SOBRE LOS HECHOS QUE SIRVEN DE BASE A LOS MOVILES. EL ERROR SOBRE LA CALIFICACION DE LOS MOTIVOS. LA ATENUANTE 7.^a Y EL ARTICULO 60

Hemos visto hasta ahora cómo tanto la doctrina como la jurisprudencia han insistido en negar cualesquiera otros criterios

(121) Como ejemplos en tal sentido, señalando que en la mayoría de las Sentencias en que el Tribunal Supremo se pronuncia por la atenuante actúa así. Pueden verse las Sentencias citadas en nota 75, a excepción de la de 28-5-74.

(122) Sentencias 8-3-50 R. 632, 9-7-53 R. 1870, 5-2-55 R. 402, 6-6-58 R. 2011, 17-4-64 R. 2002, 31-10-69 R. 5215: En todo caso en estas sentencias nunca dice la jurisprudencia que estos dos términos sean iguales, simplemente los usa alternativamente.

(123) Las Sentencias 9-11-57 R. 2960 y 6-12-76 R. 5267 podría pensarse que refieren los tres términos al altruista, pero no está excesivamente claro.

que no sean los sociales para determinar el contenido de los términos moral, altruista y patriótico, con muy pocas excepciones. Se ha dejado notar, por otra parte, y como ya vimos (124), un especial interés en excluir la posibilidad de utilizar, en lugar de criterios sociales, criterios fundamentados en meras opiniones personales, en suma, se trata de excluir del ámbito de esta atenuante al autor por convicción. Esta pretensión, con la que estoy plenamente de acuerdo, ha conducido sin embargo a la doctrina a otras posturas que no se derivan necesariamente de tal propósito. Me refiero en concreto a la negativa doctrinal a aceptar la relevancia del error en la calificación de los motivos, en esta atenuante. En tal sentido, son muy frecuentes las alusiones a que el juicio personal del autor sobre la cualidad de morales, altruistas o patrióticos de los motivos es irrelevante, lo cual, si bien es correcto si se quiere aludir a la no toma en consideración de los criterios personales, termina por llevar a una negación de la relevancia del error producido en el sujeto al utilizar, no sus propios criterios, sino los criterios sociales. Este peligro de entender tal afirmación de un modo excesivamente amplio adquiere más consistencia al comprobar las frecuentes alusiones a que ha de ser el juez el que decida sobre la calidad de los motivos, mientras se hace notar la ausencia de todo tipo de referencias al error del sujeto en la calificación de los motivos (e, incluso, las escasas alusiones al error sobre los hechos que sirven de base a los motivos) (125). En una línea similar a la doctrina se coloca la jurisprudencia (126). Sin embargo, el negar validez al uso de criterios personales, postura que yo también mantengo, no tiene por qué implicar la denegación de un error relevante en base al causado en el sujeto a través de una equivocada utilización, no de sus propios criterios, sino de los sociales. Pasemos a fundamentar ahora más detenidamente esta tesis.

Previamente he de aludir a la evidente pertenencia de la atenuante 7.^a al párrafo 1 del artículo 60. Pocas circunstancias modificativas presentan un encaje tan perfecto en tal párrafo, en especial en la alusión a la «disposición moral del delincuente», de modo que una discusión al respecto me parece ociosa (127).

(124) Vid. las citas contenidas en notas 73-74.

(125) Vid. HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 77; CÓRDOBA RODA, op. cit., página 494; CUELLO CALÓN, op. cit., págs. 565-566; BERNAL FERRERO, op. cit., pág. 78. Aluden sólo a que ha de ser el juez el que califique los motivos sin referirse a la vez al error del sujeto en tal calificación, aparte de los ya citados, QUINTANO RIPOLLÉS, *La motivación...*, op. cit., págs. 411-412; FERRER SAMA, op. cit., pág. 312.

(126) Entre otras, en especial las Sentencias de 19-10-67 R. 4637, 27-10-73 R. 3985, 20-11-76 R. 4864.

(127) Pese a ello, QUINTANO RIPOLLÉS, en *Comentarios...*, op. cit., págs. 151-152, la considera del párrafo 2, en una actitud difícilmente comprensible si no se tiene en cuenta que toma tal decisión en base a los planteamientos generales que realiza de equiparación entre circunstancias objetivas y párrafo 2, y circunstancias subjetivas y párrafo 1. Vid. en tal sentido mi trabajo ya citado, págs. 616-621.

Pues bien, en otro lugar he mantenido (128) que el párrafo 1 del artículo 60 no ofrece ninguna dificultad para admitir en su seno a circunstancias referidas a lo injusto si tales circunstancias se adecúan al tenor literal del p. 1 y no al del p. 2. Ello no ofrecía ninguna dificultad dogmática en cuanto que el p. 1 exige el requisito de que tales circunstancias, en cuanto personales, han de concurrir en el sujeto para que se le puedan apreciar, pero la existencia de tal requisito no excluía la posibilidad de que a la vez se exigiera a las circunstancias referidas a lo injusto que hubieran de ir al párrafo 1, y para satisfacer sus exigencias dogmáticas, un ulterior requisito, el de que el sujeto *conociera* los hechos que llevan a la apreciación de la circunstancia: La redacción del párrafo 1 no ponía ningún impedimento a la intervención de este segundo requisito cuando fuera necesario.

Por el contrario, a las circunstancias referidas a la reprochabilidad que iban a parar al párrafo 1 del artículo 60, teniendo diferentes planteamientos dogmáticos, sólo les era de exigir *en principio* el que concudiesen en el sujeto, no precisando, dada su colocación en la sistemática de la teoría del delito, del *conocer*.

Ahora bien, si analizamos la estructura de la atenuante 7.^a, y en especial el contenido del juicio de menor reprochabilidad que a través de ella se realiza (129), en cuanto que se da en el proceso de formación de la voluntad del agente un conflicto psíquico derivado de la contraposición entre un móvil considerado por el sujeto activo como valioso *según los criterios sociales*, y una acción delictiva con el que obtenerlo y que la sociedad la considera no valiosa, inclinándose el sujeto por aceptar tal contradicción y realizar la conducta delictiva en función de esos móviles valiosos, está claro que donde no hay conciencia de tal contradicción, donde el sujeto no conoce contraposición y toma una decisión frente a ella, no puede apreciarse la atenuante. O dicho en otras palabras, se ha de exigir a esta atenuante el requisito del *conocer*.

Tendremos por tanto una atenuante de la reprochabilidad, del párrafo 1 del artículo 60, para cuya apreciación se exigirá el *conocer* (130) además del *concurrir*. Ya hemos visto cómo el párrafo 1 no pone dificultades a tal cosa.

La aceptación de la exigencia del *conocer* posee consecuencias inmediatas en relación al error: Ni que decir tiene que habrá de considerarse relevante el error sobre los hechos que sirven de base a los móviles de su actuar, error éste que ya ha sido aceptado por algún destacado autor español (131). Sin embargo, no hay ninguna razón, en mi opinión, ni dogmática ni legal, que nos haga detener aquí; quizá el quedarse aquí y no avanzar más en el

(128) Díez RIPOLLÉS, op. cit., págs. 648-649.

(129) Vid. supra, págs. 101-104.

(130) HUERTA TOCILDO acepta de un modo no demasiado preciso el requisito del *conocer* en esta atenuante, pero no saca ninguna consecuencia de ello en relación al error, op. cit., pág. 77, nota 44.

(131) CÓRDOBA RODA, op. cit., págs. 494-495.

camino del error sea debido a una excesiva influencia de la doctrina italiana la cual, en virtud de sus textos legales, no puede pasar de este límite, y aun esto con considerables dificultades (132).

En esta línea, no veo ningún argumento que impida, una vez aceptado que el criterio de análisis del contenido de los motivos han de ser las pautas sociales, dar relevancia al error del sujeto no ya sobre los hechos que sirven de base a los móviles de su actuar, sino igualmente sobre lo que las concepciones sociales dominantes consideran moral, altruista o patriótico, supuesto que conoce la verdad de los hechos que sirven de base a los móviles.

Por el contrario, hay varias razones que nos mueven a dar relevancia a tal error:

En primer lugar, el hecho ya aludido de que una correcta interpretación del sentido de esta atenuante nos muestra que se ha de exigir el requisito de que el sujeto conozca que actúa en base a motivos considerados como morales, altruistas o patrióticos por las concepciones sociales dominantes. Si se le exige una actuación en base a tal conocimiento, es evidente que producido un error en su calificación de los motivos, debido a un deficiente manejo de los criterios sociales (133), tal error ha de ser considerado relevante (134).

