

BOBADILLA, Carlos. “La “pena natural”: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno”.

Polít. crim. Vol. 11, Nº 22 (Diciembre 2016), Art. 7, pp. 548-619.

[http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A7.pdf]

La “pena natural”: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno

The “natural punishment”: foundations, limits and possible application in Chilean law

Carlos Bobadilla Barra

Egresado de Derecho. Ayudante de cátedra del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

carlos.bobadilla.b@gmail.com

Resumen

Desde antiguo, la doctrina ha hablado de “pena natural” (*poena naturalis*) para referirse a un problema que no ha dejado de permanecer en el debate, a saber, si acaso los perjuicios sufridos por el hechor como consecuencia de la comisión de su delito podrían significar una dispensa o aminoramiento de la pena a imponérsele. En el presente trabajo se pretende, por un lado, recapitular lo escrito sobre los fundamentos teóricos de la institución, tanto desde la perspectiva de su concepto como de su entroncamiento en la teoría de la pena y, por otro, analizar las soluciones de *lege lata* que se han dispuesto a nivel teórico y en ordenamientos positivos, a efectos de determinar si es posible darle cabida en el derecho chileno actual y, de ser así, juzgar la conveniencia de dicha posibilidad. Finalmente, se ensayará una propuesta de consagración positiva de la pena natural.

Palabras clave: Poena naturalis, dolor penal, compensación de culpabilidad.

Abstract

Since early times, scholars have spoken about “natural punishment” (*poena naturalis*) to refer to a problem that has remained in the debate, namely, whether the damage suffered by the perpetrator as a result of the commission of his crime could mean a waiver or lessening of the penalty to be imposed. This paper aims, firstly, to review the literature on the theoretical foundations of the institution, both from the perspective of its concept and its entrenchment in the theory of punishment and, secondly, to analyze *lege lata* solutions which are arranged at a theoretical level and in positive systems, in order to determine whether it is possible to accommodate them in current Chilean law and, if so, to judge the usefulness of such a possibility. Finally, we will try a proposal on the normative recognition of natural punishment.

Key words: Poena naturalis, hard treatment, compensation of guilt.

Introducción

4 de septiembre de 2009. En la provincia de Neuquén, Argentina, un soldado del Regimiento 21 de Las Lajas se encontraba limpiando su arma de servicio cuando, debido a una errónea manipulación, provoca un disparo que impacta en Gastón Cheuquel, de 23 años, causándole la muerte. Resultó ser que Gastón era el mejor amigo del soldado que accidentalmente disparó el arma, incluso desde antes de entrar al regimiento, tanto así que las familias de ambos permanecieron unidas durante la substanciación del proceso. Ante la anterior situación surge la siguiente pregunta: ¿qué podría aportar la pena privativa de la libertad ante el sufrimiento que padecerá ese sujeto por el resto de su vida?

Al hablar de pena natural, lo hacemos respecto de casos sumamente crudos y estremecedores, en los cuales el derecho penal poco y nada puede añadir para resolver el conflicto social producido por el delito, cuya existencia en estos casos es, al menos, discutible. En último término, por razones humanitarias, la pena resulta absolutamente innecesaria, atendidos los graves perjuicios que padece el autor producto de su conducta. Debido a estas exigencias de justicia, que hacen a estos casos totalmente diferentes de aquellos en los que no concurren, diversas legislaciones han consagrado formas para eximir o atenuar la pena de aquellos imputados que sufren de una pena natural. Lamentablemente, en nuestro país no se encuentra consagrada de forma expresa, siendo la tarea principal de esta investigación la determinación de las vías para darle cabida en nuestro ordenamiento jurídico. Aun no encontrándose expresa, los esfuerzos por intentar darle cabida han distado de ser prolíficos, al igual que los estudios por intentar delimitar su contenido.

Ante ello, el reto que nos planteamos en este trabajo tiene un doble objeto. En primer lugar, antes de adentrarnos en la regulación local, hemos de determinar qué entenderemos por *poena naturalis*, ya que no es un concepto del todo dilucidado a nivel doctrinal, no obstante las notables excepciones que analizaremos. Así, cuando se habla de pena natural, las más de las veces no se está hablando de lo mismo. Por ello, existen una serie de clasificaciones y depuraciones que hemos de formular a dicho concepto, cuestión que nos ocupará la primera sección del presente trabajo, finalizando aquella con un concepto de pena natural. Luego, hemos de encuadrar dicho concepto en el marco de las teorías de la pena, pues la institución que nos convoca conduce a aquellas posibilidades en las cuales se va a dejar de aplicar una sanción estatal a un hecho típico, antijurídico y culpable, por lo cual requerimos de una justificación desde la teoría de la pena para aquella eximición. Obteniendo aquella justificación, determinaremos la adecuación de la pena natural dentro del concepto de pena, a través de las dimensiones de la misma, buscando una respuesta al porqué se debe eximir jurídicamente de la pena, atendidos los distintos carices que ésta ostenta.

En segundo lugar, luego de finalizado dicho análisis abstracto acerca de la *poena naturalis*, concretizaremos las afirmaciones formuladas, determinando los modelos teóricos de solución a través de los cuales resultaría posible aplicar esta institución en un caso concreto, analizando, a la vez, ordenamientos jurídicos comparados que opten por uno u otro modelo. Para terminar, estudiaremos aquellas instituciones que, *a priori*, podrían brindarnos una respuesta a este problema, analizando tanto la regulación, como la posibilidad de que la pena natural pueda hacerse operativa a través de estos. En definitiva,

nos proponemos concretar dos objetivos: por un lado, lograr desentrañar en qué consiste la *poena naturalis*, abarcando aspectos propios de esta y en relación con discusiones esenciales del derecho penal; por otro lado, determinar si aquella noción es susceptible de ser aplicable en la actual regulación de nuestro país.

Ahora bien, hemos de reconocer que los casos que pasaremos a analizar no gozan –afortunadamente– de una frecuente aplicación práctica, no es algo de todos los días. Sin embargo, ocurren. Debido a esto último es imperioso que, cuando sucedan, se cuente con una solución satisfactoria, la cual no existe hoy en nuestro país. Así, basta que exista una persona en riesgo de ver privada de su libertad injustamente para que el esfuerzo valga la pena.

1. Aproximación a la noción de pena natural.

1.1. El concepto de *poena naturalis*.

Desde antiguo se ha hablado sobre la noción de *poena naturalis*. En la doctrina existente sobre el asunto es frecuente encontrar, como primera noticia de esta institución, los planteamientos de Thomas Hobbes e Immanuel Kant. En su obra “El Leviatán”, Hobbes hace referencia a la existencia de un *castigo divino*, en aquellos los casos en que ciertas acciones llevan consigo, por naturaleza, diversas consecuencias perniciosas. Por ejemplo, quien contrae una enfermedad al ejecutar una acción ilícita. En esos casos, aunque no puede hablarse de pena infligida por una autoridad humana, según Hobbes, podría hablarse de una pena impuesta por Dios¹, compensándose el injusto cometido.

Por otro lado, Kant distinguió entre *poena forensis*, como la sanción impuesta por la autoridad al culpable, y *poena naturalis*, siendo esta la punición natural del vicio, en que los perjuicios sufridos por el autor fueren de tal magnitud que la imposición de una *poena forensis* resultase un error evidente².

Como bien señala Finocchiaro, “la pena natural surge *per se*, más allá del castigo que el Estado prevea representa ya un mal intrínseco que el autor padece a consecuencia de la realización de la acción u omisión que le es reprochada”³. En similar sentido, Jakobs señala que en gran parte de los casos en que podemos apreciar una *poena naturalis* “(...) la pena es innecesaria; un ciudadano que quita la vida a otro por falta de cuidado frecuentemente sufrirá más por ese hecho que por la *poena forensis* que le corresponda”⁴. Si bien este es el punto de partida, el desarrollo y estudio de la *poena naturalis* ha trascendido este comienzo.

¹ HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, 2ª edición, SÁNCHEZ SARTO, Manuel (Trad.), Argentina: Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 255.

² KANT, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, trad. CÓRDOVA, Arnaldo, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, p. 167.

³ FINOCCHIARO, Enzo, “La pena natural. Breves consideraciones”, *Revista de derecho penal y criminología*, Nº 5 (2012), p. 68.

⁴ JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”, trad. CANCIO MELIA, Manuel, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. XLV, fascículo III (1992), p. 1058.

Para proseguir, hemos de ensayar un concepto de *poena naturalis* que nos permita tener claridad a la hora de proseguir en la investigación, con la finalidad de delimitar nuestro objeto de estudio. En doctrina se han propuesto diversas definiciones que pasaremos a analizar, a efectos tanto de afincarse una noción, y poder así formular nuestro propio concepto. En primer lugar, Zaffaroni, Alagia y Slokar la definen como “mal grave que se auto inflige el autor con motivo del delito, o que sea impuesto por terceros por la misma razón”⁵.

Si bien es una definición acertada y sencilla que nos permite tener una primera aproximación a la institución, carece de una caracterización del mal constitutivo de la *poena naturalis*, pues –como veremos– no cualquier mal puede caber dentro de los supuestos en análisis. La postura de dichos autores se entenderá, como veremos, dado que ellos conciben desde una perspectiva amplia a los males que pueden ser constitutivos de una pena natural. Pues bien, antes de proseguir hemos de apuntar, como bien lo expresa Choclán Montalvo, que el perjuicio no ha de ser asumido por el autor como consecuencia de su acción al tiempo de ejecutar el hecho⁶. Esto, ya que podría llevarnos al equívoco de pensar que la auto aflicción es querida por el hechor, cuando en realidad es todo lo contrario, dado que los daños lesivos han de ser imprudentes o fortuitos.

En definitiva, pensamos que el concepto de *poena naturalis* debe rechazar aquellos males que el autor –en caso de delitos dolosos– previó o aceptó como probables. En segundo lugar, el profesor Silva Sánchez nos ofrece la siguiente definición: “cualquiera de las consecuencias lesivas que sufre el agente por azar (de modo fortuito) como efecto (imprevisible o inevitable) de su actuación”⁷. Habría que agregar a esta definición el que las consecuencias lesivas sufridas por el agente pueden ser también debido a su imprudencia, siendo los perjuicios causados con culpa un fértil ámbito de aplicación de la *poena naturalis*.

En tercer lugar, Choclán Montalvo nos señala que la pena natural:

“conduce a una serie de supuestos en los que [el] autor de un hecho punible, como consecuencia inmediata de su realización y por causas naturales o no jurídicas, ha resultado con un daño grave en su persona o bienes, daño que ha sido producido por el propio reo además del perjuicio causado a la víctima”⁸.

Consideramos que esta definición nos otorga elementos adicionales que enriquecen la noción antes esbozada, como, por ejemplo, el nexo que debe existir entre la conducta y el resultado lesivo, cuestión que es debatida, pero que en una primera aproximación, antes de adentrarnos en la discusión, diremos que es una conexión inmediata entre ambos.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2º edición, Buenos Aires: Editorial Ediar, 2014, p. 743.

⁶ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, “La pena natural”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 3 (1999), p. 1910.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “¿Puede considerarse el remordimiento una ‘poena naturalis’?”, *InDret Penal*, N° 3 (2014), en: www.indret.com/pdf/editorial.2_7.pdf [visitado el 15.08.2015], p. 1.

⁸ CHOCLÁN MONTALVO, “La pena natural”, cit. nota n° 6, p. 1910.

Pues bien, a efectos de clarificar aún más el concepto tradicional de *poena naturalis*, pasaremos a exponer situaciones hipotéticas en las cuales podría darse cabida a esta institución. Choclán Montalvo nos entrega ciertos casos que ha fallado el Tribunal Supremo alemán, en aplicación del § 60 del Código Penal, que es el lugar al que se ha reconducido esta dispensa de pena en aquel país: (a) una madre mata a su hijo en el curso de una grave depresión reactiva; (b) un conductor, a consecuencia de un patinazo por su culpa, ocasionó una colisión en la que EL MISMO sufrió lesiones graves irreversibles, falleciendo la mujer que le acompañaba; (c) un conductor, en estado de embriaguez, produce la muerte imprudente del padre y de la novia⁹.

A estos casos podríamos agregar otros de probable ocurrencia, muchos de ellos sucedidos en el último tiempo en nuestro país. A saber, el menor que encuentra la muerte cayendo a la piscina, debido a la ausencia de una valla protectora o a su incorrecto cierre; la menor que, durmiendo en casa durante la noche, es dejada allí por su madre mientras esta va a comprar, despertándose la menor en la noche y cayendo por el balcón del edificio hacia el asfalto; el hechor que, saliendo por la ventana del departamento con el botín, cae al suelo quedando parapléjico o con algún problema físico de gravedad; el sujeto que, huyendo en una persecución policial, recibe un disparo de la policía que le provoca severas lesiones.

Además, recordemos que, aunque suene de perogrullo, en este análisis estamos descartando aquellos supuestos por los cuales el sujeto activo estaría exento de responsabilidad penal. De esta manera, como bien señala Choclán Montalvo, no podemos incluir dentro de la concepción de *poena naturalis* los casos de riesgo permitido, pues en aquellas situaciones en realidad habría atipicidad, y por tanto no existiría delito¹⁰. Por ello, al hablar de *poena naturalis* nos encontramos frente a casos que exceden el riesgo permitido, entrando en una fase que el ordenamiento jurídico ya no protege, no obstante lo cual se ha de depurar la sanción aplicable en razón de su desproporción o de la compensación que ha sufrido la culpabilidad.

A la luz de los anteriores casos, resulta claro que la aplicación de una sanción estatal ante aquel ilícito resulta desproporcionada, atendido el menoscabo que ha sufrido el agente, ora en su integridad física, ora en su integridad moral. Bien plantea esta situación el profesor Politoff: “ante el conductor imprudente que, en la colisión con un árbol, ocasiona la muerte de su mujer y de sus hijos, ¿qué puede añadir de razonable el derecho penal?”¹¹.

Por último, mencionaremos una interesante prevención terminológica realizada por el Silva Sánchez a propósito de la pena natural. Silva señala que “una consecuencia lesiva imputable (objetiva, e incluso subjetivamente) a la acción del agente en absoluto puede denominarse natural”¹². En efecto, a diferencia de lo esbozado por Hobbes, no hablamos

⁹ CHOCLÁN MONTALVO, “La pena natural”, cit. nota n° 6, p. 1910.

¹⁰ CHOCLÁN MONTALVO, “La pena natural”, cit. nota n° 6, p. 1910-1911. Para complementar, y a propósito del aborto ocasionado con imprudencia, señala el autor que “[p]or ello, en tal caso, su conducta es típica y culpable, aunque por los efectos de la pena natural debe estimarse su culpabilidad compensada por el sufrimiento recibido por la pérdida del feto”.

¹¹ POLITOFF, Sergio, “Derecho penal con medida: una respuesta reduccionista a la mala conciencia del jurista”, *Revista Universum*, Nº 10 (1995), p. 125.

¹² SILVA SÁNCHEZ, “Remordimiento”, cit. nota n° 7, p. 3

acá de una sanción divina que Dios ha impuesto sobre el hechor como consecuencia de su acto, sino que el problema trascendental de la *poena naturalis* se encuentra en el ámbito de la imputación. En este caso, si bien una determinada conducta es imputable a un sujeto, no resulta adecuada la imposición de una pena desde las diversas perspectivas que justifican su imposición, cuestión que analizaremos en el capítulo referido a los fines de la pena.

Por lo mismo, resulta redundante hablar de *pena estatal*, pues en nuestras sociedades, el único legitimado para imponer una pena es el Estado. No obstante, en ocasiones aludiremos a dicha expresión para clarificar la diferencia con la *poena naturalis*, siempre teniendo en mente que es una locución no del todo acertada. Lo mismo respecto de la pena natural, en conformidad a la prevención hecha por Silva Sánchez.

1.2. Clases de *poena naturalis*.

Dicho lo anterior, hemos de intentar una sistematización que permita ordenar los distintos supuestos de *poena naturalis*, pues la solución jurídica puede variar en uno y otro caso. A este respecto, realizaremos las siguientes distinciones para delimitar la noción antes mencionada: (1) en atención a la entidad de los males constitutivos de *poena naturalis* (físicos, morales, patrimoniales o de otra índole); (2) en atención a la procedencia del mal que causa la *poena naturalis* (directamente del autor o de terceros); (3) en atención al aspecto subjetivo del hecho base (dolo o culpa).

1.2.1. En cuanto a la entidad de los males constitutivos de ella: pena natural cuyo mal es de naturaleza física, moral, patrimonial o de otra índole.

En primer lugar, categorizaremos la institución en orden al sustrato que tiene el mal causado al sujeto. Así pues, hablaremos *pena natural física*, en aquellos casos en que el efecto lesivo recae de forma directa en el propio autor¹³ (v. gr., aquel en que este queda parapléjico al caer de un edificio, luego de haber perpetrado un robo). A su vez, llamaremos *pena natural moral*, aquellos en que el efecto lesivo recae en una persona distinta a la del autor, pero respecto de la cual está tan ligado afectivamente, que siente el perjuicio sufrido por esta como el suyo propio (v. gr., supuestos en donde, por un acto suyo y sin intervención de terceros, muere un pariente del hechor)¹⁴.

Es necesario realizar esta subdivisión pues, en el primer caso, puede resultar más fácil para el juez apreciar daño objetivamente, como lo sería en una efectiva lesión en la integridad física del sujeto. Sin embargo, en el segundo caso, si bien es fácil acreditar la lesión del tercero, se hace necesario establecer un vínculo entre aquel daño y la integridad psicológica del sujeto activo. Esta relación se expresa en el *dolor* que ha de producir en el hechor los

¹³ “[C]uando el sujeto activo del delito se constituye a su vez principal víctima material (entiéndase lesionado) de su ilegal actividad, con daños y padecimientos superiores a los soportados por el damnificado del disvalioso”. COSCIA, Orlando, “Poena naturalis versus pretensión estatal”, *Revista Jurídica de LexJuris*, vol. I, N° 1 (2000), en: <http://www.lexjuris.com/revista/opcion1/2000/lexpoena.htm> [visitado el 15.08.2015], p.2.

¹⁴ COSCIA, “Poena naturalis”, cit. nota n° 13, p.2.

efectos del acto, el cual entenderemos como “una alteración con sufrimiento en el existir del individuo”¹⁵.

De esta manera, no podemos presumir que por la muerte de un pariente se ha producido dolor en el hechor, pues es perfectamente imaginable una situación en la cual éste no tuviera lazos afectivos con aquél. Como consecuencia de esto, el mero vínculo de consanguinidad o afinidad no puede ser motivo *per se* para la aplicación de la *poena naturalis*. Si bien puede afincar la decisión (y, de hecho, en la mayor parte de los casos así será), no puede ser un elemento de valoración exclusiva al momento de decidir si aplicar o no el instituto en comento.

En ese sentido, como bien señala Coscia, no podemos limitar la institución a casos damnificados unidos solamente por vínculos reconocidos por ley¹⁶, y de hecho podríamos aventurarnos en áreas conocidas en nuestro derecho aunque discutidas (como la noción de “conviviente”) o incluso áreas más desconocidas, como las de “amigo íntimo” o cualquier persona con la que se tenga un afecto personal comprobable¹⁷. Así pues, hablamos de *poena naturalis* en sentido restringido, para referiremos a esta noción, que entiende incluidos dentro de ella exclusivamente a los males físicos y morales recaídos sobre el autor.

No obstante lo anterior, existen autores que extienden dicha noción, abarcando dentro de ella males de diversa entidad. De esta manera, Zaffaroni, Alagia y Slokar incluyen dentro de estos, aquellos de “naturaleza económica o de otro tipo, con tal que lo sea con motivo del delito y siempre que estén en juego los principios constitucionales de mínima irracionalidad y de humanidad”¹⁸. En contra de esta postura, Choclán Montalvo excluye las consecuencias legales como, por ejemplo, la inhabilitación para el ejercicio de una profesión, y aquellas debidas a comportamientos de terceros, como la reducción del volumen de un negocio¹⁹.

En este punto, creemos que es necesario realizar una ponderación de los bienes en juego. La *poena naturalis* es una institución *excepcional*, por lo mismo, ha de aplicarse sólo en casos de extrema gravedad. *A contrario sensu*, en aquellos casos en que no se afecte el bienestar físico o psíquico del individuo no resultará posible aplicar la pena natural. Recordemos el objeto que tiene la pena natural, a saber, que se exima o atenúe la pena del hechor y, en ese entendido, el dolor o perjuicio sufrido por éste ha de poder ser considerado como un equivalente funcional de la pena. Pues bien, por esto mismo, no cualquier pérdida logrará alcanzar dicho estándar, y si llegásemos a considerar como *poena naturalis* a perjuicios que no alcanzan a ser equivalentes funcionales de la pena, corremos el riesgo de deslegitimar la pena, de cara a sus fines preventivo generales.

¹⁵ ARIGÓS, Carlos R., “El dolor y el derecho penal”, en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al profesor Luis Jimenez de Asúa*, Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970, p. 79.

¹⁶ COSCIA, “Poena naturalis”, cit. nota n° 13, p. 17.

¹⁷ COSCIA, “Poena naturalis”, cit. nota n° 13, p. 17.

¹⁸ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de derecho penal*, cit. nota n° 5, p. 744.

¹⁹ CHOCLÁN MONTALVO, “La pena natural”, cit. nota n° 6, p. 1910.

En casos de perjuicios patrimoniales, consideramos al patrimonio un bien jurídico de menor valor que la vida o la salud y, por esto, excluimos de la noción los males patrimoniales y, en general, aquellos cuantificables económicamente. Por supuesto, el juez podrá tener en cuenta estos perjuicios al momento de determinar la pena concreta a aplicar, pero no como un daño constitutivo de pena natural. Así, si bien la pena natural puede considerarse (diremos, en general y en una primera aproximación) un equivalente de la pena forense, no por ello todo equivalente de la pena forense podrá ser considerado pena natural. La cuestión acerca de dicha equivalencia la analizaremos latamente en el tercer capítulo, por lo que dejaremos en suspenso ese tema hasta entonces. En definitiva, hacemos esta distinción ya que sólo delimitando el contenido de la institución podremos abordarla de manera correcta, y favorecer así su aplicación en los casos en que corresponda, pues de lo contrario podríamos considerar que cualquier tipo de perjuicio sea considerado una pena natural.

Por último, ligado a los supuestos de *poena naturalis* moral, como una especie de especificación de aquellos, abarcamos la reflexión de Silva Sánchez, en orden a si podemos considerar o no al remordimiento como una *poena naturalis*. A este respecto, el autor delimita, primero, lo que se entiende por remordimiento. Apuntando que es diferente a la conciencia de haber obrado mal, señala que es el “sufrimiento derivado de esa ausencia de paz con uno mismo”²⁰.

Si bien parecería que el remordimiento es un equivalente funcional de la dimensión fáctica de la pena, el autor señala que ha de hacerse una prevención, en orden a considerar si el legislador ha partido de la premisa de que todo delincuente experimenta un cargo de conciencia por su delito y, por lo mismo, ha ya descontado del marco penal correspondiente aquella cuota de sufrimiento; o bien, no ha obrado de esta manera por la razón que sea. En este último caso, Silva Sánchez concluye que podría operar (a efectos de una dispensa concreta de pena) como una verdadera *poena naturalis*²¹.

Aunque el razonamiento del profesor Silva Sánchez es ciertamente correcto, en la práctica se nos presentaría el problema de cómo probamos la existencia de un auténtico remordimiento. Creemos que la dificultad sería aún mayor que la de probar el dolor, pues es un sentimiento mucho más determinado; sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico podría ayudarnos a acreditarlo. En este caso, no podemos hacer una aplicación inmediata de la *poena naturalis* si en el asunto en cuestión concurren las atenuantes del artículo 11 numeral 7, 8, 9 y 10. Sin embargo, ciertamente la concurrencia en el caso concreto de estas circunstancias modificatorias podría abonar la decisión, ayudando a hacer visible ese remordimiento, más no ser su único y exclusivo fundamento.

1.2.2. En cuanto al sujeto que provoca el mal: pena natural causada por el actuar del propio autor o por el actuar de un tercero.

En este punto hemos de discernir si los males constitutivos de *poena naturalis* han de ser directamente derivados de la conducta del hechor, o bien pueden ser provocados por terceros, v. gr., el estado de paroplejía provocado por una bala disparada por la policía

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, “Remordimiento”, cit. nota n° 7, p. 3.

²¹ SILVA SÁNCHEZ, “Remordimiento”, cit. nota n° 7, p. 3.

durante una persecución. Es un tema que, de forma explícita, no ha sido tratado por la doctrina, de manera que intentaremos realizar una sistematización a efectos de dar con una solución al embrollo.

Para tal cometido, comenzaremos desde los diversos perjuicios que puede traer aparejada la comisión de un delito para el autor del mismo: aquellos que son consecuencia directa de su actuar (supuestos propios de *poena naturalis*) y aquellos que son consecuencia indirecta. Dentro de estos últimos encontramos aquellas conductas perjudiciales provocadas por particulares (como el despido de un empleo) y aquellos perjuicios provocados por el Estado (como la pena, y este punto, las penas accesorias²²).

En un comienzo, partimos de la distinción que hace Kant entre *poena naturalis* y *poena forensis*, siendo esta última la pena estatal que se impone como consecuencia de la perpetración de un ilícito. En virtud de aquello, no podemos considerar a una *poena forensis*, a la vez, como una *poena naturalis*. En aquellos ordenamientos jurídicos en que la *poena naturalis* se consagra como motivo para una dispensa de pena, llegaríamos al absurdo de valorar como elemento para dispensar de la pena, a la misma sanción que se pretende aplicar, lo cual es totalmente inaceptable. Sin embargo, sí podría darse en el caso en que la finalidad buscada con la aplicación de la pena natural no sea una dispensa total, sino sólo su morigeración.

Con todo, en ese caso nos encontraríamos ante la disyuntiva que Silva Sánchez plantea en torno al remordimiento como *poena naturalis*, a saber, si acaso el legislador no ha descontado ya al marco penal susceptible de ser aplicado, el perjuicio que además se causará con la pena accesoria. Si la respuesta fuese afirmativa, no podríamos argüir la *poena naturalis* para pretender un aminoramiento de la pena. Sin embargo, esta discusión tiene menos plausibilidad que en el caso del remordimiento pues, en general, el legislador ha acompañado cada uno de los tipos penales con su respectiva pena principal y accesoria correspondiente. Asimismo, ha dejado un margen de apreciación al juez en cuanto a la graduación de la misma, dotándolo, además, de herramientas que permiten bajar la escala de penas si se acreditan determinadas situaciones.

Ahora bien, podemos englobar dentro de esta categoría también los actos ilícitos cometidos por agentes del Estado, los cuáles efectivamente podrían provocar una *poena naturalis*. Así, el ejemplo mencionado anteriormente respecto de la bala disparada por el policía en una persecución, que provoca un grave impedimento en el hechor.

Por otro lado, en caso de los perjuicios provocados por particulares, podemos ensayar los siguientes casos a modo ilustrativo: (1) incurrir en el delito de acoso sexual o vías de hecho en contra del empleador o cualquier otro trabajador, o perjuicio material causado en las instalaciones de la empresa, lo cual constituye una causal de caducidad del contrato de trabajo (artículo 159 del Código del Trabajo); (2) que el delito cometido sea razón para que

²² A modo ilustrativo, ver el artículo 372 en concordancia con el 39 bis, ambos del Código Penal, que impone la pena de inhabilitación absoluta perpetua o temporal para trabajar con menores de edad a quienes hubieren cometido determinados delitos sexuales.

el otro cónyuge exija el divorcio o la separación (judicial o de hecho); (3) el linchamiento público provocado al delincuente, que lo deja con graves secuelas.

Como podemos apreciar, en los dos primeros casos, excedemos los supuestos clásicos de *poena naturalis* que derivan de un delito culposo, pues es perfectamente imaginable –y de hecho algunos de los ejemplos lo exigen– que estemos en frente de un delito doloso. Y más aún, cometido con dolo directo. En cuanto a estos casos, pensamos que no se condicen con el supuesto propio de *poena naturalis*, pues son hechos que se producen de forma indirecta a la comisión del delito y, por ende, no podemos englobarlos dentro del concepto antes esbozado, amén de ser perjuicios ostensiblemente menores al mal provocado por el autor. Al decir que son perjuicios indirectos nos referimos a que están algo desligados del delito principal, tienen un carácter eventual mucho más marcado y no están tan indefectiblemente unidos como los perjuicios en una pena natural moral o física. Sin embargo, el hecho de no constituir supuestos propios de pena natural, no quita que el juez debiese tenerlos en cuenta al momento de graduar la pena aplicable a través de otro mecanismo que contemple la ley penal, pero esto es algo que excede el tema que venimos tratando.

En cuanto al tercer supuesto, es equiparable al mencionado en el punto anterior respecto de los actos ilícitos de agentes del Estado, pues si terceras personas cometen un delito contra el autor que lo deja con graves impedimentos físicos, como consecuencia directa de su acción delictiva, ciertamente será una consecuencia no prevista ni querida por éste, y por ende podrá ser considerada como *poena naturalis*.

1.2.3. En cuanto al aspecto subjetivo del hecho base: pena natural derivada de un delito cometido con dolo o con culpa.

En tercer lugar, podemos distinguir entre aquellos supuestos de *poena naturalis* en que el hecho base es cometido con dolo de aquellos en que es cometido con culpa. Hemos dicho que los delitos culposos son un campo fértil para la ocurrencia de autopuniciones imprudentes, ya que si el sujeto rechaza el resultado, o bien ni siquiera llega a preverlo, con mayor razón rechazará los perjuicios postdelictuales que este hecho no querido provoca.

Llevando esto a nuestro ordenamiento jurídico, en nuestro país rige un sistema mixto de delitos culposos. Así, en general, si el tipo no menciona elementos subjetivos, se entiende que puede cometerse con dolo directo o eventual, debiendo consagrarse expresamente cuando un delito puede castigarse con culpa. Ello es propio de un sistema de *numerus clausus*. Sin embargo, decimos que el sistema es mixto, pues el Título X del Libro II del Código Penal contiene el castigo de la comisión culposa de los crímenes o simples delitos contra las personas, entendiéndose por tales aquellos que se encuentran regulados dentro del Título VIII del Libro II del Código Penal. La regla general, sin embargo, es la impunidad de los cuasidelitos, en virtud del artículo 10 N° 13 del Código Penal²³.

Esto es atingente pues, como dijimos, el campo usual de la *poena naturalis* es el de los delitos culposos, de manera que en nuestro país la posible aplicación de esta institución

²³ “Están exentos de responsabilidad criminal: 13. El que cometiere un cuasidelito, salvo en los casos expresamente penados por la ley”.

quedaría bastante restringida. No obstante, justamente los delitos que según nuestro ordenamiento son susceptibles de ser cometidos con culpa son, a su vez, aquellos en los cuales la *poena naturalis* tiene su campo de aplicación más fértil. Si bien resulta complejo imaginar hipótesis de pena natural en delitos culposos como el de prevaricación (artículo 224 N° 1), quebrantamiento de sellos (artículo 243 inciso 2°), destrucción de líneas telefónicas (artículo 495 N° 1), en el caso de los delitos culposos en virtud del Título X del Libro II encontramos supuestos que podrían acoger una *poena naturalis*. Hemos de hacer primeramente una depuración de qué delitos del Título VIII del Libro II del Código Penal no pueden cometerse con culpa y cuáles sí. No podrían cometerse con culpa, ya sea por ser imposibles, dadas las características del delito, o bien por exigirse dolo directo para su comisión: el duelo, los delitos contra el honor, el parricidio, el femicidio, el infanticidio, homicidio calificado, homicidio en riña, auxilio al suicidio, duelo, castración, mutilaciones, la trata de personas y tráfico de migrantes²⁴. De esta manera, queda reducido el castigo como delitos culposos al homicidio simple y las lesiones graves y menos graves. Ahora bien, como no existe, *v. gr.*, una figura culposa de parricidio, la conducta se castigará como homicidio simple culposo²⁵.

Ahora bien, los delitos culposos son sólo una faz en la cual sería posible encontrar supuestos de *poena naturalis*, puesto que también en los delitos dolosos es plausible la ocurrencia de dichos supuestos²⁶. Así, concurre esta circunstancia debido a consecuencias ulteriores sufridas por el hechor que hacen razonable la dispensa de pena. Son los casos, por ejemplo, en que el autor de un robo haya perdido la mano por la explosión del arma²⁷. El juez deberá valorar la culpabilidad del hecho base a efectos de admitir una *poena naturalis*, teniendo en cuenta el desvalor de acción que llevaba la conducta principal. Así pues, obvio es decirlo, resultará más probable la aplicación de una *poena naturalis* cuando estemos frente a un delito culposo que frente a un delito doloso.

Como señala Choclán Montalvo, “lógicamente la pena natural reducirá la necesidad de la pena forense en menor medida cuando el hecho cometido sea un delito grave”²⁸. Pueden existir hechos en los cuales el autor, con la intención de ejecutar una determinada conducta, resulte dañado de manera considerable producto de la misma. En estos casos, el elemento subjetivo no impedirá la aplicación de la *poena naturalis*, en circunstancias que el daño causado pueda ser considerado un equivalente funcional de la pena a aplicar.

A este respecto, será relevante un punto que tocamos anteriormente, en torno al plan presupuestado por el autor. De esta manera, resultará más complejo justificar la aplicación

²⁴ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 290-291; MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*, t. I, 3ª edición, Santiago de Chile: Legal Publishing, 2014, p. 265-273.

²⁵ En este respecto adherimos a la postura de POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. nota n° 24, p. 78-79. Además de realizar un análisis de las distintas interpretaciones de este precepto, y criticando la opción que restringe el elemento subjetivo al dolo directo, ver OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, “La faz subjetiva del tipo de parricidio”, *Revista de Derecho PUCV*, N° 34 (2010).

²⁶ De igual opinión es COSCIA, “Poena naturalis”, cit. nota n° 13, pp. 15-17.

²⁷ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de derecho penal*, cit. nota n° 5, p. 743.

²⁸ CHOCLÁN MONTALVO, “La pena natural”, cit. nota n° 6, pp. 1915-1916.

de la *poena naturalis* en casos donde el autor haya aceptado como probable el mal sufrido como consecuencia del delito. Por ejemplo, si en un caso el hechor que, robando un objeto de menor valor, recibe un disparo que lo deja con una incapacidad permanente, el daño sufrido por el autor es a todas luces superior al causado por el delito. Difícil es pensar que el autor haya aceptado como probable el quedar parapléjico a causa de un disparo con tal de robar un objeto de menor valor. Ahora, aun aceptando el daño como probable, podría ese gravamen constituir un castigo suficiente, fuera del cual la imposición de una pena resultara desproporcionada.

Por último, existe un punto que es tratado por Günther Jakobs a propósito de la *poena naturalis*, y es la relevancia que tiene ésta respecto de la fundamentación de la menor pena en casos de imprudencia, en comparación a los casos de concurrencia de dolo. Así pues, Jakobs señala que en el caso de la imprudencia, a diferencia del dolo, está el riesgo de que “incluso él [autor] pueda resultar dañado, u otra persona cuyo daño el autor padecería como propio”²⁹. Esto, en el caso en que la imprudencia no se nutra de un desinterés específico, sino que de una falta de atención difusa, general, indeterminada en sus consecuencias y no dirigida, está gravada con el peligro de una *poena naturalis*, y es ese riesgo el que disminuye la importancia del autor imprudente de cara al autor doloso³⁰.

Jakobs ofrece distintos supuestos de defectos cognitivos en el autor, entre ellos, los casos de falta de dolo (que acabamos de analizar), y los de error evitable³¹. En el marco de estos últimos, el autor se pregunta por qué la ignorancia constitutiva de error evitable va a desembocar en punición de todas formas³². En el comienzo de este capítulo utilizamos una frase de Jakobs que escribió a propósito de este tema, y es que en muchos de estos casos la existencia de una *poena forensis* será innecesaria si observamos el sufrimiento que acarreo para el autor la *poena naturalis*. No obstante, dirá Jakobs, en estos casos existe un riesgo socialmente intolerable, como un estándar que debe ser respetado generalmente. “La imputación y la pena en caso de error evitable garantizan determinados estándares y evitan que haya aprendizaje selectivo”³³.

Contrario a la *poena naturalis* como fundamento de la menor pena en los delitos imprudentes es, en Argentina, Pérez Barberá. Para este autor, la *poena naturalis* mal puede considerarse el fundamento de dichos delitos, puesto que es perfectamente posible –como hemos señalado anteriormente– que éste se de en los casos de delitos dolosos³⁴. Es más, apunta que esta amenaza no debe actuar *per se* de manera disuasoria, por ejemplo, en los casos en donde el autor está dispuesto a dañarse a sí mismo con tal de dañar a otros (como en algún supuesto de atentados terroristas). En aquellos casos, sin duda la acción le sería imputable a título de dolo.

²⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, trads. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 313.

³⁰ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit. nota n° 29, p. 313.

³¹ JAKOBS, “El principio de culpabilidad”, cit. nota n° 4, p. 1058.

³² JAKOBS, “El principio de culpabilidad”, cit. nota n° 4, p. 1066.

³³ JAKOBS, “El principio de culpabilidad”, cit. nota n° 4, p. 1067.

³⁴ PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental”, *Cuadernos de derecho penal*, N° 6 (2011), p. 27.

En definitiva, analizando el panorama anteriormente esbozado, podemos definir la *poena naturalis* como aquel mal físico o moral que, por imprudencia o caso fortuito, recae sobre el autor de un delito, como consecuencia directa de la comisión del mismo. Así pues, hemos optado por un concepto restringido de pena natural, que atienda a aquellos supuestos en que es la propia perpetración del hecho por parte del autor la que conlleva, de forma casi instantánea, el mal respectivo. Como dijimos, si bien es posible que producto de la comisión del hecho surjan males provenientes de la voluntad de terceros hacia el autor, éstos podrían considerarse como una “pena natural” sólo desde una concepción laxa, confusa y poco delimitada del término. La excepción a esto la constituyen los males provocados por terceros contra la salud del autor, en aquellos casos en que estos superen al mal causado por el delito. En el resto de los casos, somos escépticos en torno a la entidad de los perjuicios causados al agente para poder ser considerados un equivalente funcional de la pena.

1.3. Naturaleza jurídica de la *poena naturalis*.

La *poena naturalis* es una institución que el derecho reconoce, y por lo mismo, hemos determinado su naturaleza jurídica a efectos de estipular una forma de darle aplicación práctica en los distintos ordenamientos. Existen dos posiciones en las cuales los autores han circunscrito el problema de la *poena naturalis*. Así, como veremos, hay quienes lo identifican como un problema de culpabilidad y otros, como un problema de punibilidad.

Pues bien, por un lado, están quienes lo identifican como un problema de culpabilidad³⁵. Bacigalupo, autor que le dedicó un artículo a este tema, señala que el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: determinando los presupuestos de la pena y en el marco de individualización de la pena. Esta segunda dimensión es la que nos interesa, e implica determinar los límites de la legitimidad de la pena, debiendo ser la gravedad de ésta proporcional a la gravedad del reproche³⁶.

Siguiendo al autor Choclán Montalvo afirma que si bien existe el principio de *nulla poena sine culpa*, no podemos afirmar en un sentido inverso que a toda culpabilidad deba corresponderle una pena³⁷. Siguiendo a este autor, “la pena solo será necesaria cuando el conflicto social creado con el delito no pueda solucionarse por la comunidad sin la intervención del derecho penal”³⁸. La cuestión es que pese a que con un fin preventivo general o especial pueda justificarse la aplicación de una pena grave, esta gravedad no puede sobrepasar la magnitud de la culpabilidad del hechor. Como bien señala Roxin, dada la exigencia de dignidad humana, la pena no puede sobrepasar la medida de la

³⁵ Ver BACIGALUPO, Enrique, “Principio de culpabilidad, carácter del autor y poena naturalis en el derecho penal actual”, en: OUVIÑA, Guillermo *et al.*, *Teorías actuales en el derecho penal. 75 aniversario del Código Penal*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1998, p. 158; CHOCLÁN, “La pena natural”, cit. nota n° 6, pp. 1915-1916.

³⁶ BACIGALUPO, “Principio de culpabilidad”, cit. nota n° 35, p. 145.

³⁷ CHOCLÁN MONTALVO, “La pena natural”, cit. nota n° 6, pp. 1912-1913.

³⁸ CHOCLÁN MONTALVO, “La pena natural”, cit. nota n° 6, pp. 1912-1913.

culpabilidad³⁹ De esta manera, el principio de culpabilidad es un mandato también al juez para que determine la pena exacta en atención a la gravedad de la culpabilidad⁴⁰.

En este sentido, lo que habría en el caso de la *poena naturalis* sería una *compensación de culpabilidad*. Versa sobre la cuantificación de la culpabilidad, pues si es cuantificable, puede ser compensada con hechos posteriores que reducen su significación ordinaria⁴¹. De esta manera, Bacigalupo concibe dos grados en los cuales puede ocurrir esta compensación de la culpabilidad: (1) *compensación socialmente constructiva*, que se da cuando el autor, mediante un *actus contrarius*, reconoce la vigencia de la norma vulnerada (como la reparación con celo del mal causado); (2) *compensación destructiva*, que tiene lugar cuando el autor recibe, como consecuencia del delito, un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad⁴². En este último caso, podemos apreciar males jurídicos y naturales. Dentro de los primeros, está lógicamente la pena estatal, y dentro de los segundos, nos encontramos frente a la *poena naturalis*. De la misma opinión son en Alemania Jescheck y Weigend, al señalar que en virtud de la pena natural se prescinde de la pena, pues la culpabilidad del autor ya ha quedado compensada en parte por las consecuencias del hecho, además de la ausencia de necesidad preventiva⁴³.

Por otro lado, hay autores –como Gustavo Vitale, Zaffaroni, Alagia y Slokar⁴⁴– que circunscriben el problema a que, pese a haber una conducta típica, antijurídica y culpablemente ejecutada, el castigo de la misma reñiría con los principios de legalidad, proporcionalidad y racionalidad, además de las garantías que prohíben penas crueles e inhumanas⁴⁵. De esta manera, Vitale señala que han de ser reconocidas tantas las excusas legales absolutorias (como causas de no punibilidad), como casos concretos se presenten. En caso de no estar expresamente previstas en un ordenamiento jurídico, han de ser reconocidas en éste por parte de los intérpretes de la ley penal, sobre la base de los principios y garantías constitucionales y contenidos en instrumentos internacionales, con el fin de que la pena no se convierta en una medida inconveniente e innecesaria para el cumplimiento de los fines que se le asignan⁴⁶. Así pues, éstos autores resuelven el problema acudiendo a los principios generales del derecho penal, y a la repulsa que con estos presentaría el aplicar una pena en los casos de *poena naturalis*, solución aplicable en el caso en que el ordenamiento jurídico no contemple un mecanismo expreso de acogida para este instituto.

³⁹ ROXIN, Claus, “Sentido y límites de la pena estatal”, en: EL MISMO, *Problemas básicos del derecho penal*, trad. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Madrid: Editorial Reus, 1976, p. 27.

⁴⁰ BACIGALUPO, “Principio de culpabilidad”, cit. nota n° 35, p. 146.

⁴¹ BACIGALUPO, “Principio de culpabilidad”, cit. nota n° 35, p. 156.

⁴² BACIGALUPO, “Principio de culpabilidad”, cit. nota n° 35, p. 157.

⁴³ JESCHECK, Hans Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. OLMEDO CARDENETE, Miguel, Granada: Editorial Comares, 2002, p. 929.

⁴⁴ Ver ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de derecho penal*, cit. nota n° 5, p. 113; VITALE, Gustavo, “Estado constitucional de derecho y derecho penal”, en: OUVIÑA, Guillermo *et al.*, *Teorías actuales en el derecho penal, 75º Aniversario del Código Penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, pp. 117-118.

⁴⁵ IRIBARREN, Pablo, “La poena naturalis y su aplicación en la provincia de Río Negro”, *Suplemento de derecho penal y procesal penal La Ley*, 2006/B, en: www.pinedairibarrenasoc.com.ar/pdf/pena%20natural1.pdf [visitado el 15.08.2015], p. 2.

⁴⁶ VITALE, “Estado constitucional”, cit. nota n° 44, p. 119.

Por último, queda la pregunta referida a si la aplicación de la *poena naturalis* tiene o no algún límite, es decir, si implica siempre una dispensa absoluta de toda pena o bien podría servir para moderarla. Este tema podremos apreciarlo más claramente en el cuarto capítulo del presente trabajo, referido a los modelos teóricos de solución. No obstante, podemos adelantar que resulta perfectamente concebible que la *poena naturalis* sirva únicamente para disminuir en parte la pena a aplicar, y no para dispensar de forma absoluta la pena. Va a depender del caso concreto al que nos enfrentemos, *v. gr.*, no es lo mismo que como consecuencia de la explosión de una bomba en la mano pierda un dedo a resultar la detonación en una deformación facial. Será allí tarea del juez determinar cuán lesiva fue la auto punición para determinar si es compensable totalmente o no con la *poena forensis* contemplada en el la ley, o bien si el hecho fue cometido con dolo o culpa, como hemos visto.

De esta manera, la circunstancia podrá compensar todo o parte de la culpabilidad, o bien excluir total o parcialmente la punibilidad de la conducta, dependiendo de las circunstancias que se den en el caso concreto y lo que aconsejen los motivos político-criminales. Así también lo reconoce Feijoo respecto de la pena en general, señalando lo siguiente:

“No parece una opción plausible a día de hoy renunciar totalmente a la pena de prisión, al menos en casos de comportamientos delictivos que generan victimizaciones muy intensas (contra la vida, la salud o la libertad sexual), cometidos de forma dolosa y mientras se pueda hacer al sujeto responsable (no se trate, por ejemplo, de un niño o un enfermo mental). A partir de ahí las penas han de sufrir una graduación descendiendo en su intensidad o carga aflictiva en relación al menor carácter perturbador de hecho”⁴⁷.

Dejemos aún abiertas ciertas dudas que nos hayan podido surgir luego de leído este acápite para un capítulo posterior, en el cual terminaremos de cerrar esta idea al hablar de las teorías de la pena, y más específicamente, acerca de la teoría dialéctica de la unión.