(132) El artículo 59 cpv. 1.º del Código Penal italiano reza así: «Si el agente cree erróneamente que existen circunstancias agravantes o atenuantes, éstas no son estimadas en contra ni a favor de él.» LATTANZI, *I Codici Penali*, op. cit., pág. 152. Dada la redacción tan taxativa de este párrafo, difícil le resulta a la doctrina italiana el dar relevancia al error en las atenuantes. Con todo, en base al argumento, muy discutible por cierto, de que los hechos que sirven de base a los móviles están «en la base del motivo, pero no son el motivo mismo» (Patane), en cuanto que «la situación de hecho que ha producido los motivos» es «un quid que está fuera del contenido de la circunstancia» (Caraccioli), la doctrina ha conseguido introducir la relevancia del error en tales supuestos. Vid. PATANE, *L'insussistenza del fatto su cui si basano i motivi di particolare valore morale e sociale e l'art. 59 C. P.* Giustizia Penale, 1960, II, col. 74 y ss.; CARACCIOLI, I., *Motivi di particolare valore morale o sociale erroneamente supposti*. Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale, 1960, págs. 1202-1203; PANNAIN, op. cit., págs. 566-567.

(133) Estamos hablando de concepciones sociales claramente mayoritarias, con lo que el uso de tales criterios no es una labor excesivamente ardua; con todo, no se puede excluir la posibilidad de errores, vencibles o invencibles.

(134) FERRER SAMA, *Voz Error (Derecho Penal)*. Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, tomo VIII, Barcelona, Editorial F. Seix, S. A., 1956, pág. 676, afirma lo siguiente de la atenuante 7.º: «Valorándose en este apartado, introducido por la reforma de 1944, la índole del móvil que impulsó al sujeto a realizar el acto, debe estimarse la situación, en aquellos casos en que el estado de hecho haya sido apreciado erróneamente por el sujeto, a favor del mismo, pues lo determinante es su creencia y no la objetividad de las circunstancias.» Tal como se expresa no queda claro si sólo se refiere a un error sobre los hechos que sirven de base a los móviles, o también al error sobre la calificación de los motivos; me inclino por la última posibilidad. En todo caso téngase en cuenta que al estudiar una causa de inculpabilidad como el miedo insuperable da relevancia al error relativo a si el mal amenazado es igual

En segundo lugar, los planteamientos doctrinales que admiten el error sobre las circunstancias, a nivel general. Evidentemente sobrepasa los límites de este trabajo un análisis pormenorizado de la doctrina relativa a si se ha de apreciar el error en las circunstancias. De todos modos quiero dejar constancia de que autores tan destacados como Antón Oneca (135), Jiménez Asúa (136), Ferrer Sama (137), y Quintano (138) admiten la relevancia del error en las atenuantes, si bien con algunas limitaciones referidas en especial a los números 2, 3 y 4 del artículo 9.º. En contra, sin embargo, Córdoba Roda (139). A falta de un estudio más profundo y actualizado sobre este problema en el Código penal español (140), estas tomas de posturas generales nos

o mayor. *Comentarios...*, op. cit., pág. 234; sin embargo, en esta misma obra al estudiar la atenuante 7.ª alude a este problema en línea con el resto de la doctrina, ya visto. *Ibidem*, págs. 311-313. Vid., además sus planteamientos generales sobre el error en las circunstancias. *Infra*, nota 137.

(135) ANTÓN ONECA, op. cit., pág. 213, afirma que «en cuanto a las atenuantes supuestas, deben beneficiar al reo, pues sería un contrasentido que, acogiendo las eximentes putativas, no diésemos igual trato a las atenuantes. Se exceptuarán las de semiimputabilidad, como la menor de edad de dieciocho años o la embriaguez, por las mismas razones que dimos a propósito de las causas de inimputabilidad».

(136) JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VI, 6.ª edición, páginas 602 y 605, que, aparte de suscribir la opinión de Antón Oneca, añade que «a nuestro entender, si el autor ha de ser juzgado, cuando desconoce la verdadera situación de hecho, no conforme a la situación real, por él no conocida, sino según la situación cuya existencia supuso, parece obvio que, cuando el agente obre en la creencia de que concurren los presupuestos de una causa de atenuación, no será penado, sino conforme a la benignidad que la ley le concede en este caso supuesto».

(137) FERRER SAMA, *Voz «Error (Derecho Penal)»*, op. cit., pág. 663, en donde admite la relevancia del error en las atenuantes no pertenecientes a la imputabilidad.

(138) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, op. cit., pág. 313.

(139) CÓRDOBA RODA, traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de Mauch. Tomo I, op. cit., págs. 338-342, nota 47, el cual admite la relevancia del error para las agravantes (op. cit., nota 46, pág. 337), pero no para las atenuantes.

(140) Especialmente discutible me parece el interés excesivo mostrado, tanto por la doctrina a favor de la apreciación del error en las circunstancias como por la que está en contra, en basar su postura en función de la colocación de las circunstancias en uno u otro de los párrafos del art. 60.

Es digna de destacar igualmente la *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal*, publicada por el Ministerio de Justicia en la colección Cuadernos Informativos, núm. 11, del Gabinete de Estudios, en cuya Base II, núm. 4, pág. 6, se dice que «el error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad, producirá la consecuencia de la apreciación de éstas en la forma que resulte más favorable y se regulará donde se enumeren las circunstancias del delito».

Partiendo de una situación actual muy distinta a la española, como hemos visto (nota 132), el Proyecto Gonella italiano pretende modificar la regulación del Código italiano en el artículo 59 cpv, 1.º, en el sentido de que «salvo que la ley disponga otra cosa las circunstancias atenuantes y las causas de exclusión de la pena se valoran a favor del agente, ya sea que éste las ignore o por error las considere inexistentes, ya sea que por error suponga la existencia de ellas». BETTIOL, op. cit., pág. 515.

confirman más en nuestra opinión de admitir la relevancia del error en la atenuante 7.^a (141).

En cuanto a la situación de la doctrina alemana, se pueden hacer las siguientes breves consideraciones:

En la regulación anterior a la nueva Parte General del Código se aludía en el artículo 59 al desconocimiento de las circunstancias que formaban tipos agravados considerándose tal desconocimiento relevante. No se decía nada respecto a las que creaban tipos atenuados. Sin embargo, MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, I. Traducción de CÓRDOBA, op. cit., págs. 337-341, estima que para apreciar los caracteres del tipo atenuantes de la pena basta con que «se hallen en la esfera de representación del autor, no sin embargo el que existan en el plano objetivo...», incluso alude a los casos en que se trata de atenuaciones basadas en motivos. También MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, II. Traducción de Rodríguez Muñoz. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1957, págs. 139-144, acepta el dar relevancia al error del sujeto sobre la situación de hecho que determina la presencia de un tipo privilegiado o atenuado, por aplicación analógica del artículo 59, si bien no incluyendo en tal afirmación a los elementos normativos que pueda haber en las diversas atenuaciones; sin embargo, dado que luego, al considerar todos los elementos típicos normativos, en general, exige el conocimiento de la significación del elemento normativo en la esfera del profano, cabe pensar que también acepta la relevancia del error sobre elementos normativos incluidos en las atenuaciones (op. cit., págs. 148-150).

Incluido el artículo 16, párrafo 2, en la nueva Parte General en el que se alude a que la suposición errónea de circunstancias que dan lugar a un tipo atenuado, es relevante, Maurach se reafirma en su postura (vid. MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.^a edición, Karlsruhe, Verlag. C. F., Mueller, 1971, págs. 277-278, y lo mismo en MAURACH-ZIPF, op. cit., 5.^a Edición, 1977, págs. 343-344); BLEI parece limitar la relevancia del error a las circunstancias de hecho de la atenuación, y no a la valoración de tales hechos (BLEI, H., *Strafrecht I. Allgemeiner Teil*. 17 edición, München. Verlag. C. H. Beck, 1977, págs. 118-119); y aceptan la relevancia del error en la suposición errónea de la existencia de caracteres atenuatorios del tipo, sin restricciones, en base al artículo 16, pág. 2, STRATENWERTH, op. cit., pág. 98; BAUMANN, op. cit., págs. 427-428; JESCHECK, op. cit., pág. 249, y CRAMER (Schönke-Schröder), *Strafgesetzbuch. Koommentar*, 19 Edición, München, Verlag C. H. Beck, 1978, pág. 268, entre otros.

Ahora bien, el problema reside en que esta atenuante 7.^a se incluye sistemáticamente en la reprochabilidad y el artículo 16, párrafo 2, alemán, aun habiendo posturas, como la de CRAMER, op. cit., pág. 268, que estima que el precepto se refiere tanto a caracteres de lo injusto como de la culpabilidad «objetivizados», alude a elementos del tipo, y no de la culpabilidad.