1.4. Problemas y objeciones.

Como último punto de este primer capítulo, hemos de analizar los reparos, precisiones y problemas prácticos que suscita la noción de *poena naturalis*. En primer lugar, una precisión que realiza Finocchiaro, en orden a que la verdadera aplicación del instituto (agregamos nosotros que para los casos de pena natural física) se dará en aquellos casos en que el único resultado lesivo del hecho en cuestión perjudique solo al propio autor, no resultando afectados terceros o cuando la afectación de éstos sea mínima o eminentemente inferior a la del sujeto activo.

“Claro está que si un sujeto hiere o mata con un arma de fuego a varias personas y durante el *iter criminis* se lastima, dicho padecimiento será infinitamente inferior al causado por su conducta y así el concepto de pena natural queda desdibujado y

⁴⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*, Argentina: B de F, 2014, p. 290.

BOBADILLA, Carlos. “La “pena natural”: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno”.

desequilibrado frente al resultado dañoso causado a los terceros afectados y la respuesta que el Estado prevé para éste resultado”⁴⁸.

En segundo lugar, de lo expuesto hasta el momento podemos encontrar una evidente contradicción entre los supuestos de pena natural moral y el rol que a los parientes les compete dentro de la sociedad. Así, Patricia Ziffer señala:

“(…)si bien la institución responde a un sentimiento más o menos generalizado, la mayor dificultad que plantea consiste en responder a la pregunta de cómo medir la gravedad de la pérdida para el autor, como medir el sufrimiento(…)la valoración solo sería posible desde un punto de vista objetivo, lo cual conduciría a una atenuante general. Pero esto no está exento de cuestionamientos, dado que, por ejemplo en los casos de homicidios causados imprudentemente a parientes cercanos, con frecuencia será posible afirmar un deber de cuidado mayor, y por lo tanto una atenuación general no necesariamente representa una solución más justa para todos los supuestos (...) En síntesis, si bien el principio de la "poena naturalis" puede partir de buenos fundamentos, resulta sumamente difícil incorporarlo dentro de un sistema de hecho punible, sin conducir a contradicciones (...)”⁴⁹.

Si bien hemos de dar lugar a la apreciación de Ziffer, debemos primero aclarar que se refiere solo a los casos de pena natural moral, dejando a salvo los supuestos de pena natural física. Dicho esto, es cierto que la mayor parte de los casos que hemos analizado de pena natural moral consisten en situaciones en las que los involucrados están unidos por un vínculo de parentesco. También es cierto que el deber de cuidado respecto del bien jurídico ha de ser más estricto en estas relaciones que en aquellas que se tienen con desconocidos. Sin embargo, hemos dicho en un comienzo que no nos parece el otorgar *poena naturalis* a cada supuesto en los que se den relaciones de parentesco, debiendo evaluarse en el caso concreto si esta relación es un mero título jurídico o efectivamente existe un lazo afectivo entre parientes. Por otro lado, como hemos dicho, el asunto no es de blanco y negro, sino que podemos encontrar matices en los cuales no exista una dispensa absoluta de pena, sino una morigeración de la misma, todo lo cual va a depender de la situación en concreto que se someta al juicio del tribunal, y por esto mismo existen los marcos penales en los cuales el tribunal puede graduar la pena. En ese sentido, no es lo mismo el padre, que conduciendo, se estrella contra un árbol encontrando la muerte su esposa, que aquel que se encuentra en la misma situación, pero conduce bajo la influencia del alcohol.

Si utilizáramos un criterio objetivo, podríamos llegar a la conclusión de que en ambos casos –de mediar sufrimiento– el padre debiese ser dispensado de la pena. Sin embargo, utilizando un criterio subjetivo podemos determinar que en el primer caso pudo haber existido una imprudencia leve, en tanto en el segundo caso hay una autopuesta en peligro que es a todas luces riesgosa, tanto para el sujeto infractor, como para su familia. Por lo mismo, el desvalor de su culpabilidad se hace más robusto, encontrando menos razones legítimas para morigerar la gravedad de la pena.

⁴⁸ FINOCCHIARO, “La pena natural”, cit. nota n° 3, p. 68.

⁴⁹ ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1996, p. 143.

Particularmente crítico de lo que se ha entendido por *poena naturalis* es en nuestro país Guzmán Dalbora. Al analizar los distintos conceptos de pena, toca el de *poena naturalis* a propósito de las definiciones naturalistas o sociológicas, respecto de las cuales señala “carecen propiamente de actualidad, siquiera constituyen el mejor ejemplo de la diversidad confusa de significados que fue acumulando el término a lo largo de su progresión histórica”⁵⁰, aunque al final del acápite matice esta afirmación, al tratar brevemente la teoría sociológica de Niklas Luhmann y su influencia en el funcionalismo sistémico. Así las cosas, configura los conceptos de pena esbozados por estas teorías, en donde la pena vendría a ser una reacción, casi orgánica, de la sociedad en contra de quienes atentan contra ellas.

Para Guzmán Dalbora, esto implica considerar a la pena como un accidente fáctico, y por tanto, revivir la noción de *poena naturalis*, que es “completamente ajena al círculo de problemas que interesan en el mundo del Derecho”⁵¹. De esta manera, toda discusión acerca de la pena ha de partir desde la premisa de que esta es un puro noúmeno⁵², y por tanto en el mundo real, como manifestación sensible, no existe. Por esto, el que existe o no sufrimiento a raíz de la pena deviene en irrelevante a la substancia jurídica de la pena⁵³. Si bien el autor tiene un punto, a su crítica podemos responder desde las dimensiones de la pena, a saber, fáctica y comunicativa. ¿Cómo podemos analizar a la pena en su configuración actual si soslayamos el que esta produce sufrimiento? Dejaremos la respuesta a este interrogante y a la crítica de Guzmán Dalbora para el tercer capítulo, que justamente tratará acerca de las dimensiones de la pena.

2. La pena natural y los fines de la pena.

A continuación, hemos de encuadrar a la *poena naturalis* dentro de la teorización general acerca de la pena, a efectos de determinar si resulta legítima la dispensa de esta para cada una de las posturas que han intentado fundar su sentido. Para ello, y ante lo inabarcable del tema, realizaremos una exposición sucinta y tradicional de las diversas teorías, que nos brinde los elementos necesarios para nuestros objetivos.

2.1. Teorías absolutas de la pena⁵⁴.

⁵⁰ GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción de responsabilidad*, Santiago de Chile: Legal Publishing, 2008, p. 13.

⁵¹ GUZMÁN DALBORA, *La pena*, cit. nota n° 50, p. 15.

⁵² Es decir, aquello que solo es objeto de conocimiento racional puro, en contraposición al conocimiento sensible.

⁵³ GUZMÁN DALBORA, *La pena*, cit. nota n° 50, p. 15.

⁵⁴ Hemos de realizar dos prevenciones: en primer lugar, se hace necesario puntualizar que los planteamientos de estos autores han de entenderse en su justo contexto histórico, en contraposición a la aplicación utilitaria de la pena por parte de los gobiernos ilustrados; en segundo lugar, dentro de las teorías absolutas de la pena encontramos las teorías retributivas y la teoría de la expiación. Esta última actualmente carece de relevancia, al menos en su planteamiento inicial, por lo cual nos avocaremos al tratamiento de las teorías absolutas que más influencia han tenido dentro de la dogmática penal, es decir, las teorías retributivas. Similar vía tomaremos respecto a las teorías de la unión, en donde analizaremos las dos que han incitado mayor debate, adhesión y oposición, a saber, la teoría dialéctica de la unión de Claus Roxin y la teoría funcional de Günther Jakobs.

En líneas generales, estas teorías se fundan en la vinculación entre la proporción de la pena con el delito, como expresión de la justicia sinalagmática. Así, la pena será legítima cuando exista una lesión del orden jurídico, cometida libremente, puesto que ello implica un abuso de la libertad que es reprochable⁵⁵. De este modo, para los autores que son proclives a una teoría absoluta de la pena, esta se justifica como un mal que se inflige al autor en compensación al mal que este produjo con su acción.

2.1.1. La retribución moral de I. Kant.

La labor que se dispuso efectuar el filósofo alemán fue elaborar una teoría de la pena que se distanciara de las predecesoras ilustradas, las cuales pecaban de excesos utilitaristas o preventivos, desterrando todo rasgo instrumental de la pena para ser una exacta compensación del injusto cometido⁵⁶.

Recordemos, antes que todo, la noción kantiana de *imperativo categórico*, el cual mandata lo siguiente: “obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal”⁵⁷. Así pues, el actuar ilícito del hechor deviene en una expresión de comportamiento en que –según Kant– se expresa como válida dicha actuación ilícita de forma universal.

Así pues, para Kant la pena es una exigencia de justicia, una justa compensación de la culpabilidad contenida en la realización del hecho, consistente en la medida exacta de aquella, y por lo mismo, su magnitud no puede ser modificada sobre la base de criterios de utilidad social. En ese entendido, es importante para Kant el concepto de dignidad humana, puesto que ella impone el mandato de no utilizar a la pena como un instrumento para guiar el comportamiento del ser humano⁵⁸. De esta manera, el autor concibe al ser humano como un sujeto dotado de libre albedrío, y como consecuencia del uso inconveniente de su libertad, se hace merecedor de una pena en sanción. Por lo mismo, no podemos tratar como una cosa a un sujeto que posee libertad para decidir cómo actuar. El autor nos señala que, como personas libres que somos, hemos de aceptar nuestra pena sin posibilidad de oponernos al castigo, bajo el riesgo de caer en un comportamiento autocontradictorio⁵⁹. Volveremos sobre este punto en la siguiente sección.

Siguiendo esta exposición, al responder la pregunta en torno a cuál ha de ser la cantidad exacta de pena que ha de corresponderle al infractor, Kant arguye la aplicación del principio de igualdad, en virtud del cual no se le ha de imponer más pena, ni mayor ni

⁵⁵ BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, *Curso de derecho penal*, t. I, 2ª edición, Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2007, p. 135.

⁵⁶ KANT, *Principios metafísicos*, cit. nota n° 2, p. 167.

⁵⁷ KANT, Immanuel, *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, 5ª edición, trad. GARCÍA MORENTE, Manuel, Madrid: Editorial Espasa-Calpe, 1977, p. 72.

⁵⁸ DURÁN MIGLARDI, Mario, “Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos”, *Revista de Filosofía*, N° 67 (2011), p. 126.

⁵⁹ SEELMANN, Kurt, “Intentos de una legitimación de la pena a través del argumento del comportamiento autocontradictorio del autor del delito”, trad. ESTRADA I CUADRAS, Albert, en: EL MISMO, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 105.

inferior, que la magnitud del daño causado⁶⁰. Así pues, como necesidad ética que resulta ser la pena, esta debe aplicarse a todo evento, inclusive, ha de imponerse aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad⁶¹.

Por último, compartimos la conclusión de Feijoo, en orden a que el valor de la teoría retributiva kantiana radica en la idea de que la pena, antes de ser necesaria, tiene que ser merecida⁶².

2.1.2. La retribución jurídica de G.W.F. Hegel.

Para Hegel, la pena es una necesidad dialéctica: el Estado es la máxima realización de la moral, por ende, el delito es, a su vez, la negación del derecho. De esta manera, para Hegel, la pena es la “negación de la negación” del derecho, y con ello el restablecimiento de este último⁶³.

A diferencia del planteamiento kantiano, Hegel va sostener que la pena no ha de ser igual que el delito cometido, sino que debe contener el mismo valor simbólico, es decir, no ha de ser exactamente la misma clase y cantidad del hecho delictivo, sino que basta con que ella sea una respuesta suficiente⁶⁴. Así, dirá que “empero, esa identidad [entre el delito y la pena] que se funda sobre el concepto no es la *igualdad* en la naturaleza específica, externa, de la vulneración, sino en la que es en sí de acuerdo al valor de la misma”⁶⁵.

Por otro lado, Hegel no considera a la pena como un mero mal que se impone debido a la causación de otro mal; “si el delito y su superación, como lo que ulteriormente se determina como pena, se considera en general sólo como un *mal*, se puede, ciertamente, juzgar como irracional *querer un mal* meramente *porque ya existe otro mal*”⁶⁶. En ese entendido, la pena no es un mero mal, sino que es la aplicación de la razón que se impone ante la irracionalidad del delito, el cual ha atacado no solo determinados derechos individuales, sino al ordenamiento jurídico en su conjunto. Ante aquel ataque la pena reestablece “lo racional”, y por ello ha de entenderse como algo positivo⁶⁷.

Seelman ha sistematizado los fundamentos de la pena de Hegel en dos: el argumento legal y el argumento del reconocimiento⁶⁸. El primero de estos supone que el criminal, a través de su acción, y como ser racional que es, declara la universalidad de la máxima que fundamenta su acto. Luego, si dijera que esa misma máxima no puede aplicarse en su

⁶⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, p. 18; DURÁN MIGLARDI, “Teorías absolutas”, cit. nota n° 58, p. 131.

⁶¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, p. 19; DURÁN MIGLARDI, “Teorías absolutas”, cit. nota n° 58, p. 132.

⁶² FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, p. 21.

⁶³ HEGEL, G.W.F., *Filosofía del derecho*, 4ª edición, trad. MENDOZA DE MONTERO, Angélica, Buenos Aires: Editorial Claridad, 1955, p. 108.

⁶⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, p. 34.

⁶⁵ HEGEL, *Filosofía del derecho*, cit. nota n° 63, p. 108.

⁶⁶ HEGEL, *Filosofía del derecho*, cit. nota n° 63, p. 106.

⁶⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, pp. 35-36.

⁶⁸ SEELMANN, “Intentos”, cit. nota n° 59, pp. 108-109.

contra, estaría cayendo en una contradicción. El segundo argumento consiste en que, con el delito, el hechor violenta una relación de reconocimiento recíproco. De esta manera, “si el autor del delito sustrae a la víctima (y a través de eso también a todo el ordenamiento jurídico) el debido reconocimiento, reduce a la víctima en concreto y al ordenamiento jurídico en general a meros instrumentos de su libre arbitrio”⁶⁹.

En cuanto a la determinación de la pena necesaria, cuestión que nos atañe directamente al hablar de *poena naturalis*, la medida exacta de la pena dependerá de la magnitud de la violación al orden jurídico. Así las cosas, como señala Feijoo, “lo decisivo a la hora de determinar la pena es la peligrosidad de la acción para la sociedad civil desde el punto de vista de la validez del derecho”⁷⁰. En este punto, Hegel se va a acercar a las teorías prevencionistas, puesto que la pena no dependerá ya de la lesión a la víctima, sino del peligro que esta encierra para la estabilidad de la sociedad⁷¹.

2.1.3. Teorías absolutas y *poena naturalis*.

En cuanto a lo que nos compete, desde el punto de vista de las teorías absolutas de la pena, la *poena naturalis* es perfectamente admisible dentro del sistema. Actualmente, podemos interpretar que Kant reconoce supuestos en que, al margen de la pena, el “reo” pueda estar ya suficientemente castigado, cuando “el vicio lleva en sí su propio castigo”⁷². Hemos de recordar que el retribucionismo concibe a la pena como una compensación justa de la culpabilidad, y dijimos anteriormente que la pena no puede exceder la culpabilidad del hechor. Así pues, si esta culpabilidad ya se ha visto compensada por una *poena naturalis*, no cabe aplicar una pena estatal sin estar, con ello, castigando una conducta que ya ha recibido una sanción.

En cuanto a la retribución jurídica de Hegel, retomamos uno de los ulteriores puntos tratados, en cuanto a la necesidad de la pena y la medida exacta de la misma. Ya el solo hecho de estar hablando de “necesidad de la pena”, en el marco de una teoría retribucionista, debiese llamarnos la atención, y es éste precisamente el punto por donde se fugará la pena natural hacia la retribución jurídica. En ese sentido, si bien para Hegel siempre se debe responder al delito con una pena, la gravedad de esta depende de las necesidades de la sociedad. Así, si la sociedad no ve amenazada la validez del derecho como consecuencia del delito, corresponde una rebaja en la pena a imponer. Así pues, dado que los casos de *poena naturalis* no desestabilizan el sistema jurídico, atendida la resolución natural del conflicto, resulta posible dispensar de la pena al hechor, o bien, hacer una rebaja, dependiendo de la magnitud de la eventual afectación al orden jurídico.

Con todo, ha resultado históricamente difícil para las teorías retributivas de la pena explicar por qué el Estado debiese renunciar a la aplicación parcial o total de una pena, pese a ser merecida⁷³. Se ha respondido, señalando que la retribución habilita, pero no obliga a

⁶⁹ SEELMANN, “Intentos”, cit. nota n° 59, pp. 108-109.

⁷⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, p. 40.

⁷¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, pp. 40-41.

⁷² KANT, *Principios metafísicos*, cit. nota n° 2, p. 167.

⁷³ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, p. 65.

castigar⁷⁴. Sin embargo, resulta complejo calzar el concepto de necesidad de pena dentro del pensamiento retribucionista, sin caer en contradicciones. Reconocerlo es, en mayor o menor medida, aceptar dentro del engranaje retributivo premisas prevencionistas que, en un sistema retribucionista puro, no logran encajar del todo. Con la *poena naturalis* el tema es algo distinto, puesto que no se trata ya de dispensar o rebajar una pena “a cambio de nada”, sino que “a cambio” de la punición natural del vicio.

2.2. Teorías relativas de la pena.

En rasgos generales, podemos afirmar que el distintivo de las teorías relativas es la legitimación de la pena debido a su utilidad social, buscando con ella obtener un fin⁷⁵. Este fin variará, dependiendo de si se decanta por la prevención general o por la prevención especial, y de esta manera, “si bien las teorías relativas dieron origen al principio garantista de la absoluta necesidad de intervención coactiva del Estado, al mismo tiempo la legitimaron sosteniendo su utilidad”⁷⁶.

2.2.1. Prevención especial.

a) *La teoría de la prevención especial.*

Como una primera premisa, podemos decir que para los autores que propugnan este modelo, la pena no se considera como un castigo, sino que como un *tratamiento*⁷⁷, siendo el más insigne representante de esta teoría el alemán Franz von Liszt. El autor propenderá a la primacía de las medidas de seguridad, pues en sus palabras son:

“El arma penal preventiva de más alcance y precisión de que dispone el Estado para la defensa social en la lucha contra el crimen. Primero, son educativas: para los jóvenes, reformatorios; para los vagabundos y ociosos, casas de trabajo; para los alcohólicos, asilos de bebedores. Son protectoras: vigilancia de los delincuentes peligrosos, dementes o de responsabilidad disminuida.”⁷⁸

Al ser esta un tratamiento, se la ha de despojar de sus contenidos punitivos, con miras a la resocialización del delincuente, y de no ser posible esto, su inocuización⁷⁹. De esta manera, lo que pretende la pena es alejar al delincuente de la reincidencia, pasando a actuar no sobre la sociedad, sino sobre la persona en concreto, tratando su carácter peligroso. Así, el foco del derecho penal no es ya el hecho, el delito, sino que el delincuente como factor peligroso⁸⁰.

⁷⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, p. 65.

⁷⁵ BULLEMORE/MACKINNON, *Curso*, cit. nota n° 55, p. 137.

⁷⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J., HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Madrid: Trotta, 2006, p. 61.

⁷⁷ CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 10ª edición, Santiago de Chile: Ediciones UC, 2011, p. 68.

⁷⁸ VON LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, trad. castellana, Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2007, p. 550.

⁷⁹ CURY, *Derecho penal*, cit. nota n° 77, p. 68.

⁸⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, pp. 131-132.

Von Liszt plasmará más patentemente su planteamiento en el conocido “Programa de Marburgo”, en el cual establece los diversos fines preventivo-especiales que debe cumplir la pena, según sea la peligrosidad del delincuente: (1) *corrección* de los delincuentes capaces y necesitados de corrección; (2) *intimidación* de los delincuentes no necesitados de corrección (delincuentes ocasionales); (3) *neutralización* de los delincuentes no susceptibles de corrección⁸¹.

b) *Prevención especial y poena naturalis*.

Partimos de la premisa de que la teoría preventiva especial busca imponer la pena a modo de tratamiento para poder reinsertar al delincuente en la sociedad, adaptándose ésta a las necesidades del hechor. Dentro de un sistema preventivo-especial, la noción de *poena naturalis* juega un importante papel, puesto que vendría a descartar la aplicación de una sanción judicial, en aquellos casos donde la pena no cumpliría ningún fin resocializador, pues el hechor no requiere tratamiento alguno, ya que las probabilidades de que vuelva a cometer el mismo hecho son, por decir lo menos, escasas. Inclusive, es una conclusión a la que es natural llegar, desde los argumentos de esta teoría, en aquellos casos donde el hecho base fue cometido con dolo. Así pues, tendríamos que aceptar que el sujeto especialista en robos por escalamiento que en una de sus hazañas cae quedando parapléjico, ha de quedar absolutamente impune⁸², ya que no habría pena capaz de resocializarlo, puesto que no podrá volver a cometer los delitos que solía cometer.

Como señalan Roxin, Arzt y Tiedemann, en estos casos “(...) falta cualquier peligro de repetición del delito, no son necesarios efectos especial preventivos (...)”⁸³. De este modo, el sujeto no requiere resocialización alguna, puesto que no volverá a cometer delitos de la especie perpetrada, dadas las especiales condiciones en que éste se dio. En otras palabras, “no suele ser pronosticable el que cometan en el futuro nuevos delitos que tuvieran que ser prevenidos a través del cumplimiento de una pena privativa de libertad”⁸⁴.

No obstante lo anterior, si bien dentro de un modelo preventivo especial absolutamente puro la pena natural encaja sin problemas, en la práctica resulta difícil conciliar esta solución en los casos de delitos cometidos con dolo. Así, es fácil imaginar razones de corte retributivo o de prevención general negativa que no haría aconsejable la dispensa de pena, las cuales, no obstante, no impiden una rebaja parcial de ésta⁸⁵. En similar sentido, esto no obsta a que desde la perspectiva preventivo-especial también sea justificable imponer una pena estatal en casos de *poena naturalis*. Todo dependerá de la entidad del mal sufrido por el hechor, y la idoneidad de este para compensar la pena estatal a sufrir, resultando bien en una dispensa de la pena, bien en una rebaja de la misma.

⁸¹ VON LISZT, Franz, *La idea de fin en el derecho penal*, trad. AIMONE GIBSON, Enrique, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 115.

⁸² CURY, *Derecho penal*, cit. nota n° 77, p. 69.

⁸³ ROXIN, Claus, ARZT, Gunther, TIEDEMANN, Klaus, *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, trads. ARROYO ZAPATERO, Luis, GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, Barcelona: Editorial Ariel, 1989, p. 69.

⁸⁴ ROXIN/ARZT/TIEDEMANN, *Introducción*, cit. nota n° 83, pp. 62 - 63.

⁸⁵ CURY, *Derecho penal*, cit. nota n° 77, p. 69.

2.2.2. Prevención general.

a) *Prevención general negativa.*

Para esta postura, la pena tiene como finalidad el disuadir e intimidar a los integrantes de una comunidad de cometer delitos⁸⁶. Esta teoría fue fundada originalmente por Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833).