Conviene aludir, por tanto ahora, de pasada, tanto a los autores que han insistido en reconocer relevancia al error sobre las causas de inculpabilidad (BAUMANN, op. cit., pág. 430; STRATENWERTH, op. cit., pág. 185; en contra, MAURACH-ZIPF, op. cit., pág. 339, y BLEI, op. cit., pág. 116, si bien pensando primordialmente en la imputabilidad), como a aquellos que han afirmado rotundamente la relevancia del error en circunstancias atenuatorias pertenecientes a la culpabilidad, en especial en lo relativo a la cuestión de la suposición errónea de la existencia de elementos atenuatorios (STRATENWERTH, op. cit., pág. 99; JESCHECK, op. cit., pág. 383; CRAMER, op. cit., página 288).

(141) Respecto a si es relevante tanto el error invencible como el venible, se trata también de un problema a tratar dogmáticamente a nivel general, y no en relación a una atenuante concreta. FERRER SAMA, *Voz Error (Derecho Penal)*, op. cit., pág. 663, exige en las atenuantes error invencible para darle relevancia; en las agravantes parece insinuar la rele-

X. EL TERMINO «DE NOTORIA IMPORTANCIA»

He de decir en primer lugar que ahora analizamos la «notoria importancia», operación lógica que es posterior a la de fijar los criterios por los cuales se ha de valorar la moralidad, altruismo o patriotismo de los motivos. Sin embargo, algunos autores se expresan de tal modo que pueden inducir a la confusión entre el juicio sobre la notoria importancia y el juicio sobre el criterio a tomar para valorar la moralidad, altruismo o patriotismo de los motivos (142).

Si ahora nos centramos en aquello que debe abarcar el término «notoria importancia», observamos cómo la doctrina, cuando estudia tal concepto, estima que tal exigencia alude a la moralidad, altruismo o patriotismo de los motivos (143), pero excluye de los efectos de tal inciso al concepto de «motivo». Tal restricción me parece injustificada pues nada indica en el texto de la atenuante que se haya de realizar.

En tal sentido, discrepo de tales autores y considero que «de notoria importancia» alude igualmente al concepto de «motivo». La necesidad de referir la «notoria importancia» al móvil se muestra con toda claridad cuando se es consciente de que en cada acción concurren siempre varios móviles (144). Aceptado tal hecho, ya vimos que cabían dos posturas (145): en mi opinión, y aun reconociendo los graves defectos que ambas posturas presentan, como he señalado (146), pienso que lo mínimo que se puede pedir es que aquel motivo de entre ellos que haya sido va-

vancia, asimismo, del error vencible al hablar de que resultaría absurda su apreciación en forma culposa (pág. 674).

(142) En tal sentido, CUELLO CALÓN, *op. cit.*, II, pág. 566, que afirma que «esta circunstancia sólo se refiere a hechos de alta trascendencia que afectan a la vida social y no a hechos determinados por la defensa de intereses personales del agente»; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 612, «la notoria importancia de los motivos, exigida por el legislador, excluye todos aquellos que no traigan su origen de hechos de alta trascendencia. Pero no comparto la tesis de quienes piensan que han de ser únicamente motivos de índole social, excluyendo asimismo los de índole personal. Precisamente una interpretación que daría contenido propio...». Prueba de la confusión a que tal redacción se presta es aquella en la que incurre Huerta Tocildo al criticar la postura de Rodríguez Devesa, no dándose cuenta de que Rodríguez Devesa en la segunda frase alude a un problema distinto del aludido en la primera. HUERTA TOCILDO, *op. cit.*, págs. 77-78.

(143) Vid. CÓRDOBA RODA, *op. cit.*, págs. 496-497, aunque parezca que «notoria importancia» lo refiere a «motivo» una lectura detenida muestra que la remite a los calificativos de los motivos; LUZÓN DOMINGO, *op. cit.*, página 327, también parece aludir a la fuerza del móvil derivada de su caracterización valorativa, al margen de las circunstancias concretas subjetivas; FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 312, tiene una postura clara en el sentido expuesto.

(144) Vid. *supra*, págs. 99-101.

(145) Vid. *supra*, pág. 101 y notas 35-36.

(146) Vid. *supra*, pág. 101.

lorado como moral, altruista o patriótico sea el predominante, habiendo sido el impulsor más caracterizado de la acción. Si se refiere la «notoria importancia» al concepto de «motivo», como parece lo lógico, encontramos una clara justificación legal para exigir la preeminencia del móvil moral, altruista y patriótico entre los demás móviles concurrentes en la acción: Será necesario que tal móvil haya sido el decisivo, el que haya desempeñado un papel de *notoria importancia* en el proceso de motivación que ha conducido a la realización de la acción delictiva (147).

En relación con los problemas derivados de la concurrencia de varios motivos hay que reseñar la aceptación por parte de la doctrina de tal pluralidad (148), pudiendo encontrarse entre ellos el móvil de la complacencia propia, cuya concurrencia no obsta, en opinión de la doctrina, a la apreciación de la atenuante (149); sin embargo, respecto al tema de la complacencia propia, el Tribunal Supremo posee una jurisprudencia que bien sea en base al *lucro*, bien sea en base a un *interés propio*, estima que dándose uno de estos dos móviles al lado del exigido por la atenuante, ésta no se puede apreciar (150). Estimo que tal jurisprudencia es, atendiendo a sus formulaciones generales, errónea, pues aceptado el hecho de que en cada acción concurren muy diversos móviles, y que para apreciar la atenuante ha de ser, el móvil calificado como moral, altruista o patriótico, determinante, eso no empece a la subsistencia de otros móviles como la complacencia propia, el interés propio, o el lucro, que pueden coexistir con el anterior, no siendo determinantes (151).

(147) Como dice la Sentencia 20-10-50 R. 1428, los móviles de la atenuante 7.^a han de ser «de acusado relieve, de manifiesta y notoria importancia para inclinar y mover la conducta del agente».

(148) Vid. CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 497 y respecto al altruismo, página 493, aunque en relación a si se ha de exigir que el móvil de la atenuante ha de ser el predominante entre los varios que concurren, no da una postura clara; HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 73, aludiendo al altruismo, en donde parece optar por la exigencia de que el móvil altruista ha de ser el predominante («finalidad primaria»); véase además a nivel de planteamientos generales la bibliografía suministrada en nota 34.

(149) Vid. CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 493, y HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 73, aparte de lo ya aludido supra, págs. 110-111.

(150) En relación al móvil de lucro, Sentencias de 9-11-57 R. 2960, 2-12-59 R. 4255, 25-11-64 R. 5238, 9-6-67 R. 3145, 23-9-69 R. 4147. Referidas al interés propio, Sentencias de 31-5-46 R. 676, 14-10-49 R. 1191, 5-6-56 R. 2054, 19-10-67 R. 4637, 5-12-69 R. 5828, 27-1-65 R. 208.

(151) Lo que no me convence es la argumentación dada por CÓRDOBA y HUERTA al criticar la no apreciación de la atenuante cuando se da el ánimo de lucro, por la jurisprudencia. Dice CÓRDOBA: «Se ha estimado que dicha circunstancia (la 7.^a) no puede ser apreciada en los delitos inspirados en el ánimo de lucro. A nuestro juicio, tal incompatibilidad resulta infundada, pues la comisión de un hurto, v. gr., puede responder al fin éticamente plausible de atender a unas inaplazables necesidades económicas de los parientes próximos» (op. cit., pág. 500), argumento que hace suyo HUERTA, añadiendo ésta: «Pero es que además si tenemos en cuenta que el ánimo de lucro se caracteriza por la intención de adquirir antijurídica y gratuita»

El otro elemento para mí esencial en el análisis de la notoria importancia, es la exigencia de una *cierta proporcionalidad* entre la finalidad propuesta y el medio empleado para realizarla. Esto es, el móvil objeto de apreciación por la atenuante debe de ser lo suficientemente valioso, en relación con el bien jurídico protegido en el delito que se ha utilizado como medio para realizar el fin del móvil, como para que se dé, en palabras del Tribunal Supremo en una fórmula un tanto exagerada, «un contenido de clara equivalencia en relación compensatoria entre ambas situaciones» (152).