Feuerbach concibe al Estado como una entidad éticamente neutral, como un instrumento cuya finalidad es el aseguramiento externo, de modo coactivo, de la libertad de los individuos⁸⁷. Siguiendo esta idea, toda lesión jurídica contradice este fin que pretende lograr el Estado, para lo cual este tiene el deber de hallar los medios que le permitan evitar este tipo de lesiones. Así, va a postular a la norma penal como factor inhibitorio de estas conductas indeseadas, entendida esta como un vínculo psicológico. Feuerbach fundamenta esta postura en que:

“Todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es lo que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que *a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho.*”⁸⁸

Otra faz de esta postura, tiene lugar en el momento de ejecución de la pena, en donde la aplicación efectiva de la sanción busca intimidar a la población para inhibir la comisión de delitos⁸⁹.

b) *Prevención general positiva.*

Esta noción entiende el mensaje de la norma como directriz para la sociedad en su conjunto⁹⁰. Para estos autores, la forma de motivar a los ciudadanos para no lesionar los bienes jurídicos es el fortalecimiento en la convicción de la población sobre la intangibilidad de los bienes jurídicos, a través de la imposición de la pena⁹¹.

Dentro de esta corriente, Hassemer señala que “estos instrumentos [la conminación penal y la ejecución de la pena] no deben emplearse con un fin intimidatorio, sino para *asegurar las*

⁸⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, p. 71.

⁸⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, p. 74.

⁸⁸ FEUERBACH, Anselm v., *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, trads. ZAFFARONI Eugenio, HAGEMEIERS Irma, 2ª edición, Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 60. Esta inhibición psicológica, de difícil comprobación, se ha intentado reinterpretar de manera normativa, en el sentido de que todos los ciudadanos deben conocer las leyes. Es necesario destacar también las influencias que este pensamiento ha tenido en John Stuart Mill y Jeremy Bentham, y posteriormente en el Análisis Económico del Derecho.

⁸⁹ GARCÍA CAVERO, Percy, “Acerca de la función de la pena”, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 6 (2005), p. 130.

⁹⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, pp. 165-166.

⁹¹ GARCÍA CAVERO, “Función de la pena”, cit. nota n° 89.

normas e influir así en otros procesos de control social menos públicos y enérgicos”⁹². Lo que se busca, entonces, es una influencia a largo plazo de la norma penal dentro de la sociedad, con el objeto de reforzar la conciencia jurídica, las convicciones valorativas y ejercitando la fidelidad al derecho⁹³.

Feijoo divide en tres los efectos de esta teoría: en primer lugar, un efecto sociopedagógico de aprendizaje o ejemplaridad de la pena justa; en segundo lugar, un efecto de confianza en la protección que dispensa el ordenamiento y en las normas vigentes; en tercer lugar, el restablecimiento de la paz jurídica o un efecto de pacificación social que tiene efectos preventivos en sí mismos⁹⁴.

c) *Prevención general y poena naturalis.*

Tratándose de la prevención general negativa, debido a las terribles secuelas del delito, no resulta necesaria la aplicación de una pena⁹⁵. Dado el grave perjuicio causado al agente, a su vez, los potenciales sujetos activos de delitos se sentirán también intimidados, ya no por la aplicación de la *poena forensis*, sino por los perjuicios en que se ha traducido el riesgo de la conducta que ellos mismos pretenderían ejecutar. Así pues, la reducción del impulso sensual, o bien el estímulo negativo, está dado por la punición natural de la acción, cuestión que será un mensaje de no menor envergadura. Éste consistirá en que, para los delitos cometidos con dolo, aun eximiendo la posibilidad de ser descubierto, existen riesgos innatos en la acción a ejecutar, que pueden desembocar en un perjuicio igual o mayor al de sufrir una pena. En el caso de los delitos culposos, el incentivo sería a guardar y extremar los deberes de cuidado en las acciones de por sí riesgosas, a efectos de no cometer imprudencias que puedan acarrear perjuicios susceptibles de ser lamentados.

Dentro de un sistema de prevención general negativa, el tribunal deberá disponer los medios para que su decisión sea, indudablemente, intimidadora. Puede darse el caso de un hecho cometido con dolo, producto del cual existe una *poena naturalis*, y el tribunal decida dispensar totalmente de la pena. En esos casos, bien podría resultar el efecto adverso, y es que la población no se sienta realmente intimidada por la decisión, no valorando de manera equivalente a la pena estatal el perjuicio sufrido por el sujeto.

En cuanto a la prevención general positiva, creemos que no tambalea la autoridad del derecho al dispensar de pena a quien sufre una *poena naturalis*. Nadie pondría en duda la intangibilidad de los bienes jurídicos por el hecho de dispensar del todo o parte de pena a quien ha sufrido un mal producto de la comisión de un delito. Por el hecho de que el Estado opte por no aplicar una pena en estos casos, o bien rebajar la sanción a imponer, la sociedad no pensará en la conveniencia de cometer delitos, pues el perjuicio que le ha acarreado al autor, pese a no ser estatal, es de tal entidad que puede ser considerada un equivalente del

⁹² HASSEMER, Winfred, *Fundamentos del derecho penal*, trads. MUÑOZ CONDE, Francisco, ARROYO ZAPATERO, Luis, Barcelona: Bosch, 1984, p. 393.

⁹³ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, p. 168.

⁹⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, pp. 170-171.

⁹⁵ ROXIN/ARZT/TIEDEMANN, *Introducción*, cit. nota n° 83, p. 69.

reforzamiento judicial de la intangibilidad de los bienes jurídicos, afianzando la disposición a llevar una vida conforme a derecho.

Reforzando esta idea, Hassemer señala que el aseguramiento de las normas no sólo se puede producir a través de la criminalización y agravación de los comportamientos, sino también a través de la descriminalización de estos o la atenuación de las penas⁹⁶.

Sin embargo, nuevamente nos encontramos con los casos en que el hecho base fue cometido con dolo. Efectivamente, la sociedad podría reaccionar de forma adversa, no aceptando esa punición natural del vicio como un equivalente de la sanción estatal. En estos casos, la prevención general positiva no podrá justificar una dispensa total de la pena, sino, cuando más, su rebaja.

2.3. Teorías de la unión y *poena naturalis*.

2.3.1. Teoría dialéctica de la unión de Roxin.

El objetivo de Roxin será aunar las diversas teorías anteriores, a efectos de que sus defectos se neutralicen, equilibrando sus principios, y resaltando los diferentes aspectos positivos de cada uno en una síntesis. Fundamenta esto en que el derecho penal ciertamente se enfrenta al individuo de tres maneras, amenazando, imponiendo y ejecutando penas. Estos tres estadios no actúan de forma independiente, sino que se estructuran unos sobre otros, y los subsiguientes han de tomar las conclusiones de los precedentes⁹⁷.

De esta manera, el autor toma las distintas teorías y sitúa el fin que busca cada una dentro de las distintas fases de la pena, no siendo esto, sin embargo, una separación tajante⁹⁸: (1) conminación legal abstracta: prevención general, (2) aplicación judicial: retribución o pena adecuada a la culpabilidad, y (3) ejecución: prevención especial entendida como resocialización. Como señala Roxin:

“La idea de prevención general se ve reducida a su justa medida por los principios de subsidiaridad y culpabilidad, así como por la exigencia de prevención especial que atiende y desarrolla la personalidad. La culpabilidad no justifica la pena por sí sola, sino que únicamente puede permitir sanciones dentro de lo imprescindible por motivos de la prevención general y en tanto no impida que la ejecución de la pena se conforme bajo el aspecto de prevención especial. Y, como hemos visto, de la misma manera la totalidad de los principios restantes preservan a la idea de corrección de los peligros de una adaptación forzosa que violara la personalidad del sujeto”⁹⁹.

En el caso de la *poena naturalis*, nos centramos en el ámbito de la aplicación judicial de la pena. Por lo mismo, como Roxin arguye la utilización de la pena adecuada a la culpabilidad en este punto, nos remitiremos a lo dicho respecto de la *poena naturalis* en el marco de las teorías retributivas. Agregamos que, como explica Durán Miglardi, las concepciones

⁹⁶ HASSEMER, *Fundamentos*, cit. nota n° 92, p. 393.

⁹⁷ ROXIN, “Sentido y límites”, cit. nota n° 39, p. 20.

⁹⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, p. 219.

⁹⁹ ROXIN, “Sentido y límites”, cit. nota n° 39, p. 34.

absolutas de la pena tienen mucho que ver con el principio de proporcionalidad, puesto que el principio de culpabilidad –como vimos anteriormente– no solo sirve como fundamento de la aplicación de la pena, sino también como de su medida, no pudiendo sobrepasar ésta la medida de aquél¹⁰⁰. Dichos principios, entonces, van a marcar la concepción dialéctica de Roxin, al momento de determinar la pena que le corresponde al autor. En definitiva, la autopunición del vicio va a producir una compensación de la culpabilidad del autor, lo cual permitirá una dispensa o rebaja de la pena correspondiente.

2.3.2. Teoría funcional de Jakobs.

Günther Jakobs va a poner en cuestión que la función del derecho penal sea motivar a las personas para que no lesionen bienes jurídicos. Esto, en la medida en que el derecho penal aparece cuando los bienes jurídicos ya han sido lesionados. En muchos casos, aparece aun no habiendo lesión de ellos (como en los casos de tentativa)¹⁰¹. De esta manera, para Jakobs la pena será “siempre la reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haberse infringido la norma”¹⁰².

El derecho penal lo que protege es la vigencia de las normas, como modelo de orientación para los comportamientos sociales, vigencia que es puesta en duda por parte de quien vulnera estas normas. La pena operará, entonces, como una réplica ante esta vulneración, confirmando, así, el pleno vigor de la norma.

Apreciamos aquí un vínculo con los postulados de Hegel, pues, para este último, la pena venía a ser la “negación de la negación del derecho”¹⁰³. Para Jakobs, la función de la pena será comunicar a la sociedad que aquella norma que un sujeto puso en entredicho al vulnerar, sigue vigente y su infracción trae aparejada una consecuencia para quien la quebrante.

En cuanto a la relación entre esta postura y la *poena naturalis*, Choclán Montalvo indica que, en caso de existir una autopunición natural del vicio, la expectativa social de restablecimiento del orden jurídico desaparece, ya que el conflicto social se ha resuelto de forma natural¹⁰⁴. Como el autor ya ha recibido un castigo, aunque no estatal, pero castigo al fin y al cabo, la comunidad ya no necesita reforzar el sentimiento de vigencia de la norma. “La vigencia de la norma no puede reafirmarse mediante la aplicación de sanciones que se sientan desproporcionadas por la comunidad, pues el Derecho, para merecer aquella confianza, debe conducir a soluciones justas”¹⁰⁵.

Como bien resume Jakobs, al aplicar una *poena forensis*, el delincuente debe reparar el daño producido, entregando su libertad o dinero, entregando tal cantidad de estos que su

¹⁰⁰ DURÁN MIGLARDI, “Teorías absolutas”, cit. nota n° 58, p. 126.

¹⁰¹ GARCÍA CAVERO, “Función de la pena”, cit. nota n° 89, p. 135.

¹⁰² JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit. nota n° 29, p. 8.

¹⁰³ HEGEL, *Filosofía del derecho*, cit. nota n° 63, p. 108.

¹⁰⁴ CHOCLÁN, “La pena natural”, cit. nota n° 6, p. 1911.

¹⁰⁵ CHOCLÁN, “La pena natural”, cit. nota n° 6, p. 1911.

decisión de cometer el hecho aparezca, *a posteriori*, como incomprensible según un juicio general¹⁰⁶. De este modo, en los casos de *poena naturalis*, el único cambio que se produce es aquello que “entrega” el hechor, y que, por lo general, serán bienes más valiosos que su libertad o dinero.

3. La pena natural y las dimensiones de la pena.

3.1. Planteamientos doctrinales sobre las dimensiones fáctica y comunicativa de la pena.

Continuando con el análisis de la *poena naturalis* en el marco de la teorización general acerca de la pena, hemos llegado al punto de analizar la justificación de la existencia de esta institución en el marco de la naturaleza de aquello que denominamos pena. A efectos de delimitar y sistematizar los ámbitos que analizaremos, vamos a seguir una categoría utilizada por Silva Sánchez, quien distingue dos dimensiones de la pena: fáctica y comunicativa¹⁰⁷. Ambas dimensiones ponen de relieve un particular aspecto de la pena, y respecto de cada una podemos encontrar una ascendencia filosófica, que nos permitirá clarificar el sentido de una y otra.

En lo que refiere a la dimensión comunicativa, simbólica o expresiva de la pena, desde una perspectiva profundamente idealista, podemos decir que la pena es únicamente un acto comunicativo o expresivo, que confirma la identidad normativa de la sociedad¹⁰⁸. Lo esencial de la pena, aquello que la constituye, es la comunicación de la reprobación moral del delito¹⁰⁹. En efecto, el eje central de dicha argumentación está en la concepción de la pena como un acto comunicativo, mediante el cual el ordenamiento jurídico le reprocha al sujeto su infracción de la norma, y con lo cual, declara a la sociedad que dicha norma vulnerada sigue vigente.

Pues bien, si atendemos a que, en la práctica, la pena es sentida irrefutablemente como un mal, el planteamiento unidimensional expresivo nos conduce a la siguiente disyuntiva: o bien renunciamos a la concepción puramente comunicativa de la pena, o bien procedemos a eliminar el *dolor penal*, aceptando como suficiente la comunicación de la confirmación de la vigencia de la norma.

De acuerdo a lo expresado, este enfoque no logra explicar el por qué, para comunicar que la norma sigue siendo una expectativa vinculante, habría de ser necesario causar un mal al infractor, como innegablemente sucede en la realidad¹¹⁰. En otras palabras, si para reafirmar la vigencia de la norma basta con el comunicar al delincuente su infracción y a la sociedad que la norma sigue en vigor, ¿por qué en la práctica se lesionan los derechos del

¹⁰⁶ JAKOBS, Günther, *El derecho penal como disciplina científica*, trad. VAN WEEZEL, Alex, España: Civitas, 2008, p. 98.

¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Patologías del dolor penal”, *InDret penal*, Nº 1 (2015), pp. 1-3, en: www.indret.com/pdf/editorial.2_8.pdf [visitado el 15.08.2015], p. 1.

¹⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Del derecho abstracto al Derecho ‘real’”, *InDret penal*, Nº 4 (2006), pp.1-6, en: www.indret.com/code/getPdf.php?id=904&pdf=377_es.pdf [visitado el 15.08.2015], p. 1.

¹⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Prevención del delito y reducción de la violencia”, *Ita Ius Esto*, Nº 2 (2011), p. 32.

¹¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, “Del derecho abstracto”, cit. nota nº 108, p. 1.

infractor con la pena? Esta es la pregunta que estas teorías unidimensionales no logran responder, y que si bien resultan teóricamente coherentes, como señala Silva Sánchez, “lo más problemático para la discusión doctrinal es lo que para un profano que eche una ojeada a las cárceles resultaría, sin embargo, más evidente: que la pena constituye un sufrimiento que se padece”¹¹¹. Por ende, el considerar que si al hombre medio se le diera la posibilidad de recibir la pena o no recibirla, indudablemente la rechazaría, resulta indispensable a la hora de formular un planteamiento sobre la pena que logre abordar todas sus dimensiones. En consecuencia, sostener una teoría tan alejada de la realidad resulta, incluso, peligroso. Sobre todo en una disciplina como el derecho penal, en la cual están en juego las más esenciales condiciones de desarrollo de la persona.

En cuanto a la dimensión fáctica de la pena, podríamos circunscribir dentro de un pensamiento empirista extremo el concebir a la pena, exclusivamente, como la irrogación de un mal a quien comete un delito. Recordemos lo planteado en el capítulo anterior, a propósito de los autores que adherían al pensamiento utilitarista en el marco de la prevención general negativa, para quienes la pena es un estímulo doloroso que operará sobre la voluntad del sujeto, quien egoístamente siempre busca el placer, evitando el dolor. Por lo tanto, para dicha postura basta conceptualmente el entender a la pena como un mal a aplicar, pues sólo con este concepto, y únicamente con él, se logrará el fin preventivo que se le otorga. El objetivo es configurar coactivamente un daño o una pérdida a irrogar a quien cometa un delito, con el propósito de producir un efecto psicológico sobre los sujetos, haciendo que se abstengan de cometer ilícitos.

Con todo, el adoptar una postura empirista extrema implica soslayar la diferencia existente entre la naturaleza de la coacción ejercida por el derecho penal y la naturaleza de la violencia a la cual trata de hacer frente, pues la primera no se agota en ser un mal, sino que tiene un elemento positivo: reafirma en términos formales el orden conmovido por la violencia social¹¹². Ahora bien, con matices propios de la discusión doctrinal, tradicionalmente siempre se ha considerado a la pena como la irrogación de un mal¹¹³. En ese entendido, la dimensión fáctica de la pena ha estado siempre presente, entendida como la provocación al hechor de un mal, un daño, un dolor.

Ahora bien, como puntualiza Silva Sánchez, el dolor también puede “expresar” y el simbolismo también puede “doler”¹¹⁴. Sentado esto, para dicho autor la solución más correcta no es entender a la pena bien como un dolor, bien como un acto comunicativo, sino que ambas son dimensiones necesarias de la misma realidad, complementarias y constitutivas de la naturaleza de la pena. Así pues, reconociendo la relevancia que tiene el aspecto fáctico a la hora de caracterizar a la pena, diversos han sido los autores que, dentro

¹¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “A duras penas”, en: EL MISMO, *Tiempos de derecho penal*, Argentina: B de F, 2009, p. 33.

¹¹² SILVA SÁNCHEZ, “Prevención”, cit. nota n° 109, p. 27.

¹¹³ Con amplias referencias, FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, p. 288. Para un panorama de los distintos conceptos de pena que se han formulado a lo largo de la historia, ver GUZMÁN DALBORA, *La pena*, cit. nota n° 50, pp. 8 y ss.

¹¹⁴ SILVA SÁNCHEZ, “Patologías”, cit. nota n° 107, p. 1.

de una teoría comunicativa, han intentado integrar ambos aspectos como parte de la misma teoría. Uno de dichos autores es Günther Jakobs.

Como sabemos, en un primer momento, Jakobs adscribía a una postura de prevención general positiva, y luego fue urdiendo su modelo funcional de la pena. Dentro de los trabajos que fundamentan este, comienza a esbozar la relevancia del “mal” o “dolor” dentro de dicha teoría. La base sobre la cual Jakobs comienza a teorizar consiste en que el agente, con su delito, configura una determinada realidad, en donde su acción (por ejemplo, matar a otro) es válida, contradiciendo la norma. Por lo mismo, la pena no puede ser un mero dolor o aflicción infligido al agente, ya que el daño provocado por éste va más allá del plano fáctico: es un daño a la vigencia del ordenamiento jurídico. Así, “debe ser una respuesta con el contenido de que el ataque del autor contra la estructura normativa de la sociedad no es determinante y que esta estructura mantiene su configuración sin modificaciones”¹¹⁵.

Sin embargo, agrega Jakobs, “una comunicación que tiene lugar a través de una mera denominación es etérea, y eso puede que no sea suficiente frente a un hecho que no se agota en una mera afirmación contraria a la vigencia de la norma, sino que también ejecuta el acto que lesiona la vigencia”¹¹⁶. Dicho en otras palabras, el autor no sólo comunica que para él la norma no está vigente, sino que materializa aquel enunciado en un hecho concreto y real, “objetivando” dicha comunicación. Por lo mismo, la pena no puede bastarse con comunicar que la norma sigue vigente, debe también objetivar esa comunicación, a través de la privación al autor de sus medios de desarrollo, ya que éste ha de resarcir a la sociedad la erosión en la vigencia de la norma que ha provocado¹¹⁷.

En un trabajo posterior, Jakobs afina esta presencia de elementos empíricos en su teoría, lo que ha sido denominado por Silva Sánchez como un claro “giro fáctico”¹¹⁸ en su concepción. Jakobs se hace cargo de la crítica vertida a las teorías monistas, que concebían a la comunicación de la sanción como fin en sí mismo al restaurar comunicativamente la vigencia de la norma, tomando el reto de integrar el “dolor” en su teoría de la pena. Y no lo intenta tocar de modo tangencial, sino que se pregunta directamente: “[s]in embargo, permanece sin resolver la cuestión de por qué precisamente se elige infligir dolor como símbolo, y no otra cosa. Pues téngase en cuenta que ya el fallo condenatorio constituye una contradicción del delito. ¿Por qué es necesario, además, un dolor producido por la pena?”¹¹⁹.

Jakobs argumenta que el derecho, para ser real, no basta con que ofrezca una orientación normativa para el potencial autor, sino también para las potenciales víctimas¹²⁰. Así pues, debe brindar a estas la seguridad para ejercer sus derechos, alejando la probabilidad de que dentro de ese ejercicio legítimo, se conviertan en víctimas. Para hacer uso de su derecho, la

¹¹⁵ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trads. CANCIO MELIÁ, Manuel, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, España: Civitas, 2003, p. 51.

¹¹⁶ JAKOBS, *Normativización*, cit. nota n° 115, p. 52.

¹¹⁷ JAKOBS, *Normativización*, cit. nota n° 115, p. 52.

¹¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, “Del derecho abstracto”, cit. nota n° 108, p.1.

¹¹⁹ JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, trads. CANCIO MELIÁ, Manuel, FEIJOO SÁNCHEZ, Madrid: Civitas, 2006, p. 135.

¹²⁰ JAKOBS, *La pena estatal*, cit. nota n° 119, p. 139.

conciencia de tenerlo “no basta para el uso de los derechos si a ello no se suma la conciencia de que no se producirán (...) pérdidas en los intereses del agente”¹²¹. Y en este punto, Jakobs concluye que “el dolor sirve para la salvaguardia cognitiva de la vigencia de la norma; éste es el fin de la pena, como la contradicción de la negación de la vigencia por parte del delincuente es su significado”¹²². Esto se explica pues la mera contradicción a través de la pena no cambia nada. En cambio, al infligir al autor un dolor penal de tal intensidad que su hecho se aprecie generalmente como un fracaso, se asegura que, en un futuro, el apoyo cognitivo de la norma no será, al menos, peor que antes¹²³.

En definitiva, se inflige dolor por razones preventivas, con el objeto de producir confianza real en que algunos se abstendrán de delinquir¹²⁴, y por ende, existirá menor probabilidad de ser víctima de un delito mientras se ejerce de manera legítima un derecho. Dicho en otros términos, quien no encuentra ninguna razón normativa para preocuparse de ser fiel al derecho, al menos, tiene una razón cognitiva para ello: la pena duele¹²⁵.

Por supuesto, otros autores también han aportado a la construcción de una teoría de la pena en donde el dolor sea un aspecto integrado dentro de la misma. Carlos Gómez-Jara intenta concebir al dolor como un constructo comunicativo, en el marco de una teoría retributiva de la pena. Así, este autor parte de la premisa de que el sistema jurídico no tiene acceso al interior de la *psique* humana, y por tanto, el dolor no puede jugar un papel por sí mismo. Lo que sí despliega ciertos efectos es la comunicación normativa sobre el dolor¹²⁶, y este dolor, como portador de significados, solo pertenecerá al concepto de pena, mientras contribuya normativamente a la autocomprensión de la sociedad moderna, aumentando las probabilidades de éxito de la comunicación¹²⁷.