Este requisito, exigido por la jurisprudencia desde casi el inicio de la atenuante, en ocasiones claramente dentro del contenido del juicio de notoria importancia (153), y en otros casos sin aludir, al utilizarlo, a la notoria importancia (154), ha sido con posterioridad aceptado por gran parte de la doctrina (155), dándose sólo una postura doctrinal claramente contraria a la apreciación de este requisito en España, la de Bernal Ferrero (156). Este autor está influido por la doctrina italiana, en donde la cuestión se plantea de modo diametralmente opuesto, ya que autores como Manzini, Malinverni, Pannain (157) opinan que la atenuante ha de apreciarse con independencia de la mayor o menor gravedad del

mente la cosa con independencia del destino ulterior, su estimación no prejuzga la generosidad de los fines que con su acción se propone el sujeto, por lo que la atenuante 7.^a es perfectamente aplicable a los delitos contra la propiedad» (op. cit., pág. 84). El error, en mi opinión, consiste en que el ánimo de lucro que el Tribunal Supremo considera incompatible con la apreciación de la atenuante no es aquel que, como elemento subjetivo de lo injusto, se exige en algunos delitos (en especial en delitos contra la propiedad, como es sabido), y que como tal elemento subjetivo de lo injusto forma parte del tipo delictivo realizado, y que por tanto queda *al margen* de los móviles que han de ser sometidos a consideración para apreciar la atenuante en los supuestos en que se haya cometido uno de estos delitos; en realidad el ánimo de lucro al que alude el Tribunal Supremo es un móvil más de los varios que concurren en el proceso de motivación previo a la acción delictiva, y que *no* se exigen para la formación del tipo (si se exigiera, dejaría automáticamente de ser tenido en cuenta para la apreciación de la atenuante). Una prueba de lo que digo reside en que en ninguna de las 11 Sentencias en que el Tribunal Supremo ha estimado incompatible el ánimo de lucro, o el interés propio, con la atenuante, se ha tratado de un delito de los que exigen el ánimo de lucro como elemento subjetivo de lo injusto.

(152) Sentencia 20-11-76 R. 4864, entre otras.

(153) Sentencias 15-10-48 R. 1198, 21-10-48 R. 1330, 19-10-67 R. 4637, 2-12-75 R. 4632, 20-11-76 R. 4864.

(154) Sentencias 13-6-55 R. 1820, 9-6-67 R. 3145, 6-11-72 R. 4768, 7-3-74 R. 1225.

(155) CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 497; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, op. cit., pág. 183; LUZÓN DOMINGO, op., cit., págs. 327-328; HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 78.

(156) BERNAL FERRERO, op. cit., pág. 78, dice que el juez «ha de examinar el caso en su concreta realidad, desprendiéndose de todo prejuicio, pues también los delitos que aparecen social y moralmente más atroces y repugnantes, pueden ser determinados en el caso concreto, por motivos de valor moral».

(157) MANZINI, op. cit., volumen II, pág. 225; MALINVERNI, *Circostanze del reato*, op. cit., pág. 87; PANNAIN, op. cit., pág. 562.

delito cometido. Aun haciendo la salvedad de que la doctrina española no alude, como hace la jurisprudencia, en mi opinión incorrectamente, a «contenido de clara equivalencia», sino que se queda en una más modesta exigencia de «cierta proporcionalidad» (158), no se puede negar el valor que posee a la tesis italiana. En mi opinión, el argumento que subyace tras ella es el de que si al Derecho penal le incumbe la tarea de protección de los bienes vitales fundamentales del individuo y la comunidad (159), una apreciación, meramente objetiva (añado yo), del criterio de la proporcionalidad termina por llevar a una inoperatividad de la atenuante, ya que con dificultad se darán casos en los que el bien jurídico protegido en el delito que se comete no merezca con toda evidencia una consideración mucho más elevada que el móvil que impulsó a realizar la acción, no resistiendo la comparación (con un mismo punto de referencia para ambos términos de ella, los criterios sociales), la formulación de un juicio de proporcionalidad en la gran mayoría de los casos (en todo caso, tal atenuante quedará por esta razón excluida de aplicación: en delitos cuyo bien jurídico protegido sea, por ejemplo, la vida) (160).

Esta es una de las razones, además del intento, perceptible a lo largo de todo este trabajo, de dar una estructura de la atenuante fuertemente vinculada a las condiciones personales del sujeto (si bien no llegando a incluir casos de autor por convicción que considero quedan al margen de esta atenuante), que me llevan a

(158) Vid. CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 497; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, op. cit., pág. 183.

(159) Vid. CEREZO MIR, op. cit., pág. 11.

(160) Todo ello supuesto que nos encontramos en una situación jurídica tal que los bienes jurídicos protegidos por los delitos en ese momento se corresponden en gran medida con los bienes vitales fundamentales según las concepciones sociales dominantes. Es evidente que si tal situación no se produce, la atenuante desempeñará el papel de correctora parcial de las discordancias que se produzcan entre las concepciones sociales efectivamente vigentes y los textos legales en vigor: Esta función de la atenuante ha sido insistentemente recalcada por HUERTA TOCILDO (op. cit., págs. 71-72, 78, 80, 83, 85), y estoy en líneas generales de acuerdo con ella. Sin embargo, no se puede limitar la función de la atenuante a un papel de elemento corrector en sociedades poco democráticas (pues falta de flexibilidad en el ejercicio de la democracia supone al fin y al cabo la tardanza en plasmarse en textos legales las opiniones de la mayoría), con ser ésta una función importante. Por encima de tal planteamiento, y abarcándolo dentro de sí, la atenuante supone la constatación de un conflicto psíquico entre dos valores sociales; el que uno de ellos, el protegido por el tipo delictivo, esté desvalorado claramente o ya no sea tal valor social en el momento de producirse el conflicto psíquico, es un argumento más a favor de la apreciación de la atenuante supuesto que tal tipo delictivo se ha de aplicar a pesar de no tener base social; pero la atenuante no contempla sólo tales casos, abarca igualmente aquellos otros en que se produce un conflicto psíquico en el sujeto al encontrarse con dos valores sociales con plena vigencia social ambos, tanto el que expresa el móvil como el que expresa la existencia del tipo delictivo.

discrepar del modo cómo se viene entendiendo el requisito de la proporcionalidad (161).

En mi opinión, hay que apartarse de una interpretación objetiva del criterio de la proporcionalidad. El juez ha de realizar el juicio de proporcionalidad en función, no de una comparación entre ambos contenidos valorativos según como él cree que los entienden las concepciones sociales dominantes, que llevaría casi siempre a los resultados antedichos, sino en función del dilema que se le ha planteado al sujeto, y cómo ha resuelto tal dilema el sujeto. Es decir, examinará el juez si el sujeto considera que el móvil moral, altruista o patriótico tiene el suficiente valor como para guardar proporción con la acción delictiva realizada y el consiguiente bien jurídico con ella atacado. Si el sujeto, *utilizando los criterios sociales* (162) considera que hay cierta proporción, se apreciará la atenuante. De lo contrario, si el sujeto realiza la acción delictiva siendo consciente de que no se da tal proporcionalidad, no. El juez, por tanto, se pronuncia sobre la proporcionalidad a partir del análisis de la situación personal del sujeto, y de los resultados a que éste ha llegado a través de su manejo de los criterios sociales.

Al margen de los dos elementos hasta ahora vistos, que estimó han de formar parte del juicio sobre la notoria importancia, hay otros requisitos que se han venido exigiendo dentro de tal término, y que, a mi entender, son superfluos.

Entre ellos destaca la frecuente alusión por parte de la doctrina (163), y ocasionalmente por la jurisprudencia (164), a la relevante significación que los motivos, en lo relativo a su moralidad, altruismo o patriotismo han de poseer. Tal exigencia de relevancia, de trascendencia, asignada al término «notoria importancia» y referida a la calificación de los motivos me parece, como digo, innecesaria.

(161) Este requisito de la proporcionalidad se ve seriamente afectado en todo caso, por la crítica que acabo de hacer (al menos en mi opinión); por lo que en realidad, reducidos los casos en los que se da proporcionalidad a aquellos en los que el bien jurídico protegido en la acción delictiva realizada ha perdido todo o gran parte de su arraigo en las concepciones sociales vigentes sobre lo que sean bienes vitales fundamentales necesitados de protección jurídico-penal, y a aquellos pocos en que el móvil puede resistir la comparación con el bien jurídico protegido basándose en pautas valorativas sociales, lo verdaderamente procedente sería prescindir de tal requisito de proporcionalidad, a semejanza de la doctrina italiana. Sin embargo, antes de llegar a tal solución, lo que ahora expongo supone un último esfuerzo para dotarle de mayor contenido a este requisito, fundamentado sustancialmente en dar cabida en él a los casos de error en el uso de los criterios sociales respecto a la proporcionalidad.

(162) Que puede manejar, como hemos dicho, de modo equivocado, por error. Vid. además, *infra*, págs. 128-129.

(163) Vid. CÓRDOBA RODA, *op. cit.*, pág. 497; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, página 612; FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 312; CUELLO CALÓN, *op. cit.*, pág. 566; HUERTA TÓCILDO, *op. cit.*, pág. 78; LUZÓN DOMINGO, *op. cit.*, pág. 327.

(164) Sentencias de 20-11-76 R. 4864, 10-12-76 R. 5294.

En primer lugar, porque la misma conceptualización de un móvil como moral, altruista o patriótico ya exige el requisito de la plausibilidad, elemento que trata de restringir el ámbito de aplicación de la atenuante a móviles no sólo no opuestos a las concepciones sociales dominantes, sino además plausibles, valiosos desde tal punto de vista (165).

En segundo lugar, porque la repercusión que el término «notoria importancia» supone, no ya para el concepto de «motivo», sino para el de «moral, altruista o patriótico», viene dada a través de la exigencia de proporcionalidad, ya vista. En tal sentido, esa relevancia o importancia a que aluden la doctrina y la jurisprudencia se ha de entender (166) en el sentido de que el contenido valorativo que adjetiva a tales móviles ha de poder soportar en cierta medida la comparación con el bien jurídico protegido por el delito cometido. Considero que ésta ha de ser la única repercusión de la notoria importancia en la moralidad, altruismo o patriotismo de los móviles (167).

Constituido el requisito de la «notoria importancia» por los dos elementos aludidos, el de predominio del móvil moral, altruista o patriótico frente a los demás móviles concurrentes en la acción, y el de proporcionalidad entre el carácter valioso del móvil objeto de apreciación en la atenuante, y el bien jurídico protegido en el delito cometido con ese móvil. está claro que, configurado el requisito de la proporcionalidad como lo he hecho, considero relevante el error del sujeto, tanto en cuanto a la existencia de proporcionalidad entre un auténtico motivo moral, altruista o patriótico, y el bien jurídico protegido, como en lo relativo a la existencia de proporcionalidad entre un motivo erróneamente calificado como moral, altruista o patriótico, y el bien jurídico protegido. Si el sujeto, pese a saber que no se da la proporcionalidad, delinque ese es otro problema: No se apreciará la atenuante por no darse un requisito de ella.

En relación al error del sujeto relativo a si el móvil moral, altruista o patriótico ha sido el determinante en la motivación que

(165) Vid CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 493, en relación al motivo moral, e indirectamente, dada su postura de equiparación entre los tres términos, a los otros dos.

(166) Aparte de lo dicho en el párrafo inmediatamente anterior.

(167) Aún se citan otros elementos como exigidos dentro de la notoria importancia, así, «la utilidad social» conseguida, a que remite QUINTANO, *Comentarios...*, op. cit., pág. 183; o el «beneficio humano indudable» a que aluden las sentencias de 19-10-67 R. 4637, y 20-11-76 R. 4864, elementos que están muy vinculados al criterio de la proporcionalidad, entendida objetivamente, y, que por tanto, debido a mi propuesta de interpretación del requisito de proporcionalidad, no los estimo dignos de consideración.

La doctrina italiana alude también a que no se ha de apreciar la atenuante a quien actúa a consecuencia de un situación ilícita, a la cual el mismo sujeto había dado causa, pero sí cuando el motivo era extraño a la situación ilícita, vid. SANTORO *Manuale...*, op. cit., pág. 496, y MAGGIORE, op. cit., pág. 513.

precedió a la acción, hemos de precisar ante todo que las motivaciones inconscientes han de quedar fuera de la consideración de esta atenuante. Para llegar a tal conclusión me remito a lo ya dicho al hablar del concepto de motivo (168), y en especial al hecho de que el motivo, como elemento psíquico susceptible de consideración aislada, y con contornos delimitables, si ya en el campo de la consciencia presenta graves problemas de configuración, al incluirse en el ámbito de lo inconsciente deja de existir como tal propiamente, pasando a formar parte de un complejo de fenómenos psíquicos que han de considerarse de un modo conjunto y no aislado, y que en último término no es otra cosa que el carácter y la personalidad. Pues bien, el sujeto se encontrará en un determinado momento del proceso de formación de su voluntad, en el plano de la consciencia, con un determinado cuadro de motivos ante sí, cada uno de los cuales poseerá una determinada intensidad (169). Para satisfacer las exigencias de la atenuante es preciso que el móvil moral, altruista o patriótico sea el predominante de entre todos ellos. En tal sentido, ¿puede darse relevancia el error del sujeto sobre tal extremo? Estimo que no. El sujeto, a diferencia de los otros supuestos en los que hemos admitido el error (error sobre los hechos que sirven de base a los móviles, error sobre el uso de los criterios sociales respecto a lo que sea moral, altruista o patriótico, error sobre el uso de los criterios sociales relativos a la proporcionalidad entre el móvil valioso y el bien jurídico protegido) no ha de acudir al uso de pautas externas a él mismo (como ocurría cuando tenía que atender a hechos externos o a criterios sociales), para determinar el interrogante en cuestión. Tampoco se exige que acuda a una valoración de elementos psíquicos no identificables a través de una introspección normal, como podría ser el caso de los contenidos inconscientes, pues éstos quedan al margen de la atenuante de un modo directo, incidiendo en ella sólo indirectamente a través de la especial intensidad con que pueden dotar a ciertos motivos conscientes (170).

Si a ello añadimos el hecho de que el fundamento del juicio de menor reprochabilidad de la atenuante radica en el conflicto psíquico producido por la contraposición de dos impulsos valiosos (el que lleva a la realización del móvil moral, altruista o patriótico, y el que mueve al respeto al bien jurídico protegido en

(168) Vid. supra, págs. 98-101.

(169) Indudablemente, más de uno de esos diversos motivos conscientes que se someten a la consideración del sujeto poseerán probablemente una carga psíquica desproporcionada, en relación con el contenido consciente representativo que poseen, lo cual indicará que bajo tales contenidos conscientes se cobijan probablemente contenidos inconscientes.

(170) Así, si ciertos contenidos inconscientes cobijados en un motivo consciente dan a éste una intensidad tal que pasa a ser el predominante, lo que se exige es que el sujeto sepa identificar a tal motivo consciente como el predominante, pero no que sepa cuáles sean los contenidos inconscientes situados tras él, y que lo elevan a tal categoría.

el delito en cuestión), lo que a su vez implica un proceso de deliberación previo en el que se ponderan todos los impulsos consientes concurrentes y las diversas alternativas de realización de ellos, el que el sujeto, pese a no tener que acudir a ninguna instancia, ni ajena a él, ni propia pero inconsciente, incurra en un error sobre cuál sea el móvil predominante implica en gran medida una ausencia del proceso de deliberación, que constituye el núcleo en el que se basa el ulterior juicio de menor reprochabilidad.

XI. INCOMPATIBILIDADES

Pannain y Córdoba estiman que la atenuante 7.^a resultará incompatible con la exigente incompleta de enajenación, «en la medida en la que la perturbación psíquica peculiar de ésta última transtorne el proceso de motivación del agente», en palabras de este último (171).

La sentencia 21-II-47 (R. 277), estimando que incidían sobre los mismos hechos, apreciada la exigente incompleta basada en el artículo 8, núm. 11, consideró incompatible con ella a la atenuante séptima.

Sin duda influidas por la regulación de esta atenuante en el Código de 1928 (172), las sentencias 28-III-47 (R. 518), 14-X-49 (R. 1191) y 30-X-64 (R. 4570) afirman la incompatibilidad de esta atenuante con la de arrebató u obcecación e incluso con las de provocación y vindicación de ofensa. Sin embargo, la doctrina ha venido insistiendo en que son compatibles (173). Por otro lado, se ha afirmado indirectamente su compatibilidad al insistirse en que la atenuante 7.^a no exige un estado emocional (174). Por mi parte, creo muy acertadas las precisiones hechas por Córdoba tanto respecto a la exigente incompleta de enajenación como en relación a las atenuantes pasionales, habiéndose de analizar los supuestos uno a uno (175). Ha sido una postura generalmente admitida, tanto en España como en Italia, la que expresa la compa-

(171) Vid. PANNAIN, op. cit., págs 565 y 385; CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 499.

(172) Vid. supra pág. 94.

(173) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, op. cit., pág. 424; HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 85. Esta última recoge la interesante salvedad realizada por CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 500, relativa a la incompatibilidad en los casos en que «para apreciar la atenuante 8.^a se exija un propio trastorno de las facultades psíquicas que pueda alterar el proceso de motivación del agente».

(174) Así, sentencias de 28-I-70 R. 781 y 9-2-73 R. 656, y CÓRDOBA RODA, op. cit., págs 497-498; ANTÓN ONECA, op. cit., pág. 341; PUIG PEÑA, op. cit., pág. 318. QUINTANO RIPOLLÉS, *La motivación...*, op. cit., pág. 413; FERRER SAMA, op. cit., página 311; CUELLO CALÓN, op. cit., volumen II, pág. 565. Si bien en estos casos se afirma que la atenuante 7.^a no exige estado emocional, pero no se dice nada en relación a si tal atenuante se puede apreciar con un estado de arrebató u obcecación concurrente.

(175) Vid. supra y nota 173.

tibilidad entre la atenuante de motivos morales, y la premeditación (176).