De esta forma, como el sistema jurídico no puede acceder a la *psique* humana, mal podríamos justificar la irrogación de un mal en el efecto psicológico que este pueda provocar en los individuos. Por ello, lo relevante del mal es en realidad su significado comunicativo. Ahora bien, este significado, como destaca Gómez-Jara, va a depender de la sociedad en la que estemos, constatando que el dolor físico tiene una relevancia cada vez menor en las sociedades modernas, a través del desarrollo de salidas alternativas a la pena. Como podemos apreciar, este autor es más cauto que Jakobs a la hora de admitir influjos fácticos dentro de su teoría normativa, manteniendo, en todo caso, al “dolor penal” subordinado a las necesidades de comunicación del sistema jurídico, pero entendiéndolo, conceptualmente, como parte de la pena.

Otro autor que ha contribuido en la discusión es Juan Pablo Mañalich. Al tratar la función comunicativa de la pena en el marco del retribucionismo expresivo, postula una ligazón

¹²¹ JAKOBS, *La pena estatal*, cit. nota n° 119, p. 141.

¹²² JAKOBS, *La pena estatal*, cit. nota n° 119, p. 141.

¹²³ JAKOBS, *La pena estatal*, cit. nota n° 119, p. 142.

¹²⁴ SILVA SÁNCHEZ, “Prevención”, cit. nota n° 109, pp. 36-37.

¹²⁵ GÓMEZ-JARA, Carlos, “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿el dolor penal como constructo comunicativo?”, *Indret penal*, N° 2 (2008), pp. 1-31, en: www.indret.com/code/getPdf.php?id=1130&pdf=530.pdf [visitado el 15.08.2015], p. 16.

¹²⁶ GÓMEZ-JARA, “La retribución comunicativa”, cit. nota n° 125, p. 16.

¹²⁷ GÓMEZ-JARA, “La retribución comunicativa”, cit. nota n° 125, pp. 16-17.

entre la expresión del reproche y la irrogación del mal. A este respecto, señala Mañalich, si hiciéramos una dicotomía entre la expresión de reproche y la irrogación del mal, debiésemos tener una razón adicional que justifique esta última por sí sola. El autor señala que no se debe diferenciar el momento expresivo del reproche de la mera irrogación del mal, concibiendo a esto último como la materialización de una actitud reactiva, en la suspensión, más o menos extensa o intensa, de la disposición favorable que toda persona tiene respecto de otra a quien considera un *alter ego* moral¹²⁸ (es decir, una persona). En ese entendido, la expresión del reproche no tiene lugar mediante una declaración, como pueden serlo un veredicto o la determinación de la culpabilidad, pues estos sólo son *condiciones procedimentales* necesarias para su merecimiento¹²⁹. En realidad, “la irrogación de un mal es el modo por el cual tiene lugar la expresión de reproche”¹³⁰. Explica esto claramente al señalar que “el declarar que se reprocha puede no equivaler a efectuar un reproche, tal como decir “te insulto” no constituye un insulto”¹³¹.

Ahora bien, esto no significa que, en ciertas ocasiones, baste una declaración de culpabilidad para expresar adecuadamente el reproche punitivo, pero en estos casos esa declaración ya tendría que contar como la irrogación de un mal¹³². Con todo, Mañalich concluye que esta ligazón es convencional, y por ende contingente. En consecuencia, es posible pensar en otros símbolos convencionales para la expresión institucional del reproche¹³³.

Por su parte, Feijoo inicia sobre la base de que todo delito no solo produce un daño fáctico a la víctima, sino también un daño comunicativo a toda la sociedad. Y, precisamente, el castigo de ese hecho pasado en proporción a la lesividad social de aquel, solo será legítimo en la medida en que los efectos del delito se proyecten hacia el futuro¹³⁴. En otros términos, el delito no solo ha cuestionado la vigencia de una norma en sentido abstracto; no solo ha lesionado una relación interpersonal; el delito ha erosionado, o colaborado a erosionar, las condiciones existentes para el desarrollo general de la libertad¹³⁵.

En virtud de aquello, lo que hace la pena es reparar comunicativamente el daño a la juridicidad producido por el delito. No basta considerarla como una expresión al delincuente acerca de la inconveniencia de la desobediencia al derecho, pues ello no basta para resarcir el real daño producido por el delito, cual es, su lesividad social que va más allá del daño material concreto a la víctima, dados los efectos que produce hacia el futuro. Así pues, ¿cómo reparamos este mal producido? Feijoo reconoce que, en casos de cierta entidad, como sociedad no hemos encontrado otra fórmula para reparar el daño social que

¹²⁸ MAÑALICH, Juan Pablo, “Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena”, en: KINDHÄUSER, Urs, MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo: B de F, 2011, p. 59

¹²⁹ MAÑALICH, “Retribucionismo expresivo”, cit. nota n° 128, p. 58.

¹³⁰ MAÑALICH, “Retribucionismo expresivo”, cit. nota n° 128, p. 58.

¹³¹ MAÑALICH, “Retribucionismo expresivo”, cit. nota n° 128, p. 59.

¹³² MAÑALICH, “Retribucionismo expresivo”, cit. nota n° 128, p. 59.

¹³³ MAÑALICH, “Retribucionismo expresivo”, cit. nota n° 128, p. 60.

¹³⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, p. 276.

¹³⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, p. 291.

produce el delito, que una equivalente restricción tangible de derechos al responsable¹³⁶. De esta manera, la pena debe ser justificada dada su necesidad hacia el futuro, en cuanto a los perjudiciales efectos que provocaría un delito sin respuesta. De esta forma, la intervención del Estado se justifica no solo para sentar que ha existido una desviación del orden establecido, sino para reparar las consecuencias de dicha desviación, pues en caso contrario, se mantendrían en el tiempo, acumulándose con otras¹³⁷.

En definitiva, para Feijoo, la necesidad del mal no se justifica para expresar lo que sea o no conforme a derecho, ni para declarar que tal o cual conducta es formalmente inválida, sino que se justifica por el deber que tiene el Estado de intervenir para “expulsar o, al menos, paliar los nocivos efectos sociales que el delito ha introducido en el mundo”¹³⁸. Por tanto, la pena es un instrumento de reparación o restablecimiento de la lesión comunicativo-social (y no psicológico-social) que conlleva el comportamiento delictivo¹³⁹.

3.2. La *poena naturalis* en el marco de las dimensiones fáctica y comunicativa de la pena.

Hemos realizado este pequeño periplo doctrinal para obtener una base que nos permita justificar la noción de pena natural de cara a la concepción que se ha de tener de pena. Así pues, la primera conclusión que podemos extraer es que, no importando la adscripción a un coherente sistema comunicativo de concepción de la pena, no son desechables, *a priori*, influjos fácticos dentro de la fundamentación del sistema.

Aquí nos haremos cargo de la crítica formulada por Guzmán Dalbora a la *poena naturalis*. Recordemos lo dicho al término del primer capítulo, acerca del pensamiento de este autor respecto de la pena, para quien esta constituye un “puro nómeno”, señalando tajantemente que “en el mundo real, es decir, como fenómeno o manifestación empírica, [la pena] sencillamente no existe”¹⁴⁰.

Continuando con esta idea, alega, siguiendo a Rivacoba, que “la cuestión de que la pena tenga que ser un mal (o un bien) es un sinsentido que debiera ser definitivamente desterrado de las elaboraciones filosóficas o científicas sobre esta parcela del ordenamiento jurídico (...)”¹⁴¹. Con todo, el autor señala que estos planteamientos no quitan un ápice de realidad a los diversos efectos sociales que produce la pena, pero esto ya es un análisis propio de la sociología, y no del derecho, cual es el análisis que nos compete¹⁴².

Sin embargo, si la pena no fuese concebida como un mal (en palabras de Feijoo, “algo entendido intersubjetivamente como un mal”¹⁴³), o bien no contemplara, conceptualmente, la previsión de un mal a aplicar en caso de infracción de la norma, el sistema corre el riesgo de abstraerse de sucesos reales, y que explican, en mayor o menor medida, el

¹³⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n°47, p. 287.

¹³⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n°47, pp. 287-288.

¹³⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n°47, p. 290.

¹³⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n°47, p. 291.

¹⁴⁰ GUZMÁN DALBORA, *La pena*, cit. nota n° 50, p. 16.

¹⁴¹ GUZMÁN DALBORA, *La pena*, cit. nota n° 50, p. 23.

¹⁴² GUZMÁN DALBORA, *La pena*, cit. nota n° 50, p. 16.

¹⁴³ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, p. 288.

funcionamiento del derecho, y su justificación. Con todo, hacemos propio lo señalado por Mañalich en orden a que este planteamiento es contingente, y por tanto en otros tiempos la pena puede dejar de ser concebida como un mal.

Por otro lado, en cuanto a los autores que estudian a la pena desde un punto de vista exclusivamente comunicativo, si bien podemos divagar en torno a su justificación y lo coherente que resulta un sistema así, “ni el delito, ni la pena, ni sus sujetos se mueven sólo en el plano de la comunicación ideal”¹⁴⁴.

En este punto surge la noción de *poena naturalis*, la cual constituye, como sabemos, una lesión o mal que recae en el autor del delito. Por ende, estamos ubicados en el plano de la dimensión fáctica de la pena. Entonces, ¿es justificable la institución de la *poena naturalis* en un sistema que concibe a la pena desde estas dos dimensiones constitutivas y necesarias de la misma? Pues ciertamente que sí. La pena natural vendría a ser, utilizando los términos de Silva Sánchez respecto al remordimiento¹⁴⁵, un *equivalente funcional de la dimensión fáctica de la pena*. En términos normativistas, diríamos con Feijoo, que pueden existir factores posteriores a la comisión del delito (como un caso de pena natural), que pueden modificar el significado comunicativo del hecho, haciendo posible estabilizar la norma con menos pena¹⁴⁶.

De alguna manera, el hecho ilícito que reprueba la vigencia de la norma no tiene la entidad suficiente para erosionar dicha vigencia y, es más, la sociedad sentiría como injusta una sanción aplicada en dichos supuestos. Desde otro punto de vista, no existe necesidad de pena, bien por falta de posibilidad de reiteración, bien porque, aun existiendo esta posibilidad, la aplicación de una pena resultaría desproporcionada, atendidos los graves efectos que produjo el delito en el hechor. Así pues, “solo si la violencia que conlleva el Derecho penal resulta socialmente más tolerable que la que se produciría si se renunciara a este, cabrá sostener su legitimación”¹⁴⁷. A *contrario sensu*, si la violencia que conlleva el derecho penal no resulta más tolerable que la producida al renunciar a éste, como puede suceder en casos de *poena naturalis*, no es justificable esta intervención estatal. De esta manera, para que pueda ser legítima la aplicación del *ius puniendi*, la sanción a aplicar debe ser sentida como necesaria, proporcional al hecho cometido, adecuada a las circunstancias del caso.

Como señala Silva Sánchez,

“un castigo sentido como justo es esencial para producir en el sujeto un “*acknowledgment of shame*” (reconocimiento de la vergüenza); algo que se halla en la base de la pretensión disuasoria. En cambio, un castigo sentido como injusto (con la consiguiente vergüenza no reconocida) puede invitar al desafío (*defiance*) y a una correlativa manifestación de “orgullo” que puede llevar a incrementar el delito en el futuro”¹⁴⁸.

¹⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, “Del derecho abstracto”, cit. nota n° 108, p. 1.

¹⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, “Remordimiento”, cit. nota n° 7, p.3.

¹⁴⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena*, cit. nota n° 47, p. 278.

¹⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, “Prevención”, cit. nota n° 109, p. 28.

¹⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, “Prevención”, cit. nota n° 109, p. 33.

En estos términos, no podría considerarse justa, necesaria o proporcional la aplicación de una pena en aquellos casos en que el sujeto ha resultado gravemente perjudicado, dañado o lesionado con la perpetración de su delito. Y esto se explica porque la pena es entendida, conceptualmente, y amén de su dimensión comunicativa, como una privación de derechos o, dicho en otros términos, como una sanción intersubjetivamente entendida como un “mal”.

En conclusión, cerrando esta primera parte de teorización conceptual acerca de la pena natural, podemos explicar este sentimiento de injusticia que produce la aplicación de una *poena forensis* en casos de *poena naturalis*, dado que concebimos a la pena, en parte, como un mal. Por lo mismo, y ya que el autor ha sufrido un mal por la comisión de su delito, que reciba otro con causa del mismo suceso resulta desproporcionado, y aquella intervención estatal adolece de falta de legitimación.

Es más, aun si dejásemos fuera la noción de mal, de todas formas podríamos fundar la aplicación de la *poena naturalis* en la falta de necesidad de estabilización de la norma, al haberse resuelto el conflicto sin necesidad de imposición de una pena. Aunque ello reconduciría necesariamente al por qué ese conflicto se resolvió, y es precisamente porque, socialmente, la pena es concebida –aun sin explicitarlo– como un mal. Ello nos hace pensar que si el sujeto sufre un perjuicio como consecuencia de su delito, la aplicación de la pena podría resultar no proporcional al hecho, la sanción entendida como injusta, y esta imposición producir el efecto contrario al que busca. En definitiva, la pena natural es un equivalente funcional de la dimensión fáctica de la pena, que permite eximir del todo o parte de la sanción a aplicar a un sujeto, cuando resulte dañado por los efectos del delito cometido.

4. Modelos teóricos de solución.

Habiendo delimitado el concepto de *poena naturalis*, su justificación a partir de las teorías de la pena y desde las dimensiones de la misma, corresponde ahora aterrizar dichos conocimientos y apreciar cómo podría aplicarse esta institución en la práctica, es decir, cuáles estructuras jurídicas nos permiten hacer valer la pena natural dentro de un proceso. Luego de delimitarlos, analizaremos si tienen consagración positiva y con qué matices se han introducido, apreciando cómo las diferencias que vimos en el primer capítulo se van expresando en las opciones político-criminales que cada regulación asume dentro del modelo en el que se inscribe. En definitiva, dichos modelos teóricos van a asumir la *poena naturalis* dentro de cuatro formas jurídicas, como señala Manjón-Cabeza: “estos mecanismos nos permitirán prescindir del proceso, de la declaración de culpabilidad o de la pena o, simplemente, atenuar esa pena”¹⁴⁹.

4.1. Facultad del juez para dispensar o graduar la pena.

¹⁴⁹ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, “La *poena naturalis* en el derecho penal vigente”, en: GARCÍA VALDÉS, Carlos *et al.* (Coords.), *Estudios Penal en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, España: Edisofer, 2008, p. 1135.

En un primer caso, podemos imaginar una habilitación expresa por parte de la ley para que el juez pueda eximir o atenuar la pena aplicable, fundada en la existencia de una *poena naturalis*. Pues bien, son diversas las vías jurídicas por las cuales podría quedar este asunto dentro de la esfera de competencias del juzgador.

En consecuencia, ello podría darse, por un lado, a través de una causal de exclusión de punibilidad, en caso de considerar a los supuestos de *poena naturalis* como conductas culpables pero no punibles, ya sea por razones humanitarias o bien por adherir a la teoría de la compensación de culpabilidad. Por otro lado, podemos concebirla como una atenuante o parámetro dirigido al juzgador para orientar la determinación de la cuantía exacta de la pena, como posibilidad de fundar la aplicación de la pena mínima contemplada en el marco penal abstracto. Respecto de ello, nos remitimos a lo dicho *supra* en relación con la naturaleza jurídica de la *poena naturalis*, al señalar su fundamento como compensación de culpabilidad o como excluyente de la punibilidad, discusión que corresponde traer a colación al tratar dichos modelos. Pues bien, en todos estos casos, es facultad privativa del juez la decisión acerca de dar aplicación o no a la institución. De esta manera, “se orienta la labor del magistrado a fin de lograr una decisión más racional, permitiéndole perforar el mínimo de la escala penal y, en determinadas circunstancias, prescindir de la aplicación de pena”¹⁵⁰.

Antes de proseguir, hemos de realizar una prevención en torno a la imposibilidad de considerar a la *poena naturalis* como una eximente de responsabilidad penal. Esto, pues la idea de compensación de culpabilidad podría llevar al equívoco de pensar que esta impide la configuración de aquél elemento del delito, y por ende se puede eximir de pena dada la inexistencia del delito. Ello no es correcto, pues, como apunta Choclán Montalvo, en estos casos nos referimos a una compensación *ex post facto*, y ello significa que en nada se altera la culpabilidad existente al momento del hecho¹⁵¹. De lo que se trata es que la culpabilidad, en tanto deuda contraída por el autor con la sociedad, puede verse compensada por un hecho posterior. Así pues, en este caso, sea cual sea el fundamento que le otorguemos a la pena natural, su aplicación en el ámbito de competencias del juez se restringe a la exclusión de la punibilidad, o bien a la atenuación de la sanción.

Por otro lado, es interesante es la tesis planteada por Daniel Pastor, respecto de las dilaciones indebidas en el proceso penal, para quien estas debiesen operar como un obstáculo procesal para el desarrollo del juicio, al modo de la cosa juzgada, la *litispendencia*, la amnistía, la incapacidad procesal, etcétera¹⁵². Ante ello, es atendible el postulado de Pastor, y podríamos trasladarlo a nuestro ámbito para fundar a la *poena naturalis*, en casos donde ostensiblemente la pena a aplicar fuese innecesaria a todas luces, en comparación con el daño sufrido por el autor del delito. Lamentablemente, esta

¹⁵⁰ HEIM, Andrés, TOLEDO, Alejandro, “El principio de insignificancia y la pena natural como causales de eximición o reducción del castigo penal”, en: <http://www.aapdp.com.ar/wp-content/uploads/2016/03/03toledo.pdf> [visitado el 24.07.2016], p. 7.

¹⁵¹ CHOCLÁN MONTALVO, “La pena natural” cit. nota nº 6, p. 1913.

¹⁵² Ver PASTOR, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.

modalidad no ha encontrado consagración positiva, por lo que, por ahora, su análisis queda a nivel abstracto, no obstante lo cual nos parece una solución sumamente atractiva, y que permite cumplir plenamente el fin que nos hemos propuesto.

4.1.1. Poena naturalis como causal de exclusión de punibilidad.

Pues bien, como señalamos anteriormente, la *poena naturalis* como causal de exclusión de punibilidad puede hallarse fundada tanto en la compensación de culpabilidad como en las razones humanitarias de no aplicar la pena. De esta manera, hemos de realizar una prevención respecto de la compensación de culpabilidad en este caso, pues, si adherimos a esa postura, no podría establecerse un límite penológico a la sanción a aplicar. Esto, pues la culpabilidad es el principio rector al momento de imponer una pena, debiendo ésta ajustarse a aquélla y, por ende, si la culpabilidad está totalmente compensada, no quedará más que eximir totalmente de pena.

Distinto será cuando la *poena naturalis* consigue compensar sólo parte de la culpabilidad, supuesto en el cual serviría sólo para atenuar la pena. Ahora bien, si tuviésemos un caso de *poena naturalis* que compensara totalmente la culpabilidad, pero en la ley encontrásemos un límite penológico a aquélla, con un máximo de pena tolerable (*v. gr.*, si la causal es aplicable solo en aquellos delitos cuya pena máxima sea dos años de privación de libertad), y por tanto aplicásemos una sanción en casos en que ese límite se rebase, estaríamos obviando el principio de culpabilidad y aplicando una pena con fines meramente instrumentales. Tengamos esto presente en la argumentación que sigue.

En los casos de renuncia a la punibilidad, el juez declarará la culpabilidad del hecho de que se trata, sin embargo, por razones político-criminales, la pena que se prevé abstractamente para aquella conducta no se impondrá, por las distintas razones que hemos venido esgrimiendo. Así, puede dispensarse de todo o parte de la pena, y la argumentación que se dé, vuelven a ser relevantes los fundamentos que se den para una u otra postura. Por ejemplo, en el caso del hombre que, intentando poner una bomba en un lugar de alta concurrencia de público, ésta explota en su cuerpo, resultando con diversas lesiones. Si bien podemos alegar una rebaja en la sanción, derivada de los graves perjuicios sufridos, es dable suponer que, de dispensar toda la pena, pueda erosionarse la confianza en la vigencia de la norma; o bien no cumplir ésta un rol de intimidación o adhesión al sistema. También podría decirse que el conflicto no se ha solucionado del todo sin pena, por lo mismo, si ésta se excluye totalmente, criterios de prevención general negativa o positiva harían aconsejable mantener, al menos, una parte de la sanción. Todo ello fundado en la innecesariedad de la pena o su desproporción, cuestión que, a la luz de dichas consideraciones preventivas, no harían a la pena del todo desproporcionada o innecesaria. Lo contrario ocurriría con la culpabilidad, según la salvedad hecha en el párrafo anterior.

Así pues, una manifestación concreta de este modelo de renuncia a la punibilidad¹⁵³, la encontramos en el ya mencionado artículo 60 del Código Penal alemán, el cual prescribe que “El tribunal puede prescindir de pena cuando las consecuencias del hecho que el autor ha

¹⁵³ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, cit. nota n° 43, p. 929, fundamentan este artículo como un caso de compensación de culpabilidad.

sufrido son de tal gravedad que la imposición de una pena sería manifiestamente equivocada. Esto no es aplicable cuando el autor ha incurrido por el hecho en una pena privativa de la libertad superior a un año”¹⁵⁴.

Jescheck y Weigend señalan que, en este caso, la ley presume *iuris et de iure* que, cuando la pena supere el año, no se puede renunciar a ésta por razones preventivo-generales¹⁵⁵, así, esta disposición consagra una compensación de culpabilidad, pero solo hasta cierto límite, sobrepasado el cual la pena se fundamenta en razones preventivas. Sin embargo, como destacan diversos autores¹⁵⁶, aquí el tribunal se encuentra frente a una decisión de todo o nada, puesto que solo puede dispensar o no del total de la pena, mas no atenuarla, lo cual puede ser una fórmula para evitar la discrecionalidad judicial, pero que desemboca en una solución no del todo coherente. No obstante lo anterior, esta disposición también ha tenido detractores, quienes han catalogado sus términos como vagos e imprecisos, dificultando el ejercicio de acotar la institución¹⁵⁷.

4.1.2. Poena naturalis como atenuante de responsabilidad penal o patrón de orientación judicial para la determinación exacta de la pena.

En cuanto a estas circunstancias modificatorias que habilitan al juez para rebajar la pena desde el marco penal abstracto, destaca la opción político-criminal de penar, en todo caso, los hechos que acarrearán una pena natural. Este sistema no es compatible con el anterior, puesto que aquí la opción del ordenamiento jurídico ha sido que el sufrimiento post delictivo sólo podrá aminorar la pena a imponer, mas no prescindir de ella. Esto, pues un ordenamiento jurídico no podría consagrar, a la vez, en su catálogo de atenuantes y en su catálogo de causales de exclusión de punibilidad, la misma institución de *poena naturalis*.

Lo que sí podría suceder es que, dentro de la causal, se contemplara una solución para aquellos casos en que concurriesen sólo algunos elementos de la misma. De este modo, se eximiría totalmente de pena si se dieran todos los elementos requeridos por la disposición, y si sólo se dan algunos (el ordenamiento respectivo determinará cuántos o cuáles), podrá operar como atenuante. Para realizar dichas distinciones, habrá de tenerse en cuenta los supuestos planteados en el primer capítulo para delimitar los ámbitos de una o la otra, v. gr., establecer que la dispensa de pena se pueda llevar a cabo sólo si el hecho base fue cometido con culpa, pero que si es cometido con dolo y causa graves perjuicios al autor, pueda atenuarse la pena.