Respecto a la afirmación de Huerta de que la atenuante 7.^a es incompatible con toda agravante que implique una mayor perversidad en el sujeto activo en base al criterio de la proporcionalidad (177), la estimo discutible. Ante todo, la referencia a la perversidad del sujeto es, en mi opinión, confusa; prueba de ello es que las dos circunstancias con las que ejemplifica no son, a mi entender, idénticas, pues la primera (alevosía) supone una agravación de lo injusto, y la segunda (el ensañamiento) una agravación de la culpabilidad. Por otro lado, el que aparezcan circunstancias, puestas en acción por el sujeto, que agraven lo injusto o la culpabilidad en relación con la acción delictiva, no obsta a que, en principio, puedan coexistir tales circunstancias con la motivación moral. No hay que olvidar que ésta, aun conectada necesariamente a la acción delictiva, alude a unos impulsos y un fin valiosos que trascienden a las circunstancias que rodean a la comisión de la acción delictiva, medio, esta acción, para un fin valioso. Habrá que ver caso por caso, averiguando si las estructuras de alguna de las agravantes y la de la atenuante de motivos morales se superponen en cuanto a su contenido, o bien añade la agravante elementos tales que desequilibran el juicio de proporcionalidad, aun realizado por el sujeto.

Es también criterio general el de que la atenuante no se aprecia en los tipos que han sido ya privilegiados en función de un móvil valioso (178), siendo frecuente aludir a los artículos 410 y 414, así como al 318. Respecto a este último hay una amplia jurisprudencia que niega sistemáticamente la apreciación conjunta del 318 y de la atenuante 7.^a, con la excepción de la sentencia 2-VI-55 (R. 1786) (179).

XII. APLICACION DE LA ATENUANTE EN LOS DIVERSOS TIPOS DELICTIVOS

Es propósito de este apartado el estudiar la aplicación real de la atenuante y más en concreto, ofrecer una panorámica de cuáles sean los tipos delictivos en los que se viene apreciando con frecuencia (180).

(176) Vid. CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 500; FERRER SAMA, op. cit., págs. 380-381; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, op. cit., pág. 183; HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 84, con la bibliografía sobre este tema citada por esta última autora.

(177) HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 84.

(178) Vid. CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 500; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, op. cit., pág. 425; HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 82.

(179) Vid. infra, pág. 132 y nota 187.

(180) Con todo, es un análisis jurisprudencial en el que me limito a clasificar los tipos delictivos en relación con los cuales se ha exigido su aplicación, pero no desciendo al estudio de las motivaciones concretas de cada caso de las que se puede predicar o no su carácter valioso.

En primer lugar, diremos que desde 1944, año en que apareció la atenuante, hasta 1977, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sesenta veces sobre la procedencia o no de esta atenuante, y su analógica. De todas ellas, sólo en diecisiete ocasiones ha apreciado la atenuante frente a cuarenta y tres en que no lo ha hecho.

De estos diecisiete casos en que se apreció, destaca un grupo de sentencias que hacen referencia a una misma conducta, con pequeñas variantes, y que constituyen una clara mayoría, pues son once sobre el total de diecisiete. Son casos de falsedades documentales, en los que, por lo general, se pretende la inscripción de hijos como legítimos, cuando en realidad son naturales, o bien *ni siquiera propios* (181). A todo este grupo relativamente numeroso de sentencias se han de añadir cuatro más en las que el Tribunal Supremo, refiriéndose a una conducta similar a las anteriores, no ha apreciado la atenuante 7.^a por considerarla incompatible con la atenuación del artículo 318, que sí aprecia (182).

Sólo quedan ya, como casos en que se ha apreciado la atenuante, seis sentencias, de malversación de caudales públicos (S. 17-IV-64, R. 2002), estafa (4-XII-65, R. 5507), apropiación indebida (28-V-74, R. 2438), injurias (28-I-70, R. 781), incendio (25-XI-55, R. 3030), y aborto (23-III-53, R. 490). Como se ve, tipos delictivos muy dispares (183). Frente a este reducido, y muy localizado, grupo de sentencias en que se apreció la atenuante, el número de sentencias en que el Tribunal Supremo se pronunció por su no apreciación es mucho mayor, si bien también se concentran en determinados temas. Un bloque de sentencias en que no se ha apreciado reiteradamente lo constituyen los supuestos de aborto (incluso, en algún caso, infanticidio), en los que se ha denegado la apreciación de la atenuante cuando se ha pretendido su aplicación a los extraños partícipes que, como es sabido, según el Tribunal Supremo y buena parte de la doctrina, no se pueden incluir en los tipos atenuados. En este sentido, frente a trece sentencias en que se ha ne-

(181) Sentencias de 31-5-46 R. 676, 31-12-47 R. 72, 8-3-50 R. 632, 15-10-51 R. 2193, 9-7-53 R. 1870, 2-6-55 R. 1786, 5-6-56 R. 2054, 12-6-63 R. 2963, 17-4-64 R. 1995, 31-10-69 R. 5215, 6-12-76 R. 5267.

(182) Sentencias de 8-11-52 R. 2003, 4-10-57 R. 2636, 13-4-65 R. 1779, 24-1-74 R. 268. La Sentencia 2-6-55 R. 1786, ya citada, aprecia al mismo tiempo el artículo 318 y la atenuante 7.^a.

(183) Es interesante hacer notar igualmente la relativa frecuencia con que en los casos en que se ha apreciado la atenuante, ésta ha sido considerada como muy cualificada, nada menos que en 8 de 17. Tan alto número indica dos cosas, por un lado que tal atenuante se aprecia en supuestos de una gran evidencia, tan grande que lleva al Tribunal Supremo a considerarla a menudo como muy cualificada. Por otro lado, y dentro de los casos incluidos en falsedades documentales, la apreciación como muy cualificada aun asemeja más los resultados, en cuanto a rebaja de pena, entre la atenuante 7.^a y el artículo 318. Se aprecia como muy cualificada en Sentencias de 31-12-47 R. 72, 15-10-51 R. 2193, 9-7-53 R. 1870, 17-4-64 R. 1995, 6-12-76 R. 5267, 17-4-64 R. 2002, 28-5-74 R. 2438, 25-11-55 R. 3030.

gado la apreciación de la atenuante a personas no incluidas en el 410 ó 414, sólo hay uno en que se apreció, ya citada (184).

Otro grupo de sentencias en que se ha denegado la apreciación de la atenuante se relaciona con planteamientos políticos, en especial, con delitos de asociación ilícita y propaganda ilegal. Son siete (185).

Otro conjunto de sentencias está constituido por conductas que se han tipificado como delitos contra las personas. Son diez casos en que no se ha apreciado (186). Están excluidos de este grupo los casos de aborto, ya vistos.

Aún quedan seis sentencias en las que, siendo falsedades documentales, no se aprecia la atenuante por diversas razones (187).

Nos restan ya sólo tres sentencias en que no se ha aplicado la atenuante 7.^a: Una de injurias, otra de desobediencia grave y, finalmente, otra de robo (188).

(184) Sentencia de 23-3-53 R. 490, en la que no se apreció la atenuante 7.^a, sino la analógica. Frente a ella, las Sentencias de 30-1-48 R. 198, 5-2-55 R. 402, 13-6-55 R. 1820, 9-11-57 R. 2960, 14-2-64 R. 1075, 25-11-64 R. 5238, 7-2-66 R. 624, 19-10-67 R. 4637, 4-6-68 R. 2783, 5-12-69 R. 5828, 6-11-72 R. 4768, 7-3-74 R. 1225, 2-12-75 R. 4632. Es digno de destacar cómo, al observar el precedente de la Sentencia 23-3-53 en que se apreció la atenuante analógica, en las sentencias de fecha posterior se insiste con frecuencia por la defensa en la apreciación de, no ya la atenuante 7.^a, sino la analógica: 5-2-55, 9-11-57, 14-2-64, 7-2-66, 4-6-68, 2-12-75.

La postura doctrinal sobre este problema está íntimamente ligada a las diversas opiniones sostenidas sobre la comunicabilidad de las circunstancias que se encuentran en la Parte Especial formando tipos atenuados o agravados. Según la tesis sostenida sobre tal problema, la posible aplicación de la atenuante 7.^a recae sobre supuestos diversos. Así, por ejemplo, desde la tesis de la opinión dominante sobre la aplicación del artículo 60 a estos casos, abogan por la aplicación de la atenuante 7.^a a los partícipes extraños de un delito de aborto a los que no es aplicable el tipo atenuado, CÓRDOBA RONDA, op. cit., pág. 500, y HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 82. Asimismo, GIMBERNAT, en base a la otra tesis sostenida sobre el artículo 60 en estos casos, afirma la aplicación de la atenuante 7.^a a la madre partícipe en la muerte de su hijo recién nacido por un extraño, autor en sentido estricto, habiendo de ser castigada como asesina, con tal atenuante; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Penal*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1966, págs. 283-287. Es evidente que todo este problema requiere un estudio más detenido que el que ahora hacemos; baste señalar cómo la doctrina no parece tener escrúpulos para la aplicación de la atenuante 7.^a en estos casos, al contrario que la jurisprudencia.