Pues bien, esta es una posible vía a tomar por parte del legislador, considerar un tipo base de *poena naturalis*, sujetando a los elementos que se den en la práctica, la aplicación de una

¹⁵⁴ Traducción de LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *Código Penal alemán (StGB)*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 48.

¹⁵⁵ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, cit. nota n° 43, p. 929.

¹⁵⁶ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, cit. nota n° 43, p. 230; MANJÓN-CABEZA, “La *poena naturalis*”, cit. nota n° 149, p. 1140.

¹⁵⁷ Particularmente crítico de esta disposición es HASSEMER, Winfred, “La ‘renuncia a la pena’ como instrumento político criminal”, trad. QUERALT, Joan Josep, en: MIR PUIG, Santiago (ed.), *La reforma del derecho penal*, t. II, Barcelona: Bellaterra, 1981, pp. 107-124.

dispensa total o una atenuación de la pena. Sin embargo, también podría optar por consagrar la *poena naturalis* exclusivamente como una atenuante dentro del ordenamiento jurídico respectivo. En ese entendido, este modelo implica que el legislador ha decidido que los sufrimientos post delictivos del autor o su autopunición imprudente, sólo servirán para aminorar la pena a imponer, mas no para excluirla.

Podemos encontrar una manifestación de este modelo en el Código Penal de Nicaragua, el cual contempla el caso de *poena naturalis* física como atenuante en el artículo 29 N° 14: “haber quedado el reo por consecuencia del hecho que se le imputa, con alguna deformidad, enfermedad, defecto o impedimento permanente o de mayor duración que la pena que va a imponérsele”. Como vemos, la disposición es aún más restrictiva, esta vez en orden a los supuestos materiales susceptibles de ser encuadrados en la misma, dejando fuera aquellos de *poena naturalis* moral, amén de los daños patrimoniales o de otra índole.

Por último, podemos concebir un modelo aún más restrictivo que el anterior, en donde el legislador haya dispuesto que la *poena naturalis* sólo podrá servir como justificación para que el juez aplique la parte inferior del marco penal abstracto previsto por la ley. En este caso, la opción es que la *poena naturalis* no puede, en ningún caso, conllevar la prescindencia total de la sanción, ni permitir la rebaja de los grados a aplicar, sino, solamente, graduar la misma, dentro del marco penológico previsto en la ley. Tampoco conocemos de ordenamientos jurídicos que dispongan como pauta orientadora, en el sentido antes indicado, a la *poena naturalis* de manera explícita. Sin embargo, es una categoría que resulta útil en aquellos países que, no habiendo regulado expresamente el problema de la pena natural, contemplan disposiciones amplias que permitirían dar cabida a la institución. Así, por ejemplo, Manjón-Cabeza¹⁵⁸ ha intentado fundamentar la recepción de la *poena naturalis* en España, a través de la regla 6ª del artículo 66, el cual prescribe las reglas generales para la aplicación de las penas. Este artículo en particular dispone que, en los delitos dolosos, cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, el juez ha de aplicar la pena en atención a las “circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”. Pese a no ser una consagración expresa de la institución en comento, de *lege lata* podría dársele cabida en esta norma, como bien lo expone la autora antes mencionada. En el capítulo siguiente veremos las repercusiones que tiene este modelo abstracto en nuestro país.

4.2. Facultad del órgano persecutor para no proseguir la investigación.

En un segundo caso, la facultad puede recaer sobre el órgano persecutor, en virtud de la cual, éste pueda decidir no iniciar una investigación, o abandonar la ya iniciada, en casos de *poena naturalis*. Particularmente, ello tendrá relevancia de cara al principio de oportunidad, en contraposición al principio de legalidad, en virtud del cual se “autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible”¹⁵⁹.

¹⁵⁸ MANJÓN-CABEZA, “La *poena naturalis*”, cit. nota n° 149, pp. 1143 y ss.

¹⁵⁹ ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, trads. CÓRDOBA, Gabriel E., PASTOR, Daniel R., Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 89.

Por lo general, el principio de oportunidad tendrá aplicación en casos de escasa entidad y, excepcionalmente, en los delitos graves, cuando su no persecución genere beneficios a la comunidad según la ponderación de intereses o la proporcionalidad¹⁶⁰. Esto último es lo que ocurre en los delitos que conducen a una *poena naturalis*, pues, no obstante que en algunos casos el delito producido sea de escasa entidad, en realidad el argumento que posibilita no castigar al sujeto es la desproporción de la futura sanción, atendidos los perjuicios sufridos por éste.

En ese sentido, Horvitz y López¹⁶¹ realizan, siguiendo a Maier, una distinción en cuanto a los objetivos de los criterios de oportunidad. Por un lado, aquellos que tienden a la descriminalización de hechos punibles, y por otro, aquellos que tienden a la eficiencia del sistema penal. Dentro de los primeros, ubican estos autores a los supuestos de ausencia de necesidad preventiva, o retribución natural, donde “el propio autor sufre un daño como resultado de su propio comportamiento desviado que supera con creces la pena que se puede esperar de su persecución penal”¹⁶². Como salta a la vista, estos frente a casos de *poena naturalis*.

La ventaja que presenta esta opción radica en la poca exposición que tendrá el imputado en el juicio, el cual es de por sí estigmatizante, y puede aumentar más sus pesares. De esta manera, brindaría una salida más rápida, aliviando también la carga del sistema, para reservarlo a los casos de mayor gravedad y relevancia. Sin embargo, el órgano persecutor es un interviniente carente de facultades jurisdiccionales y limitado por las directrices propias de su regulación interna. Por ende, hacer depender de la voluntad del fiscal al único mecanismo que contempla el ordenamiento jurídico para dar cabida a la *poena naturalis*, fundado en criterios de oportunidad, no resulta del todo satisfactorio si es que, luego, el juez no puede decidir al respecto. Basta con mencionar que el fiscal no se encuentra ligado por el principio de imparcialidad¹⁶³, pero el juez sí.

En ese sentido, podemos llevar a este caso la crítica que formula Nieva al principio de oportunidad en general, al señalar que el ministerio fiscal es casi equiparado a un juez, pudiendo llegar a atentarse contra el principio de igualdad¹⁶⁴. Ciertamente, pensamos que entregar la decisión de aplicar la *poena naturalis* en un proceso no puede quedar a merced de la voluntad del órgano persecutor, aunque puede jugar un rol interesante si se lo consagra de forma complementaria a la decisión del juez. En virtud de aquello, la alternativa tomada por la legislación alemana nos parece atractiva, la cual consagra como causal para abstenerse de ejercer la acción penal el que se den los presupuestos para que el tribunal pueda prescindir de la pena (§153 Ordenanza procesal penal alemana).

¹⁶⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 3ª edición, España: Editorial Aranzadi, 2009, p. 304.

¹⁶¹ HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal chileno*, t. I, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 48.

¹⁶² HORVITZ/LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, cit. nota n° 161, p. 50.

¹⁶³ Si bien está ligado, en gran parte de los ordenamientos jurídicos, por el principio de objetividad, éste no tiene el mismo talante que ostenta el principio de imparcialidad, que sin duda, da más garantías. Sin embargo, es una dicotomía que se entiende en razón de los intereses en juego dentro del proceso.

¹⁶⁴ NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Argentina: B de F, 2012, p. 20.

A modo ejemplar, los ordenamientos de Perú, Bolivia y Colombia contemplan expresamente a la pena natural como causal para la aplicación del principio de oportunidad. En el caso peruano, el artículo 2° del Libro I° de su Código Procesal Penal contempla la posibilidad por parte del Ministerio Público de abstenerse del ejercicio de la acción penal “cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria”. Aquí se acepta la pena natural cuyo hecho base, sea cometido tanto con dolo, como con culpa. Además, el límite penológico es más alto que en el caso alemán, siendo de cuatro años la pena probable.

En el caso boliviano, el artículo 21 inciso 2° numeral 2 de su Código de Procedimiento Penal, contempla la posibilidad de que la Fiscalía solicite al juez que prescinda de la persecución penal “cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho, un daño físico o moral más grave que la pena por imponerse”. La última parte del artículo resulta sumamente interesante, pues positiviza un criterio que ha rondado a lo largo de esta investigación, cual es, que la pena a imponer será totalmente superflua o no añadirá nada razonable ante el grave perjuicio que sufrió el hechor a consecuencia de su delito.

En Colombia, el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, en las causales del principio de oportunidad, contempla lo siguiente: “cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva”. Aquí se restringe la aplicación del principio de oportunidad a los casos de delitos culposos, pero se incluyen tanto los daños físicos como morales. Además, se hace mención al principio de humanidad de las penas, argumento utilizado por diversos autores para justificar la dispensa de pena, como también de la desproporción entre la sanción y la lesión sufrida por el agente, similar a lo esgrimido por el ordenamiento jurídico boliviano.

Finalmente, en Argentina, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, que comenzará a regir en 2016, contempla en el artículo 31 criterios de oportunidad, y en la letra c: “si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena”. Además, hoy en día ya es una institución que contemplan diversos códigos procesales penales provinciales¹⁶⁵, destacando también la discusión doctrinal y la evaluación jurisprudencial de los casos que han fallado en aplicación de sus códigos provinciales, esgrimiendo la pena natural¹⁶⁶.

En conclusión, podemos encontrar diversas formas a través de las cuales plasmar en la legislación la institución de la *poena naturalis*, algunas más permisivas que otras. Creemos

¹⁶⁵ Ver FIGARI, Rubén, “Sobre la pena natural. Aciertos e inconveniencias. Comentario al fallo ‘G. s/Homicidio Agravado por el Vínculo’” en: <http://www.rubenfigari.com.ar/sobre-la-pena-natural-aciertos-e-inconveniencias>, [visitado el 26.07.2015].

¹⁶⁶ Tratan la aplicación de esta institución en Argentina HEIM/TOLEDO, “El principio de insignificancia”, cit. nota n° 150; IRIBARREN, “La poena naturalis”, cit. nota n° 45; FIGARI, “Sobre la pena natural”, cit. nota n° 165.

que una solución que responda adecuadamente al problema que se presenta debiese considerar la posibilidad de eximir de la totalidad de la pena, de ser necesario, o bien de graduar la misma. Además, si esto es complementado con la posibilidad de que el órgano persecutor se anticipe a esta resolución del juez y pueda prescindir de la persecución penal, resulta mucho más eficiente y adecuado. Así, se permite depurar la pena a aplicar según la gravedad del mal sufrido por el hechor, y los criterios preventivo generales, pudiendo derivar en penas adecuadas a los sucesos particulares del caso.

5. ¿Es posible encontrar en nuestra legislación una solución de *lege lata* al problema que plantea la *poena naturalis*?

Hemos llegado al último capítulo, en el cual analizaremos si aquello que hemos denominado *poena naturalis* puede tener aplicación en nuestro país o no. Así, existen tres instituciones a través de las cuales, dado el tenor en el que están consagradas, resulta posible, *a priori*, pensar que pueda emplearse la institución que hemos trabajado. Estas son el principio de oportunidad en sentido estricto, del artículo 170 del Código Procesal Penal, la suspensión de la multa, del artículo 398 del mismo cuerpo normativo y la valoración de la extensión del mal causado por el delito, del artículo 69 del Código Penal.

Ahora bien, hemos de reconocer la existencia de instituciones que, en virtud de su nombre, podrían hacernos pensar que también valdrían para lograr el fin que nos hemos propuesto. Sin embargo, dados los términos en que están estipuladas, cierran de plano tal posibilidad. Por ejemplo, dentro de las facultades del fiscal, el archivo provisional de la investigación (artículo 167 CPP) se restringe a las investigaciones en las que no aparecieran antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos; la facultad de no inicio de la investigación (artículo 168 CPP) se limita a los hechos no constitutivos de delito o a los antecedentes entregados que permiten establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal; las causales de sobreseimiento definitivo del artículo 250 del CPP tampoco permiten incluir dentro de ellas la noción de *poena naturalis* y, finalmente, la comunicación de la decisión de no perseverar también se refiere a la falta de antecedentes suficientes.

Por último, demás está decir que dentro del catálogo de atenuantes y causales de exclusión de punibilidad de nuestro Código Penal, no se contempla el sufrimiento post delictivo del hechor, o bien su auto punición imprudente que hace a la pena totalmente innecesaria. De esta manera, descartando las anteriores posibilidades, nos avocaremos exclusivamente a las tres nombradas en un principio, esperando que, luego de una construcción teórica respecto de su ensamblaje en un sistema compatible con la *poena naturalis*, nos lleven a determinar si esta es o no aplicable en nuestro país.

5.1. El principio de oportunidad en sentido estricto (artículo 170 del Código Procesal Penal).

López Barja nos señala que el principio de oportunidad (en contraposición al principio de legalidad), se consagra en “aquellos ordenamientos jurídicos en los que el ejercicio de la acción penal (...) no resulta imperativo para todo supuesto subsumible en una norma penal, sino que se permite un margen de apreciación en cuanto a la oportunidad de la

persecución”¹⁶⁷. Es decir, es aquel principio que faculta al órgano persecutor para no perseguir un hecho que reviste caracteres de delito en virtud de un interés superior, fundado en razones político criminales o de otra índole, como dijimos en el capítulo precedente. Así pues, nos encontramos dentro del modelo que permite entregar al fiscal la facultad de decidir acerca de la aplicación o no de la *poena naturalis*, por ende, tengamos en cuenta lo dicho anteriormente respecto de aquél.

En nuestro país, el principio de oportunidad en sentido estricto se consagra en el artículo 170 del CPP. En virtud de este, el Ministerio Público puede no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se trate de hechos que no comprometan gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratase de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

En primer término, en cuanto a la penalidad descrita por la disposición, quedarían incluidos, por ejemplo, el delito de aborto del artículo 343 (quedando excluidos todos los demás supuestos del párrafo 1 del Título VII del Libro II), el abandono de niños (artículo 346), la sodomía (artículo 365), el incesto (artículo 375), las lesiones menos graves (artículo 399), el hurto de cosas cuyo valor se considere entre media y 4 UTM (artículo 446 N° 3), la receptación (artículo 456 bis A), la usurpación (artículo 457), y, entre otros, los cuasidelitos previstos en los artículos 490 y siguientes. Al contemplar esta última disposición, y cotejarla con los supuestos propios de *poena naturalis* que hemos venido analizando, resultan relevantes, en general, aquellos delitos de homicidio culposo, lesiones menos graves y culposas y aborto con violencia. Ello nos deja en un plano bastante favorable en orden a la aplicación de la institución, al menos, respecto de los hechos susceptibles de ser liberados del proceso a través del principio de oportunidad.

En segundo término, los delitos no deben ser de aquellos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus cargos. Éste no es un requisito que nos limite, puesto que el concepto restringido de *poena naturalis* que hemos adoptado excluye los daños que no sean a la vida o a la salud psíquica o física del individuo, por ende, la esfera de los delitos funcionarios excede los supuestos propios en que puede darse la pena natural.

En tercer término, y a diferencia de algunas legislaciones que tratamos en el capítulo anterior, en nuestro país no existe un catálogo legal de criterios de oportunidad, sino sólo un supuesto general de aplicación¹⁶⁸. Así pues, dicho supuesto consiste en que el hecho no comprometa gravemente el *interés público*, concepto que resulta fundamental para nuestro estudio, pues de su contenido dependerá la posibilidad de aplicar, a través del principio de oportunidad, la *poena naturalis*.

¹⁶⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado*, cit. nota n° 160, p. 292.

¹⁶⁸ La facultad de fijar directrices de actuación, y entre ellas, criterios de oportunidad, es entregada al Fiscal Nacional. Ver CHAHUÁN, Sabas, *Manual del nuevo procedimiento penal*, 7ª edición, Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2012, p. 88.

Dentro de los autores que han estudiado esta disposición, Horvitz y López¹⁶⁹ la entienden como la restricción de la aplicación del principio de oportunidad a los llamados *delitos de bagatela*¹⁷⁰, es decir, aquellos cuyo bien jurídico es de menor relevancia y su reprochabilidad es escasa¹⁷¹. Así, tanto Castro Jofré¹⁷² como Tavolari¹⁷³ comparten dicha postura, argumentando que el proyecto de reforma procesal penal tiene su indirecto referente en la Ordenanza procesal alemana, y respecto de este artículo 170 CPP, su paralelo es el párrafo 153 de dicho cuerpo normativo, el cual permite prescindir de la persecución si la culpabilidad fuere considerada ínfima y no existiere interés público en la persecución. Maturana y Montero¹⁷⁴ ofrecen la misma argumentación, sin embargo, agregan que este interés público debe apreciarse según las consideraciones de prevención general y especial, según –señalan– consigna unánimemente la doctrina alemana.

Por otro lado, tanto Chahuán¹⁷⁵ como Maturana y Montero¹⁷⁶ ofrecen idénticos criterios para apreciar cuándo no existe dicho interés público:

“i) Cuando no es necesario o no es posible prevenir el hecho por medio de la conminación penal; ii) Cuando en el caso concreto el desvalor de la acción o del resultado son insignificantes; iii) Cuando, en el caso concreto, racionalmente es posible prever unos efectos criminógenos, como consecuencia de la intervención, más graves que la eventual merma preventivo-general derivada de la no intervención, y iv) Cuando razones de humanidad y de indemnidad demanden no intervenir punitivamente”.

Pese a que Chahuán afirme que en la regulación actual se mantiene el criterio de la insignificancia, esta enumeración de pautas hace pensar que el margen es más amplio, sobre todo, atendiendo a la última de ellas, que es justamente el argumento con que, entre otros, Zaffaroni, Alagia y Slokar justifican la aplicación de la *poena naturalis*¹⁷⁷. Es más, en la redacción del proyecto de Código Procesal Penal se consignaba la aplicación del principio de oportunidad “cuando se tratare de un hecho que, por su insignificancia, no comprometiére gravemente el interés público”¹⁷⁸ y, como vemos, la alusión a la

¹⁶⁹ HORVITZ/LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, cit. nota n° 161, p. 49.

¹⁷⁰ Ver ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona: PPU, 2001, *passim*.

¹⁷¹ HORVITZ/LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, cit. nota n° 161, p. 49.

¹⁷² CASTRO JOFRÉ, Javier, *Introducción al Derecho Procesal Penal chileno*, Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2006, p. 313.

¹⁷³ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 299-300.

¹⁷⁴ MATURANA MIQUEL, Cristián, MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, t. II, 2ª edición, Santiago de Chile: Legal Publishing, 2012, pp. 674.

¹⁷⁵ CHAHUÁN, *Manual*, cit. nota n° 168, p. 88; PFEFFER, Emilio, *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, 2ª edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 284.

¹⁷⁶ MATURANA/MONTERO, *Derecho Procesal Penal*, cit. nota n° 174, pp. 674.

¹⁷⁷ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de Derecho penal*, cit. nota n° 5, p. 744.

¹⁷⁸ Historia fidedigna de la Ley 19.696, en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595> [visitado el 04.08.2015], p. 108. Así, en la p. 1380 del mismo texto: “[d]entro de este contexto, la Comisión acogió la indicación Nº201, de los HH. Senadores señores Bombal, Larraín, Stange y Urenda, destinada a suprimir, en el inciso primero, la expresión “por su insignificancia”, ya que, aun cuando es una expresión utilizada por la doctrina, resulta superflua, porque el concepto queda perfectamente descrito con la expresión “hecho que no comprometiére gravemente el interés público”.

insignificancia se eliminó. Por lo anterior, mal podemos restringir el concepto de interés público a que el delito pueda considerarse como insignificante, pues, si bien comprende dicha noción, el tenor del artículo no se agota en ella.

Así pues, dentro de las situaciones que Duce y Riego ofrecen como supuestos típicos para la aplicación de este principio están los “cuasidelitos de resultados no demasiado graves para terceros, ocurridos en el tránsito, cuando el autor resulta gravemente lesionado”¹⁷⁹. De esta manera, señalan –como hemos venido diciendo– que las lesiones sufridas por el autor son castigo suficiente, pues conviene al interés común que la persona no sea marginada al extremo, todo valorado desde un punto de vista social¹⁸⁰. Con todo, dichos autores restringen la aplicación de esta institución a las faltas, los delitos de ultraje a las buenas costumbres, las lesiones menos graves del artículo 399, los hurtos de especies de poco valor, las estafas residuales, entre otros. Es decir, delitos de bagatela, con la salvedad de lo dispuesto por el Ministerio Público a través de sus criterios generales.

Para ejercer esta facultad, el fiscal ha de emitir una decisión motivada, y comunicarla al juez de garantía, quien la va a notificar a los intervinientes. En este punto es donde el fiscal podría incluir como fundamento de la decisión la institución de la *poena naturalis*, a efectos de reforzar su decisión de cara a una eventual petición de la víctima en orden a proseguir la persecución penal. Sin embargo, en el inciso tercero del artículo 170 no se menciona como supuesto para revocar la decisión por parte del Juez de Garantía, el grave compromiso del interés público producido por el hecho. Así, el control judicial del principio de oportunidad en sentido estricto concurre cuando el tribunal “estime que el fiscal ha excedido sus atribuciones sólo en relación a los límites formales impuestos al criterio material de mínima gravedad del delito, esto es, respecto de la pena mínima atribuida al delito de que se trate y a la calidad del sujeto activo del delito”¹⁸¹. Así, soslaya el criterio del interés público, el cual será relevante y revisable durante el control administrativo, cuando alguno de los intervinientes reclame ante las autoridades superiores del Ministerio Público la aplicación de un principio de oportunidad que vulnera los requisitos exigidos por el artículo 170¹⁸².

Aterrizando aún más el tema, y como señalamos anteriormente, en este punto tienen bastante influencia las directrices impartidas por el Fiscal Nacional pues, no obstante los planteamientos doctrinales al respecto, finalmente la pauta que seguirán los fiscales para aplicar o no dicha institución será la que determine la orientación del Ministerio Público. En ese sentido, primeramente analizaremos los Instructivos N° 35, de 15 de diciembre del año 2000 y N° 50, de 6 de febrero de 2001, para luego analizar el Oficio N° 790/2008, el cual deja sin efecto los anteriores, e imparte nuevos criterios de actuación. Lo anterior, a efectos de determinar si esos cambios favorecen o no la posibilidad de utilizar dicho mecanismo para dar lugar a una *poena naturalis*.

¹⁷⁹ DUCE, Mauricio, RIEGO, Cristián, *Proceso Penal*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 213.

¹⁸⁰ Historia fidedigna de la Ley 19.696, cit. nota n° 178, p. 213.

¹⁸¹ HORVITZ/LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, cit. nota n° 161, p. 488.

¹⁸² HORVITZ/LÓPEZ, *Derecho procesal penal*, cit. nota n° 161, p. 489.