(185) SS. de 23-2-63 R. 432, 26-3-63 R. 1474, 27-1-65 R. 208, 6-11-69 R. 5248, 6-11-72 R. 4769, 9-7-73 R. 3042, 27-10-73 R. 3985.

(186) SS. de 28-9-45 R. 1108, 18-12-45 R. 1398, 21-2-47 R. 277, 28-3-47 R. 518, 13-5-49 R. 666, 14-10-49 R. 1191, 20-10-50 R. 1428, 10-3-52 R. 405, 30-10-64 R. 4570 y 10-12-76 R. 5294. Las de 28-3-47 y 30-10-64 no aprecian la atenuante 7.^a por ser incompatible con la 8.^a, sin más razonamientos.

(187) SS. 6-6-58 R. 2011, 2-12-59 R. 4255, 9-6-67 R. 3145, 23-9-69 R. 4147. Y 15-10-48 R. 1198 y 21-10-48 R. 1330, en que entre otros razonamientos se alude también a su incompatibilidad con el artículo 318. Por otro lado, la de 9-6-67 en realidad es un delito de suposición de parto, pero por la gran similitud que muestra la conducta realizada con la mayoría de SS. citadas como falsedad documental, la incluyo aquí.

(188) SS. 5-2-58 R. 340, 9-2-73 R. 656, 20-11-76 R. 4864.

Las conclusiones a obtener de todo lo visto son claras: Los tipos de falsedades documentales constituyen el núcleo básico en donde se desenvuelve la atenuante en la práctica jurisprudencial. Así, las sentencias referidas a falsedades documentales suponen el 35 por 100 de todos los casos en que se ha sometido a consideración la apreciación de la atenuante, porcentaje que sube nada menos que al 64 por 100 si nos referimos a las veces en que la atenuante se ha apreciado.

Además, hay otros dos temas en los que la jurisprudencia insiste una y otra vez en que no puede apreciarse la atenuante, los supuestos de delitos contra las personas, con especial referencia a los casos de participación de extraños en aborto, que totalizan nada menos que 24 sentencias (habiéndose apreciado la atenuante en un solo caso) (189), y los tipos de asociaciones ilícitas y propagandas ilegales.

Entre estos tres grupos de sentencias, con independencia de si se aprecia o no la atenuante, se incluyen cincuenta y dos de los sesenta casos en que hasta ahora se ha sometido a discusión la apreciación de la atenuante, esto es, el 86 por 100.

Sin embargo, curiosamente, pese a que las falsedades documentales superan al 60 por 100 de casos en que se apreció la atenuante, su uso no era preciso en tales supuestos por existir el artículo 318, específicamente destinado a falsedades, que posibilita una atenuación equivalente a la obtenida a través de la atenuante genérica apreciada como muy calificada y bajando en un grado (190).

XIII. PROPUESTAS DE «LEGE DATA» Y «LEGE FERENDA»

Propuestas de «lege data»

1. En el análisis referido al motivo que ha de ser tomado en consideración para la apreciación de esta atenuante considero que se ha de acudir sólo a la motivación consciente. Dado que concurren varios motivos a un mismo nivel en la generalidad de los casos, el motivo objeto de apreciación por la atenuante ha de ser el móvil predominante. En cuanto a la problemática presentada por el retroceso continuo de un móvil a otro más profundo en el que el primero se apoya, y así sucesivamente, quizá la solución resida en descender hasta el nivel consciente más profundo pero sin caer en las motivaciones inconscientes.

2. Sólo incluyendo a la atenuante 7.^a en la reprochabilidad puede ser entendido correctamente su significado.

(189) Vid. lo dicho supra, pág. 126, al hablar de que el criterio de la proporcionalidad conduce a la exclusión de la aplicación de esta atenuante en los casos en que el bien jurídico protegido sea la vida.

(190) Vid., además, nota 183 respecto a la frecuente aplicación de la atenuante 7.^a como muy calificada.

3. En cuanto al calificativo de «moral» referido al motivo, se le ha de atribuir en base a pautas de referencia sociales, no personales, ni en base a planteamientos ideales. En concreto, en función de las concepciones sociales dominantes sobre lo que sea valioso desde el punto de vista de la ética social vigente, criterio éste que admite soluciones alternativas en supuestos aislados en base a los criterios de una sociedad tolerante. Son inadmisibles las referencias a los intereses del Estado.

4. El móvil «altruista» se ha de concretar en cada caso en base a criterios con referencia social, y más en concreto, en función de las concepciones sociales dominantes sobre lo que sea altruismo en un momento histórico determinado.

5. Lo mismo que respecto al móvil altruista podría decirse respecto al móvil «patriótico». Hay que añadir además que el móvil político no es encuadrable en el contenido conceptual del móvil patriótico; del mismo modo, una consideración global de la atenuante induce a pensar que, de acuerdo a la voluntad de la ley, no está justificada la introducción de los móviles políticos en los altruistas, pese a que conceptualmente no habría problemas la mayor parte de las ocasiones (191).

6. La atenuante 7.^a se incluye claramente en el artículo 60, párrafo 1, lo que no obsta para que, dada su naturaleza y significación, haya de serle exigido el requisito del «conocer», además del de «concurrir».

Además de la relevancia del error sobre los hechos que sirven de base a los móviles de su actuar, el requisito del «conocer», así como los modernos planteamientos doctrinales sobre el error en las circunstancias, mueven a afirmar la relevancia del error también sobre la calificación de los motivos como morales, altruistas o patrióticos.

7. El requisito «de notoria importancia» introduce dos criterios fundamentales: Por un lado, la puesta en relación de tal exigencia con el concepto de «motivo», obteniendo así un apoyo legal la propuesta antes hecha de que el móvil de la atenuante ha de ser el predominante en la acción; ello no obsta a que puedan concurrir otros motivos, entre los cuales puede estar el de la competencia o interés propio, o incluso lucro.

(191) Cabría pensar en una interpretación restrictiva de la atenuante que, aun reconociendo que los motivos altruistas y los patrióticos tienen un ámbito propio ajeno en ocasiones al de motivos morales, considerara que el motivo altruista y el patriótico sólo serían apreciables si fueran abarcados por lo considerado valioso desde el punto de vista de la ética social vigente, esto es, si se incluyeran en el motivo moral, reconociendo así en parte el frecuente reproche que se ha venido haciendo a la atenuante de que es redundante en su formulación.

Sin embargo, ello vendría a suponer el dar el monopolio a la ética social vigente en la determinación de las motivaciones socialmente valiosas, en detrimento de otras motivaciones igualmente dignas de aprecio, si bien no incluidas en la ética social vigente, por lo que no considero conveniente tal restricción.

En segundo lugar, la notoria importancia alude a los calificativos de los motivos, por medio de exigir una cierta proporcionalidad entre la valía del móvil, y el bien jurídico protegido en el tipo delictivo cometido; el error sobre tal extremo es relevante. No lo es, sin embargo, el error relativo a la preeminencia del móvil de la atenuante respecto a los demás concurrentes.

8. Las atenuantes pasionales, o la exigente incompleta de enajenación, pueden llegar a ser incompatibles con la atenuante de motivos morales en los casos en que la apreciación de aquéllas implique que se ha producido una alteración intensa en el normal proceso de motivación.

Propuestas de «lege ferenda»

1. Es ineludible hacer una nueva referencia a la problemática suscitada por el concepto de motivo, ya que su insuficiente precisión conceptual, en especial tal como está formulada en la atenuante 7.^a, lo convierte a mi juicio en inidóneo para su uso en el Derecho penal. Su inidoneidad no deriva del concepto de motivo en sí, pues, como hemos visto, se puede llegar a una comprensión del motivo, abarcadora de sus aspectos energético y direccional, bastante satisfactoria. Sus insuficiencias se hacen patentes cuando se considera al motivo desde un punto de vista dinámico, en su forma de operar: Es entonces cuando surgen los problemas derivados de la existencia de motivaciones inconscientes, enmascaradas por, o simplemente estando a un nivel más profundo que, las conscientes; la solución propuesta de reservar el concepto de motivo sólo para las motivaciones conscientes, es una solución parcial. Más evidentes parecen aún las dificultades provenientes de la concurrencia de una pluralidad de motivos a un mismo nivel, pues ni el rebajar la exigencia de apreciación de la atenuante a los casos en que un motivo de la atenuante meramente concurre, entre otros, ni el elevar las exigencias hasta requerir que el móvil de la atenuante sea el predominante, ofrecen resultados satisfactorios o fiables, como hemos visto en su lugar correspondiente. Y no hablemos ya del proceso lógico, con su correspondiente reflejo en los análisis empíricos psicológicos, que lleva de un móvil más superficial a otro más profundo, en un retroceso continuo, sin que haya razones para limitarnos a prestar atención al móvil inmediatamente anterior al dolo, o, ni siquiera, al último móvil antes de penetrar en el campo de lo inconsciente.