El Instructivo N° 35 contempla una profusa regulación del principio de oportunidad, pero en lo que a nosotros respecta, considera que el interés público debe ponderarse de acuerdo a la relevancia de los bienes jurídicos protegidos, sin dejarse influir por la importancia que los medios de comunicación social o el público le den al hecho¹⁸³. Además, debe ponderarse la intensidad de afectación del bien jurídico, el grado de participación del imputado y de desarrollo del delito. De esta manera, se excluyen los delitos que atenten contra bienes jurídicos como la vida, el orden público económico o la vigencia del Estado de derecho¹⁸⁴. Por su parte, el Instructivo N° 50 complementa el anterior, señalando que se entienden incluidas las lesiones menos graves del artículo 399 del Código Penal¹⁸⁵.

Ahora bien, el Oficio N° 790/2008 deja sin efecto dichas disposiciones, reemplazándolas y redefiniendo los criterios de actuación, estableciendo solamente dos limitaciones al momento de aplicar dicho principio, de las cuales solo una nos compete, pues la otra corresponde al delito de receptación. En cuanto al principio de oportunidad, uno de sus acápites señala lo siguiente:

“Los fiscales del Ministerio Público se abstendrán de aplicar el principio de oportunidad respecto las denuncias o investigaciones constitutivas del ilícito de manejo o conducción desempeñándose en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, previsto y sancionado en el inciso primero del artículo 196 E en relación al 115 A de la ley número 18.290 de tránsito”¹⁸⁶.

Sin embargo, se prescribe también que, en caso de situaciones excepcionalísimas, y previa autorización del Fiscal Regional, podrá aplicarse aun en ese caso. Por último, se señala como factor limitador de la facultad, a tener en cuenta por los fiscales, la reiteración de denuncias presentadas contra un mismo imputado.

Como hemos venido diciendo, uno de los campos fértiles de aplicación para la *poena naturalis* son los delitos culposos. Entre ellos, mencionamos ciertos casos acaecidos en Alemania que hacían aplicación de esta institución en muertes ocurridas en accidentes de tránsito. En nuestro país, dado el tenor de este oficio, hemos de descartar la aplicación del principio de oportunidad (y por ende, de la aplicación de la *poena naturalis* a través de este) en el supuesto de los delitos de manejo en estado de ebriedad o bajo la influencia de ciertas sustancias¹⁸⁷. No obstante, de todas maneras es viable pensar su aplicación si, según las circunstancias del caso, sucede un evento excepcionalísimo en que la pena se torne absoluta y ostensiblemente innecesaria, a raíz de la *poena naturalis*.

¹⁸³ FISCALÍA NACIONAL, “Instructivo N° 35, Oficio N° 245/2000, 15 de Diciembre de 2000”, en: EL MISMO, *Reforma procesal penal. Instrucciones generales N°26 a 50*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 184.

¹⁸⁴ FISCALÍA NACIONAL, “Instructivo N°35”, cit. nota n°183, p. 185.

¹⁸⁵ FISCALÍA NACIONAL, “Instructivo N° 50, Oficio N° 060/2001, 25 de Octubre de 2000”, en: EL MISMO, *Reforma procesal penal. Instrucciones generales N°26 a 50*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 411.

¹⁸⁶ FISCALÍA NACIONAL, Oficio N° 790, 22 de Diciembre de 2008, en: www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=634&pid=66&tid=1&d=1a [visitado el 11.08.2015].

¹⁸⁷ Cabría preguntarse cuál es el criterio de la Fiscalía Nacional para tomar la decisión de calificar como más reprochable un medio comisivo del homicidio culposo por sobre otro.

En conclusión, el concepto de afectación grave del interés público no alcanza a cubrir, por de pronto, los supuestos de *poena naturalis* cuyo hecho base es un delito culposo, y será discutible en cuanto a los delitos dolosos, dependiendo de la gravedad del mismo. Por tanto, si el fiscal estima que, de seguirse el proceso, puede derivar este en la aplicación de una pena que resulte vulneradora del principio de culpabilidad o de humanidad de las penas, atendidos los graves perjuicios que ha sufrido el autor como consecuencia de su delito, sin duda que podría aplicarse el principio de oportunidad para lograr el sobreseimiento del asunto. El marco de los delitos susceptibles de ser abarcados por esta institución estará limitado, en primer lugar, por la penalidad señalada en el artículo 170 y, en segundo lugar, por los instructivos emanados por el Fiscal Nacional en orden a la aplicación de este instituto.

5.2. La suspensión de la imposición de condena por falta (artículo 398 del Código Procesal Penal).

El mencionado artículo dispone lo siguiente:

“Suspensión de la imposición de condena por falta. Cuando resulte mérito para condenar por la falta imputada, pero concurrieren antecedentes favorables que no hicieren aconsejable la imposición de la pena al imputado, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses. En tal caso, no procederá acumular esta suspensión con alguna de las penas sustitutivas contempladas en la ley N° 18.216.

Transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin que el imputado hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa.

Esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito”.

Originalmente, el inciso primero de dicho artículo señalaba: “cuando resulte mérito para condenar por el hecho imputado (...)”, no limitando la aplicación de esta suspensión a las faltas. No obstante, dicha disposición fue modificada por el artículo 1°, N° 57 de la Ley N° 20.074, de 14 de Noviembre de 2005, el que deriva del texto actual. Con todo, el proyecto enviado por el gobierno de Ricardo Lagos Escobar incluía, en su considerando N° 23, la derogación del artículo 398¹⁸⁸, el cual pervivió finalmente, pero acotado a las faltas. Así, en el marco de la discusión legislativa, el Defensor Nacional de aquel entonces, Rodrigo Quintana, concurrió a la Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, consignándose lo siguiente en la historia de la ley:

“El Defensor Nacional, señor Rodrigo Quintana, explicó que la actual norma se enmarca dentro de lo que la dogmática denomina “pena natural”, es decir, existen casos en que la culpabilidad del autor es compensada por las consecuencias del hecho delictivo mismo, que para el imputado tiene similares efectos que una pena.

En definitiva, agregó, hay casos en que los fines preventivos de la pena no se ven afectados o vulnerados por la no imposición de ésta. No hay que olvidar que la

¹⁸⁸ Historia fidedigna de la Ley 20.074, en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=243832> [visitado el 04.08.2015], p. 16.

suspensión de la imposición de la pena no constituye un “perdón” del condenado, porque éste se somete a un periodo de observación de 6 meses. A ello se agrega que el artículo 398 es una facultad del juez de garantía, por lo que nunca procederá sin argumentos calificados y su objetivo es permitir que los primerizos no se integren a un círculo delictual”¹⁸⁹.

Como podemos apreciar, nuestra legislación penal contemplaba un artículo, de forma casi explícita, que reconocía la noción de *poena naturalis*. No lo decía con aquellas palabras, pero sin duda que, al señalar la concurrencia de “antecedentes favorables que no hicieren aconsejable la imposición de la pena al imputado”, disponía una cláusula más amplia, incluso, que la del parágrafo 60 del Código Penal alemán. Lamentablemente, la discusión parlamentaria quiso lo contrario, y aquella norma, que podría haber abierto una puerta para el desarrollo doctrinal de la *poena naturalis* en Chile, hoy se encuentra reducida al acotado ámbito de las faltas.

A lo largo de estos capítulos no hemos hecho referencia a las faltas, pues los supuestos en que podemos, ostensiblemente, apreciar los casos de pena natural distan bastante de encontrarse en una categoría de infracciones de bagatela o insignificantes¹⁹⁰. En el Libro III de nuestro Código Penal, quizás la disposición que más campo de aplicación podría darnos sería el artículo 494 N° 5, el cual sanciona al que “causare lesiones leves, entendiéndose por tales las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el artículo 399, atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho”. Para van Weezel, “[l]as lesiones son “leves” cuando no es posible imputar alguno de los resultados tipificados en el art. 397 CP a la conducta del autor, y cuando además concurren en el hecho tales circunstancias, y en las personas tales calidades, que en concepto del tribunal fundamenten un injusto menor que el del simple delito establecido en el art. 399 CP”¹⁹¹. No obstante, es forzoso pensar un supuesto en que un sujeto, causando a un cercano un daño de tan escasa entidad, resulte notablemente afectado psicológicamente; o bien, dañando a otro tan levemente, resulte en su persona con un grave perjuicio. Los supuestos son tan acotados que, inclusive, pareciera que la pena debe ser suspendida, efectivamente, por lo insignificante de la falta más que por la existencia de una *poena naturalis*. Los demás supuestos del Libro III dejan prácticamente un nulo margen para la inclusión de la institución.

5.3. La extensión del mal producido por el delito (artículo 69 del Código Penal).

5.3.1. Aspectos generales.

El artículo 69 del Código Penal se ubica sistemáticamente dentro del Libro I, Título III “De las penas”, en el párrafo 4° “De la aplicación de las penas”. A lo largo de este, la ley asigna pautas al juez para la determinación de la cuantía exacta de la pena, imponiéndole ciertas reglas que debe seguir. Pues bien, dentro de aquéllas, se encuentra la disposición que

¹⁸⁹ Historia fidedigna de la Ley 20.074, cit. nota n° 188, p. 172.

¹⁹⁰ Destaca la diferencia entre pena natural y principio de insignificancia, MANJÓN-CABEZA, “La *poena naturalis*”, cit. nota n° 155, pp. 1129-1132.

¹⁹¹ VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex, “Lesiones y violencia intrafamiliar”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 2 (2008), p. 226.

señala: “dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”. Es la segunda parte del artículo la que nos interesa, y a la cual dedicaremos este acápite.

De esta manera, la pregunta que intentaremos responder es la siguiente: ¿puede la *poena naturalis* considerarse un mal producido por el delito, de manera que el juez deba tenerla en cuenta al momento de determinar la cuantía exacta de la pena, en los términos del artículo 69?

Como destaca Foncea Flores, esta cláusula del mal producido por el delito “constituye la piedra basal de todo proceso individualizador, tanto porque es la única variante siempre presente en los delitos (...) cuanto porque otorga al juez la posibilidad de valorar factores del hecho punible no ponderados antes por el legislador en la fijación del marco penal concreto”¹⁹². De esta forma, se entrega al juez la labor más amplia de determinar los factores reales en que se concreta la extensión del mal producido por el delito y la directa valoración de los mismos¹⁹³. Ahora bien, pese a otorgarle un espacio de discrecionalidad al juez, éste se acota a los términos dispuestos por la ley, los cuales serán nuestro objeto de estudio.

Antes de proseguir, hemos de resaltar la calidad de heredero que ostenta nuestro Código Penal respecto del Código Penal español de 1848. Así, se ha señalado, incluso, que es una “transposición”¹⁹⁴ de dicho cuerpo legal, o que está “calcado sobre el Código Español que se promulgó el 19 de marzo de 1848”¹⁹⁵. Dicho código, inspirado en el retribucionismo clásico, dispuso diversos parámetros de determinación de la pena, con el objeto de conseguir la proporcionalidad entre la magnitud de la pena y la gravedad y culpabilidad real del hecho cometido¹⁹⁶.

De esta manera, el artículo 74, circunstancia 7^a disponía que, dentro de los límites de cada grado, los tribunales determinarían la cuantía de la pena en consideración al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. Como podemos apreciar, es exactamente la misma norma que rige actualmente en nuestro código. Desde esta óptica, lo dicho respecto de aquella disposición será valedero para nuestro actual artículo 69.

Pues bien, hemos de comenzar determinando el momento en el cual tiene operación dicha norma. Ello ocurrirá luego de haber ponderado, a partir de la pena en abstracto, el grado de desarrollo del delito, de participación del imputado y las circunstancias modificatorias concurrentes, arribando el tribunal a un grado de pena divisible (o varios grados, si no

¹⁹² FONCEA FLORES, María Isabel, *La extensión del mal producido por el delito como criterio de determinación judicial de la pena*, Memoria Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1997, p. 15-16.

¹⁹³ FONCEA, *La extensión del mal*, cit. nota n° 192, p. 16.

¹⁹⁴ IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código penal español de 1848*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 913.

¹⁹⁵ VERA, Robustiano, *Código Penal de la República de Chile comentado*, Santiago de Chile: Imprenta de P. Cadot i Ca., 1883, p. 48.

¹⁹⁶ IÑESTA PASTOR, *El Código penal español*, cit. nota n° 194, p. 594.

concurrer circunstancias modificatorias)¹⁹⁷. Luego de aquella operación, el tribunal podrá valorar estos factores referidos al hecho punible, no ponderados antes por el legislador en el marco penal concreto¹⁹⁸.

Dicho esto, para determinar si la *poena naturalis* puede operar dentro del sistema jurídico chileno a través del artículo 69, hemos de escudriñar el sentido de la acepción *mal producido por el delito*.

En una primera aproximación, de acuerdo al sentido literal de las palabras, la voz *mal* se define por la Real Academia Española de la Lengua, en su segunda acepción, como “daño u ofensa que alguien recibe en su persona o hacienda”. La amplitud de esta definición nos permite, *a priori*, considerar cualquier clase de daño, recaído sobre cualquier persona.

Por otro lado, en cuanto a la palabra *producido*, la Real Academia Española de la Lengua define producir, en su primera acepción, como “engendrar, procrear, criar” y, en su cuarta acepción, como “procurar, originar, ocasionar”. Es decir, el sentido de la expresión consiste en ser causa o motivo de algo.

Sobre la base de este análisis podemos obtener dos interpretaciones acerca del sentido de la expresión. Primero, podemos señalar que el mal producido por el delito puede ser caracterizado como un daño recaído sobre una persona o sus bienes, cuyo origen sea la perpetración del delito. Desde este prisma, el sentido literal posible no permite circunscribir o delimitar dicho mal a determinados supuestos, permitiendo abarcar tanto el mal propio de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, como otros males provocados por éste.

Sin embargo, podemos señalar que la expresión plantea otra interpretación viable. Así pues, al considerar la mayor o menor extensión de dicho mal, se presupone, en todo caso, la existencia de un mal, respecto del cual se valorará su amplitud. Por tanto, es esta amplitud la que ha de ponderar el juzgador, no la ocurrencia de otros males derivados de aquél. Así, el único mal existente en todo ilícito es, justamente, el delito mismo, como lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

A partir de esta distinción, a nivel jurídico se ha planteado una controversia en orden a la caracterización de dicho mal. Por un lado, existen autores¹⁹⁹ que esgrimen la consideración de dos males abarcados por esta cláusula: en primer término, el nivel de lesión o puesta en

¹⁹⁷ MATUS, Jean Pierre, VAN WEEZEL, Alex, “Artículos 50 a 73”, en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, ORTIZ QUIROGA, Luis (dirs.), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, t. I, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 374.

¹⁹⁸ FONCEA, *La extensión del mal*, cit. nota n° 192, p. 16.

¹⁹⁹ De esta opinión son ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 3ª edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 191; CURY, *Derecho penal*, cit. nota n° 77, p. 770; MATUS/VAN WEEZEL, “Artículos 50 a 73”, cit. nota n° 197, p. 374; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 315; ORTIZ QUIROGA, Luis, ARÉVALO CUNICH, Javier, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2013, p. 315; NÁQUIRA, Jaime *et al.*, “Principios y penas en el derecho penal chileno”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 10-r2 (2008), pp. r2:1 - r2:71, en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf> [visitado el 07.08.2015].

peligro del bien jurídico, cuando este admita graduación, es decir, la gravedad intrínseca del delito cometido; en segundo término, las otras consecuencias dañosas directamente provocadas por la conducta, aunque no formen parte del tipo.

Podemos citar los ejemplos que ofrecen Matus y van Weezel²⁰⁰: respecto del primer grupo, la cuantía de la defraudación dentro de los grados correspondientes del artículo 467 del Código Penal; respecto del segundo grupo, los efectos colaterales del delito, como la orfandad en que se deja a la familia de la víctima.

Ahora bien, dentro de esta corriente existe una división, entre aquellos que, como Etcheberry, ubican dentro de estos males a todas las consecuencias nocivas del hecho punible, inclusive el mal de alarma provocado por el delito²⁰¹. Otros, como van Weezel, restringen este mal a las consecuencias extratípicas que sean objetivamente imputables al comportamiento típico²⁰². De esta manera, *v. gr.*, mientras la primera postura incluye la muerte del bombero en el delito de incendio del artículo 474 del Código Penal, la segunda postura permite excluir dicha consecuencia, al no ser, *a priori*, objetivamente imputable a la conducta del autor.

Estos autores sostienen que, dada la redacción del precepto, se ha de reconducir la noción a males que no sean inherentes al delito, pues, de lo contrario, el artículo 69 resultaría inoperante, en comparación a las reglas establecidas en los artículos 65 a 68, respecto de las cuales no se estaría diciendo nada nuevo. Por ello, sería un contrasentido pedir al juez que determine la cuantía exacta del delito de acuerdo a la gravedad del delito mismo²⁰³.

Asimismo, de acuerdo al sentido literal de las palabras, como vimos anteriormente, no resulta posible colegir una delimitación del mal a ser considerando, pudiendo reputarlos en un sentido amplio. La acotación de aquéllos vendrá, por ejemplo, en razones de imputación objetiva, como es la postura de van Weezel.

Por otro lado, se señala que, desde un principio, se admitió la inclusión de males diversos al directamente constitutivo de delito. Esta es, justamente, la posición que adopta Pacheco, y secunda Fernández²⁰⁴, considerando la disposición en un sentido amplio, más allá del resultado típico del delito²⁰⁵. Aún más evidente es Fuensalida:

“la lei considera para imponer las penas el daño esencial que siempre se produce en la ejecución de un delito, pero el daño especial, mayor o menor que resulte de un hecho

²⁰⁰ MATUS/VAN WEEZEL, “Artículos 50 a 73”, cit. nota n° 197, pp. 374-375.

²⁰¹ ETCHEBERRY, *Derecho penal*, cit. nota n° 199, p. 191.

²⁰² VAN WEEZEL, Alex, “Determinación de la pena exacta: el artículo 69 del Código Penal”, *Ius et Praxis*, v. 7, N° 2 (2001), en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200017&lng=es&nrm=iso [visitado el 01.09.2015], p. 2.

²⁰³ POLANCO VALDÉS, Daniel, *La extensión del mal causado como criterio de la determinación de la pena*, Memoria Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2012, p. 42.

²⁰⁴ FERNÁNDEZ, Pedro Javier, *Código Penal de la República de Chile explicado i concordado*, 2ª edición, Santiago de Chile: Editorial Barcelona, 1899, p. 193.

²⁰⁵ PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado*, t. I, 5ª edición, Madrid: Imprenta de Manuel Tello, 1881, p. 413.

ilícito, no puede tomarlo en cuenta, porque sus reglas son fijas i de efectos indeterminados. A estos daños se refiere el artículo cuando manda que los tribunales, que son los que pueden apreciarlos en cada caso, los consideren para imponer mayor o menor pena dentro de cada grado”²⁰⁶.

Del mismo modo, en la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, según consta en el acta de la sesión N° 19, de 20 de julio de 1870, “el inciso 1° del art. 69 no ofreció discusión”²⁰⁷. Por tanto, entendemos que su inclusión en nuestro país se hizo bajo la misma comprensión que se tenía de aquella circunstancia en España. Por ello, no podría acusarse un error en la redacción si es que, al tiempo de dictación del Código de 1848, los autores entendían comprendidos en aquella cláusula los males que hoy llamamos extratípicos.

Por otro lado, existen autores²⁰⁸ que restringen este mal exclusivamente al primer grupo, es decir, aquellos provenientes directamente del resultado típico o, dicho de otra manera, únicamente a aquellos resultados contemplados por el tipo.

Dentro de los argumentos que formulan, se encuentra uno de índole sistemático, a saber, que cuando el Código Penal ha mencionado la expresión *mal*, lo ha hecho en referencia a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (v. gr. el artículo 10 N° 7, 10 N° 8, 491 inc. 1°, entre otros)²⁰⁹.

Igualmente, Rivacoba basa su argumentación en que un entendimiento como el de Pacheco y Etcheberry implicaría una vulneración tanto al principio de legalidad como al de culpabilidad²¹⁰. El autor objeta la consideración de secuelas no abarcadas cognoscitiva ni volitivamente por el sujeto, y por las cuales no se le puede responsabilizar²¹¹. De esta forma, ligado con la causalidad, la cantidad de supuestos abarcables dentro de los males extratípicos sería inconmensurable, y el asunto se complejiza más si lo consideramos de acuerdo a la perspectiva naturalista de la causa²¹².

²⁰⁶ FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias i comentarios del Código Penal chileno*, t. I, Lima: Imprenta Comercial Calle del Huallaga N. 139, 1883, pp. 311-312. Con todo, los ejemplos dados por el autor, vistos con los ojos de hoy en día, son –por decir lo menos– bastante desafortunados. Por ejemplo, plantea que el delito de estupro sobre una mujer de familia de posición social provoca más daño que el que recae sobre “una mujer grosera de nuestro pueblo”; o el asesinato de un padre de familia que la deja en la miseria, en comparación con “otro que, imposibilitado para el trabajo, no hace falta alguna”.

²⁰⁷ RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de (dir.), *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno*, Valparaíso: Edeval, 1974, p. 279.

²⁰⁸ RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, “El principio de culpabilidad en el código penal chileno”, *Actas de las jornadas internacionales de derecho penal en celebración del centenario del código penal chileno* (1975), p. 119; NOVOA MONREAL, Eduardo, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 3ª edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 365; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, “La noción de ‘mal producido por el delito’ en el ámbito de la criminalidad sexual”, en: VAN WEEZEL, Alex (dir.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013, p. 952; POLANCO, *La extensión del mal*, cit. nota n° 203, pp. 41-44; FONCEA, *La extensión del mal*, cit. nota n° 192, pp. 17 y ss.

²⁰⁹ FONCEA, *La extensión del mal*, cit. nota n° 192, pp. 18-20.

²¹⁰ RIVACOBA, “El principio de culpabilidad”, cit. nota n° 208, p. 122.

²¹¹ RIVACOBA, “El principio de culpabilidad”, cit. nota n° 208, p. 122.

²¹² POLANCO, *La extensión del mal*, cit. nota n° 203, p. 44.

Dicho lo anterior, hemos de apuntar una última idea antes de proseguir. Como señala Rodríguez Collao, el efecto que trae consigo la aplicación de esta disposición es prácticamente el mismo que producen las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal²¹³, de forma que, si llegásemos a la conclusión de que es posible reconducir a la pena natural a través de dicho artículo, materialmente podríamos adscribir la regulación de nuestro país a la del modelo de atenuación de la pena. Siempre, claro está, teniendo en cuenta que no es una consagración explícita, como vimos en el capítulo anterior, sino que una construcción doctrinal que permite su inclusión.

Nos compete ahora resolver si aquellos males constitutivos de la *poena naturalis* son males típicos o extratípicos, a efectos de zanjar qué interpretación se adecua mejor con la institución en comento, y determinar posteriormente a qué postura adherimos.

5.3.2. Poena naturalis como mal extratípico.

En primer lugar, la *poena naturalis* puede ser considerada un efecto colateral del delito, ya que la configuración del daño en el sujeto activo, si bien es consecuencia del hecho, puede ser considerada independientemente de aquél. Así, la postura de van Weezel resultaría adecuada para nuestro objeto, que es encontrar una solución de *lege lata* al problema de la *poena naturalis*.