Estas claras deficiencias del concepto de motivo en la atenuante 7.^a aparecen de un modo mucho menor en otros lugares del Derecho penal en los que se utilizan los móviles. Baste con aludir ahora, como ejemplo, a elementos tales como ánimo de lucro, o ánimo de ocultar la deshonra. Estos móviles, incluidos en el tipo subjetivo de diversos delitos de la Parte Especial, aluden no sólo a motivos muy determinados sino que, y esto es aún más importante, están, podríamos decir, «naturalmente» vinculados a la ac-

ción típica en la mayoría de los casos, esto es, forman parte de situaciones estandarizadas, características. En tal sentido las dificultades para precisar el motivo en cuestión son mucho menores, al aparecer éste integrado en una situación muy propensa a que aparezca tal móvil, siendo su no aparición la excepción. Sin embargo, la no vinculación de la atenuante, al ser genérica, a un conjunto de hechos característicos, así como su formulación excesivamente general, derivada de los calificativos empleados para el concepto de motivo, dan lugar a un estado de la cuestión muy distinto (192).

¿Qué decisión tomar ante este problema? No vendrá mal recordar la actitud, fácilmente constatable, de los psicólogos y criminólogos, que tienden a hablar siempre de motivación en general, de proceso de motivación, antes que de motivo como fenómeno aislado (193), o bien la actitud del Bundesgerichtshof alemán que en alguna sentencia referida a la determinación de si se han dado los móviles bajos del artículo 211 ha razonado más en función de todo el proceso de motivación, que de un cierto tipo de motivos aislados (194).

En esta línea, me pregunto si, dado que el concepto de motivo no cumple de un modo mínimamente aceptable la función para la que fue creada la atenuante, esto es, posibilitar la realización de un juicio de menor reprochabilidad basado en la motivación valiosa del autor que delinque, y no la cumple, como ya hemos ex-

(192) Se me podría objetar que también hay otras atenuantes genéricas que aluden a los motivos, como la 5.^a y 6.^a, de provocación y de vindicación de ofensa, en las que se crearía la misma situación insatisfactoria. Sin embargo, en ambas, además de aludirse a supuestos muy concretos, se introducen referencias tales como «inmediatamente» o «próxima» que impiden la dispersión en la consideración de los móviles.

En todo caso, tanto en las atenuantes como en las agravantes sería interesante realizar una valoración de las circunstancias basadas en móviles.

(193) Vid. lo dicho supra, pág. 95, así como la literatura psicológica y criminológica citada en este estudio, o cualesquiera otros autores en Psicología y Criminología.

(194) La decisión jurisprudencial citada afirma: «Para juzgar si los motivos del procesado son bajos, no puede separarse uno de sus elementos de la conexión con los otros y ser valorado por sí sólo, pues una tal valoración se referiría sólo a un elemento integrante, pero no, como es exigible, al motivo de matar en su totalidad. De acuerdo con ello, debe ser sometida a juicio la pluralidad de las representaciones y reflexiones actuantes en el autor, en su conjunto, tal como ha devenido determinante eficaz, y con ello se ha de considerar especialmente, por medio de qué ha experimentado la decisión de muerte su caracterización sustancial». Recogida en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1974, pág. 370. En todo caso, nótese cómo resulta para la jurisprudencia alemana más fácil hablar de situaciones motivadoras más amplias que de meros fenómenos aislados, en cuanto que sus «Gesinnungsmerkmale» han sido concebidos como estados de ánimo, con definiciones que pretenden abarcar la total situación del autor ante la acción delictiva. Vid., en tal sentido, la definición de SCHMIDHAUSER, E., *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, op. cit., en relación a todos estos elementos, en págs. 217-223, y en referencia a los móviles bajos del artículo 211, en páginas 227-232.

puesto repetidamente, entre otras razones, por su carácter de elemento psíquico aislado, estructura ésta que supone un grave inconveniente para una indagación plena y completa de la verdadera motivación del autor, ya que conlleva una artificiosa contraposición y exclusión entre un sinnúmero de motivos que concurren al mismo y a distintos niveles, en cada toma de decisiones, dificultad que se agrava al constatar que ni siquiera como estructura psíquica aislada y consciente (por no hablar de los contenidos inconscientes) es fácilmente delimitable, me pregunto, pues, si no sería deseable la supresión de esta atenuante del catálogo de circunstancias modificativas del artículo 9 del Código penal.

En mi opinión, esa sería la solución más acertada. En realidad, sin esta atenuante nos hemos pasado durante la vigencia de todos nuestros Códigos anteriores excepto, y con matices, el de 1928. Y con más razón aún si atendemos a los criterios jurisprudenciales utilizados en su aplicación, una vez que existe el artículo 318 (195).

2. En todo caso, si la atenuante hubiera de ser mantenida sustancialmente tal como ahora, una reforma que estimo indudable es la eliminación de la alusión al móvil patriótico. El término, sin cuestionar, en principio, el carácter valioso de las motivaciones a que alude, posee un evidente riesgo de distorsión y de favorecimiento unilateral de determinadas opciones políticas en detrimento de otras, pese a que, como hemos explicado (196), no están incluidos los móviles políticos en su concepto, pues, con una manifiesta desfiguración del concepto de patriotismo, ha sido muy frecuente la atribución de tal carácter a aptitudes claramente partidistas.

¿Qué duda cabe de que esa era la voluntad del legislador en 1944! No olvidemos además que el Tribunal Supremo nunca ha apreciado la atenuante en base sólo a tal motivo (197).

Por otro lado, no deja de ser discutible la enumeración de los motivos considerados dignos de atenuación por parte de la atenuante. Ante todo, está el hecho, que ya hemos señalado, de que en la mayor parte de las ocasiones, aunque no siempre, lo altruista y lo patriótico se incluirán en lo moral, con lo que se da, en una gran medida, una redacción redundante. Pero es que, aun teniendo en cuenta las motivaciones altruistas o patrióticas no morales, es evidentemente caprichoso el que se hayan venido a elegir precisamente los motivos altruistas y patrióticos, y no otros igualmente valiosos. Si lo que se pretende es realizar un juicio de menor reprochabilidad que lleve a una rebaja de la pena en base a motivaciones consideradas socialmente valiosas parece más lógico aludir a expresiones más genéricas, no limitadas a la moralidad, altruis-

(195) Vid. supra, pág. 134 e infra, pág. 139.

(196) Vid. supra, págs. 112-113.

(197) Vid. supra, pág. 115 y nota 112.

mo y patriotismo (198). Bien es verdad que una formulación aún más genérica que las actuales agravaría más, si cabe, la situación en que ahora nos encontramos respecto a la excesiva indeterminación conceptual de los calificativos de los motivos de la atenuante 7.^a, pero así se evitaría una restricción arbitraria de los motivos considerados socialmente valiosos, a los altruistas y patrióticos, aparte de los morales, restricción que no tiene justificación atendido el fundamento político-criminal de la atenuante. En realidad, la necesaria indeterminación de los calificativos de los motivos utilizados en esta atenuante, en cuanto que éstos no pueden estar referidos a situaciones de hecho muy características y determinadas por tratarse de una atenuante genérica, es un problema irresoluble y en último término un argumento más en favor de la supresión de la atenuante.

3. El requisito de la proporcionalidad, que se estima incluido en la notoria importancia, y que en sus inicios fue una contribución jurisprudencial, estimo que debe desaparecer. Las razones va han sido aportadas en su lugar (199). Sin duda, ello deja al requisito de la notoria importancia con un contenido referido exclusivamente al concepto de «motivo», lo cual no es del todo satisfactorio, pero la solución no pasa por la exigencia del requisito de la proporcionalidad, sino por una nueva redacción de la atenuante, si no se aceptan las propuestas realizadas en el 1 de este subapartado, en la que se elimine el término «notoria importancia» y se introduzca algún otro término para exigir la preeminencia del móvil objeto de la atenuante, de entre todos los concurrentes.

4. Si la tendencia jurisprudencial ahora en vigor se mantuviese, la pervivencia de esta atenuante tendría bien poco sentido, ya que la mayor parte de los casos, superior al 60 por 100, en que se ha apreciado, se ha tratado de falsedades documentales, y dentro de ellos, casi siempre de inscripciones como legítimos de hijos que son ilegítimos o ni siquiera propios. Para estos supuestos, sin embargo, ya existe una atenuación específica en el Código, en el artículo 318, que sólo se verá superada en sus efectos cuando se aplique la atenuante 7.^a como muy cualificada, y se baje la pena en dos grados.

(198) Como, por ejemplo, la atenuante del Código Penal italiano, que alude a «motivos de particular valor moral o social». LATTANZI, *I Codici Penali*, op. cit., pág. 167.

(199) Vid. supra, pág. 126 y notas 161 y 189.