Hemos de relacionar este entendimiento con la postura que abordaba la pena natural desde la punibilidad, pues, al ser considerada mal extratípico, no va a afectar la configuración del delito ni implicará una posible compensación de alguno de sus elementos. Lo que se considera aquí son aspectos externos al hecho punible, que puedan servir para graduar la pena.

De esta forma, la presente interpretación conduce a considerar al mal producido por el delito desde una perspectiva preventiva y no culpabilista, justamente como plantea van Weezel. Este autor incluye dentro de los criterios a tener en consideración dentro del artículo 69, los siguientes:

“i) los resultados típicos no asociados por sí solos en el tipo a incrementos vinculantes de penalidad (Por ejemplo: el grado de deformidad siempre dentro de lo “notable” causado por las lesiones del Art. 397 N° 1); ii) las repercusiones, que necesariamente serán extratípicas, derivadas de la tentativa y del delito frustrado; iii) las demás repercusiones extratípicas del hecho, tanto en los delitos de resultado como en los de mera acción”²¹⁴.

Dicho autor limita las repercusiones consideradas a aquéllas que sean objetivamente imputables al comportamiento típico, como señalamos anteriormente. Ahora bien, van Weezel aduce que el artículo 69 tiene un sentido necesariamente preventivista, pese a reconocer la escasa recepción jurisprudencial de este planteamiento²¹⁵. La razón que

²¹³ RODRÍGUEZ COLLAO, “Mal producido por el delito”, cit. nota n° 208, p. 957.

²¹⁴ VAN WEEZEL, “Determinación de la pena exacta”, cit. nota n° 202, p. 2.

²¹⁵ VAN WEEZEL, “Determinación de la pena exacta”, cit. nota n° 202, p. 2.

esgrime es que, de entender este precepto en clave culpabilista, se estaría vulnerando el principio de prohibición de doble valoración.

Fuentes Cubillos refuta lo anterior, señalando que no implica, *a priori*, una vulneración de dicho principio, puesto que el marco legal fijado por el legislador toma en consideración el desvalor de acción y de resultado. Ante ello, pueden volver a considerarse dichos datos sin infringir necesariamente la prohibición de doble valoración, “ya que si por las reglas de dosimetría penal la pena asignada puede variar entre un grado y otro, y siendo al juez a quien dentro de ese rango le corresponde fijar la exacta medida de la pena, observando y considerando las circunstancias concomitantes, dicha valoración sólo tendrá virtualidad de reafirmar mediante una concretización la decisión previamente establecida por el legislador como reacción penal ante el ilícito cometido”²¹⁶.

Con todo, el aceptar aquella postura traería el problema planteado por Foncea Flores, a saber, si “¿acaso el agente deberá responder penalmente por todos los eventos dañinos que son consecuencia de su acción, por más alejados o imprevisibles que sean aquéllos?”²¹⁷. Ello pues, al aceptar que la postura abarca males extratípicos, no podríamos circunscribir aquellos sólo a los que favorezcan al imputado (como sucedería en casos de *poena naturalis*), sino también aquellos que lo perjudiquen.

De esta forma, esta postura plantea el problema de cómo delimitar aquellos males por los cuales se hará responsable al sujeto. Así, se pregunta Foncea Flores: ¿Deberá, entonces, el autor responder por todos aquellos daños, aun cuando no los buscara ni los previera?²¹⁸. Decimos con ella que no, pero desde otro punto de vista, podríamos formular idéntica pregunta respecto de los males constitutivos de la *poena naturalis*. ¿Deberá, entonces, el autor responder por aquellos perjuicios no previstos ni queridos que el hecho le produjo? Sin duda, la respuesta ha de ser negativa.

Con todo, hemos de apuntar que todas las argumentaciones formuladas para delimitar el artículo 69 sólo a los males típicos, radican en la finalidad de que no se incluyan males que estaban fuera de la esfera de previsibilidad del autor. Esto, muy influido por el postulado amplísimo de Pacheco, que incluía cualquier clase de mal. Sin embargo, en la presente investigación lo que podríamos pretender es que, precisamente, esos males extratípicos puedan ser considerados en beneficio del imputado, y no en su contra, como parece ser el derrotero doctrinal que se ha venido esgrimiendo.

El criterio de los males extratípicos permite considerar todos los supuestos de *poena naturalis* que hemos analizado. No obstante, el problema de este entendimiento radica en las repercusiones que esta posición tendría de cara a todas las otras consecuencias que no fuesen *poena naturalis*, pero que debiesen ser consideradas en la aplicación de esta disposición.

²¹⁶ FUENTES CUBILLOS, Hernán, “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, *Ius et Praxis*, Nº 2 (2008), p. 38.

²¹⁷ FONCEA, *La extensión del mal*, cit. nota n° 192, p. 25.

²¹⁸ FONCEA, *La extensión del mal*, cit. nota n° 192, p. 27.

Así, podríamos postular la consideración de los males extratípicos sólo en cuanto ellos vayan en beneficio del imputado, en virtud de una interpretación restrictiva de la norma penal, coherente con el principio de intervención mínima. Sin embargo, ya que el artículo mandata valorar tanto la mayor como la menor extensión del mal, la letra de la ley impediría tomar esta vía.

5.3.3. Poena naturalis como mal típico.

A continuación, hemos de preguntarnos cómo resulta posible encajar la *poena naturalis* en los daños típicos, si aquí nos estamos refiriendo a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico de la víctima. La resolución a dicha pregunta estará por la definición acerca de si la extensión del mal producido por el delito se refiere sólo a la valoración del injusto, o bien a la valoración del injusto culpable.

En nuestro país, tanto Rodríguez Collao²¹⁹ como Foncea Flores²²⁰ decantan por la caracterización estrictamente objetiva del precepto, señalando que la medida de la pena debe modularse exclusivamente de acuerdo a la gravedad del injusto. Ahora bien, discusión diferente es la consideración sólo del desvalor de resultado, o también del desvalor de acción. Ambos autores incluyen uno y otro desvalor en la calificación del injusto, pues ello deviene de la exigencia de la disposición, al imponer la valoración de toda la extensión del mal, es decir, toda su intensidad o magnitud, lo cual envuelve, naturalmente, el desvalor de acción.

Así, para estos autores:

“[E]l injusto penal que ha de ser considerado como mal típico consiste en la lesividad de la conducta típica (desvalor de resultado) y la contrariedad entre el deber normativo y la voluntad que la dirige (desvalor de acción), y por otro lado, todas aquellas circunstancias que afectan la intensidad o extensión de alguno de estos juicios de desvalor”²²¹.

Si bien creemos que dicho planteamiento es atendible, podemos ensayar argumentos que permitan la inclusión del injusto culpable en la cláusula del mal producido por el delito. Sin embargo, no sólo referidos a la culpabilidad como elemento dogmático del delito, sino que en un sentido cuantitativo. Es decir, no sólo como fundamento de la pena, sino como medida de la misma. De esta forma, al rechazar una interpretación exclusivamente basada en el injusto, podemos apreciar el valor del principio de culpabilidad al momento de interposición de la sanción. De esta opinión es Rivacoba²²² y Polanco²²³.

²¹⁹ RODRÍGUEZ COLLAO, “Mal producido por el delito”, cit. nota n° 208, p. 955.

²²⁰ FONCEA, *La extensión del mal*, cit. nota n° 192, pp. 39-40.

²²¹ FONCEA, *La extensión del mal*, cit. nota n° 192, p. 42; RODRÍGUEZ COLLAO, “Mal producido por el delito”, cit. nota n° 208, pp. 956-957.

²²² RIVACOBA, “El principio de culpabilidad”, cit. nota n° 208, p. 121.

²²³ POLANCO, *La extensión del mal*, cit. nota n° 203, p. 50.

En ese sentido, Rivacoba señala respecto del artículo 69: “muy lejos de quedarse en una estimación objetiva, la engarza con la de las circunstancias, donde quizá quepa volver a tomar en consideración algún otro aspecto objeto, como cierta mayor intensidad en la ofensa al bien jurídico propio del delito o la ofensa conjunta de otro, pero primordialmente se atenderá y valorará la subjetividad, esto es, la culpabilidad”²²⁴. De esta forma, en atención a dicho principio, no debiésemos aceptar que se determine la pena sobre la base exclusiva del injusto, obviando absolutamente la culpabilidad.

Como señalamos anteriormente, esto no se refiere a que, en virtud de la *poena naturalis* el hecho resulte no culpable o menos culpable, sino que la culpabilidad, entendida como deuda que debe ser saldada, puede ser compensada por hechos posteriores al delito²²⁵. Así, al existir una compensación de culpabilidad, si bien el injusto del delito permanecerá incólume, la extensión del mal que éste produce ya no podrá valorarse de la misma manera, pues no es posible soslayar la modificación que el sufrimiento post delictivo produce en la proporcionalidad de la sanción.

De esta forma, como destaca Jescheck y Weigend, en el momento de la determinación de la pena el concepto de culpabilidad ha de ser tomado en cuenta de forma más amplia que en materia de teoría del delito, abarcando la totalidad del hecho, tanto su perpetración como sus consecuencias, mientras estas sean imputables al autor²²⁶.

Siguiendo esta línea, se ha de determinar los criterios de valoración que ha de tener el juez para juzgar el mal producido por el delito. A este respecto, García Arán aporta una vía indiciaria para determinar estos factores de modulación del injusto culpable, a saber, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (además, el valor que se otorgue al grado de intención del sujeto o a los valores consagrados por los tipos de la parte especial)²²⁷.

De este catálogo, podemos extraer supuestos generales del legislador al momento de valorar el injusto típico. Esto es especialmente relevante para nosotros, pues, en la terminología de Bacigalupo, nuestro Código Penal contempla diversas atenuantes que se fundan en una compensación constructiva de culpabilidad, *v. gr.*, la reparación con celo del mal causado (artículo 11 N° 7). Además, el artículo 348 del Código Procesal Penal contempla el abono del tiempo que se estuvo en prisión preventiva a la pena final, cuyo fundamento es una compensación destructiva de culpabilidad.

De esta manera, nuestro legislador considera la compensación de culpabilidad como fundamento modulador de la pena, por ende, no resulta ajeno poder considerar a la pena natural como otro supuesto de compensación destructiva de la culpabilidad al momento de

²²⁴ RIVACOBA, “El principio de culpabilidad”, cit. nota n° 208, p. 123.

²²⁵ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, “La pena natural y sus efectos sobre la culpabilidad del autor. Reflexiones acerca de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2002”, *Actualidad Penal*, N° 46 (2002), p. 1223.

²²⁶ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, cit. nota n° 43, p. 956.

²²⁷ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*, Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona, 1982, pp. 217-218.

la determinación de la cuantía exacta de la pena. No podríamos llegar a esta conclusión si nuestro ordenamiento jurídico no contemplase supuestos de privación de bienes o derechos que obligan a una atenuación o rebaja de la pena. Sin embargo, éste sí es un fundamento válido en nuestro ordenamiento, de manera que, si existe una situación no contemplada expresamente, pero que comparta el mismo fundamento, es necesario incluirla en la fase de determinación de la pena.

Con todo, lo dicho anteriormente resulta una fundamentación incompleta si no se enmarca dentro del modelo chileno de determinación de la pena. Esto significa que la expresión *mal producido por el delito* debe ser entendida no sólo en un sentido literal, sino también desde un prisma teleológico, de acuerdo a los fines del derecho penal y, más precisamente, en orden a los fines que nuestro ordenamiento jurídico dispone para la pena y su duración.

Abona lo anterior Durán Miglardi, en cuanto la determinación de la medida de la pena no puede ser un procedimiento meramente numérico, esbozando la subsunción de los hechos en el derecho. Así, los argumentos relativos a la imputación objetiva del hecho y elementos sustentados en consideraciones político criminales, entroncados en los fines de la pena, han de ser considerados para dar a la pena un realce garantista propio de un estado democrático de derecho²²⁸.

Para este autor, si obviamos dichas consideraciones, reduciendo la legitimidad de la intervención penal exclusivamente a aspectos relativos a la teoría del delito, encubrimos “uno de los efectos de carácter penal, más trascendentes sobre los cuales se sustenta la existencia misma del sistema: ser una garantía”²²⁹. De esta forma, los criterios de determinación de la pena dependerán, siempre y en todo caso, de cuál sea el concepto y fin de la pena desde el que se parte.

Por otro lado, como señala García Arán, en cuanto a la proporcionalidad entre sanción y gravedad del hecho, señala que, por ser un principio que admite tantos enfoques, se lo ha de dotar de contenido para evitar arbitrariedades. De lo contrario, se corre el riesgo de que la pena se imponga atendiendo sólo a la entidad del daño objetivo, o bien que la pura retribución sea un fin en sí mismo²³⁰.

Pues bien, para responder la pregunta en torno al fin del castigo, hemos de recurrir a la matriz retribucionista que, por razones histórico-culturales, adoptó nuestro sistema de sanciones y de determinación judicial de la pena, enfocado hacia las teorías absolutas²³¹. Así, como dijimos en un principio, nuestro Código Penal tiene su directa influencia en el Código Penal español de 1848, el cual tenía una matriz marcadamente retribucionista.

²²⁸ DURÁN MIGLARDI, Mario, “Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional”, *Revista Electrónica Política Criminal*, vol. 4, N° 8 (2009), pp. 266-291, en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A1.pdf [visitado el 12.08.2015], p. 271.

²²⁹ DURÁN MIGLARDI, “Justificación y legitimación”, cit. nota n° 228, p. 272.

²³⁰ GARCÍA ARÁN, “Criterios de determinación”, cit. nota n° 227, p. 212.

²³¹ DURÁN MIGLARDI, “Justificación y legitimación”, cit. nota n° 228, p. 274.

A modo ejemplar, Robustiano Vera, secretario de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, respecto del artículo 69, señalaba:

“Este artículo no es más que un resumen de lo que ya se ha establecido anteriormente, tiene por base la más exacta proporcionalidad entre la pena y el delito, mirando, sin embargo, a la mayor o menor extensión del mal que ha producido”²³².

Sobre esta matriz, Rivacoba señala que la pena justa sólo se logrará, al momento de determinar la misma, si ésta se mide con arreglo a la medida de la culpabilidad y por razón de ella²³³. Además, determina que el artículo 69 mandata al juez “valorar exactamente en cada delito sometido a su juzgamiento lo injusto y la culpabilidad propios de él y conmensurar a ellos la pena”²³⁴.

Ahora bien, este no es sólo un postulado doctrinal, sino que la jurisprudencia de nuestro país también lo ha entendido así. Como ha señalado Durán, los criterios a los cuales mayoritariamente adhieren nuestros tribunales permiten configurar en Chile un verdadero “derecho penal de retribución de culpabilidad”²³⁵. A modo ejemplar, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel ha señalado:

“Que, en la doctrina imperante en nuestro medio reconoce al principio de culpabilidad como un pilar fundamental del derecho Penal Moderno, postulado básico, conforme al cual, sólo debe ser castigado con una pena criminal el autor de una conducta típica y antijurídica cuando ésta pueda ser personalmente reprochada; solamente en este caso es culpable (...)”²³⁶

Es decir, se está hablando de compensación de culpabilidad²³⁷. En virtud de aquello cabe preguntarse, ¿por qué un código de base retributiva clásica limitaría la determinación de la pena sólo al injusto? Creemos que la no consideración de la culpabilidad al momento de la determinación, constituiría una concepción aislada e incompleta de nuestro modelo penal.

De esta manera, Choclán Montalvo señala que, bajo la premisa de un derecho penal de la culpabilidad, cualquier situación generada directamente por el delito que inflija en el autor un mal o gravamen de cierta entidad, puede ser considerada un equivalente funcional de la pena y, por ende, compensar la culpabilidad del autor por el hecho cometido²³⁸.

En otro punto, Rodríguez Collao ofrece ciertos requisitos para atribuir a un resultado la condición de *mal*, en los términos del artículo 69. Específicamente, el tercero de ellos señala que la ocurrencia potencial de un determinado resultado debe ser conocida por el imputado. Con esto se descarta la mera *atribuibilidad objetiva* de este resultado para

²³² VERA, *Código Penal de la República de Chile comentado*, cit. nota n° 201, pp. 236-237.

²³³ RIVACOBA, “El principio de culpabilidad”, cit. nota n° 208, p. 119.

²³⁴ RIVACOBA, “El principio de culpabilidad”, cit. nota n° 208, p. 121.

²³⁵ DURÁN MIGLARDI, “Justificación y legitimación”, cit. nota n° 228, p. 282. Con amplias referencias a fallos de nuestros tribunales de justicia.

²³⁶ Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 2608-2000, de 27 de junio de 2001.

²³⁷ En el mismo sentido, POLANCO, *La extensión del mal*, cit. nota n° 203, p. 46.

²³⁸ CHOCLÁN MONTALVO, “Pena natural y culpabilidad del autor”, cit. nota n° 225, p. 1230.

hacerlo imputable. Señala el autor que esto se debe únicamente a una estricta aplicación tanto del principio de culpabilidad como del propio tenor del artículo 64 del Código Penal, el cual dispone que las circunstancias que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de las personas que tuvieran conocimiento de ellas antes o en el momento mismo de la acción²³⁹.

Esto es central para nuestro planteamiento, pues, si no es considerada la *poena naturalis* en la determinación de la cuantía exacta, estaremos castigando al imputado, de forma similar al caso anterior, por la atribuibilidad objetiva de un efecto del delito. Es decir, estamos frente a casos en donde se producen efectos adversos para el imputado que se encuentran fuera de esta esfera de atribuibilidad y, ante ello, tenemos dos opciones: o los consideramos para morigerar la pena a aplicar o eludimos su existencia. Si optamos por la segunda alternativa, aplicando la pena como si el imputado no hubiese ya recibido un gravamen considerable como consecuencia de la comisión de su delito, estamos aplicándole una pena en una extensión que no se corresponde con la medida de su culpabilidad. Es más, aplicaremos una pena por sucesos que, de haber podido prever, habrían significado una modificación en su comportamiento delictivo.

En los términos usados por Rivacoba, al soslayar la consideración de la pena natural en la fase de determinación de la pena y, precisamente, en la mayor o menor extensión del mal producido por el delito, estamos sancionando al sujeto en virtud de sucesos que éste no ha podido abarcar cognoscitiva ni volitivamente con anterioridad a la ocurrencia del hecho punible. Por tanto, de ello deviene una necesaria vulneración del principio de culpabilidad.

Dicho de otra manera, si el artículo 69, entendido en cuanto requisito de males típicos, impide hacer responsable al sujeto, o bien, aplicar el rango mayor de la pena en virtud de sucesos que el sujeto no ha podido racionalmente prever, no podemos sino decantar por considerar que ese suceso imprevisto debe ser considerado al momento de determinación de la cuantía exacta de la pena, como un supuesto que compensa la culpabilidad del autor y que, por ende, produce que la extensión del mal producido por el delito sea menor.

En virtud de aquello, la extensión del mal producido por el delito es menor, debido a que parte de la deuda que el autor tiene con la sociedad como consecuencia de la comisión del ilícito, ha sido saldada por la concurrencia de una pena natural. Así, si no es posible suponer que el imputado haya podido prever la consecuencia dañosa generada, corresponderá aplicar la pena según la menor extensión del mal producido, y dentro de dicha solución es podemos englobar a la *poena naturalis*.

De esta manera, como hemos venido señalando, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, y si comenzásemos desde dicha premisa, podríamos afirmar que existen antecedentes –eventuales– que tendrán un efecto compensatorio sobre dicha culpabilidad²⁴⁰. Así pues, hemos de recordar el planteamiento de Bacigalupo y su distinción

²³⁹ RODRÍGUEZ COLLAO, “Mal producido por el delito”, cit. nota n° 208, pp. 956-957.

²⁴⁰ CHOCLÁN MONTALVO, “Pena natural y culpabilidad del autor”, cit. nota n° 225, p. 1222.

en cuanto a los diversos actos que pueden compensar la culpabilidad, en donde signaba a la *poena naturalis* como una forma de compensación destructiva²⁴¹.

En idéntico sentido, en Alemania, Freund destaca la relevancia de las circunstancias post delictivas para la valoración de la necesidad de reacción jurídico-penal²⁴². Así, menciona circunstancias que se reconocen en nuestro país, como la prescripción o los actos de reparación de la víctima (en Chile, *v. gr.*, la reparación del mal causado) y, además, el párrafo 60 del Código Penal alemán.

En este punto hemos de considerar un planteamiento de Schünemann, quien señala que, a efectos de determinar la pena exacta, además de la magnitud de la amenaza al orden social de paz que se manifieste en el delito, y entre otros asuntos, se debe tener en consideración la peligrosidad de la motivación del autor que se expresa en el hecho y otras circunstancias análogas, *v. gr.* el cómo se haya de sentir la pena y el aspecto del principio de igualdad²⁴³. Asimismo, recordemos lo dicho en el tercer capítulo, a propósito del sentimiento de la pena como un mal, y en aquel entendido, ciertamente quien lleva consigo una *poena naturalis* sentirá mucho más gravosa la imposición de una *poena forensis*, en comparación con quien solo sufre esta última. Así, en virtud del antedicho principio de igualdad hemos de nivelar la pena a imponer cuando el autor padezca sufrimientos post delictivos como producto de su actuar, siempre que sean de tal entidad que puedan ser considerados equivalentes funcionales de la pena.

Ahora bien, hemos de recalcar que, en este caso, la compensación de la culpabilidad sólo operará en una parte de la pena, pese a que, si nos abstraemos de los términos del artículo 69, pueda ser de la totalidad de aquélla, pero dado el margen de apreciación que esta disposición prescribe, solo podremos movernos dentro de los rangos dispuestos por la ley.

Para finalizar, Toscano Tinoco, siguiendo al Tribunal Supremo Español, en sentencia de 20 de noviembre de 1993, respecto de las dilaciones indebidas, expresa en esencia lo que hemos querido esbozar acá:

“la gravedad del mal producido por el delito se ve especialmente disminuida cuando el tiempo pasa sin culpa o negligencia del afectado y que el tribunal, en búsqueda de una mayor proporcionalidad entre la culpabilidad y pena, debe reflejar, en el ejercicio de su facultad individualizadora, la aflicción que ha tenido que soportar quien ha estado sujeto a un retraso injustificado en su enjuiciamiento”²⁴⁴.

²⁴¹ BACIGALUPO, “Principio de culpabilidad”, cit. nota nº 35, p. 157.

²⁴² FREUND, Georg, “La determinación de las consecuencias jurídico-penales como sistema”, trads. PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, GARRO CARRERA, Enara, en: ASUA BATARRITA, Adela, GARRO CARRERA, Enara (coords.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Vizcaya: Universidad del País Vasco, 2009, pp. 43 y ss.

²⁴³ SCHÜNEMANN, Bernd, “La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo”, trad. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, en: EL MISMO, *El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1991, p. 175.

²⁴⁴ TOSCANO TINOCO, Juan José, “Las dilaciones indebidas: una cuestión no resuelta. Evolución jurisprudencial, regulación legal y visión crítica”, *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª Época, Nº 10 (2013), p. 244.

5.3.4. Nuestra posición.

En virtud de lo dicho anteriormente, creemos que es posible reconducir la noción de *poena naturalis* a través del artículo 69, bajo el concepto de mal producido por el delito²⁴⁵. Así, como señala Polanco, si entendemos que dicha disposición entraña la idea de retribución por la culpabilidad, es posible que la pena se vea aminorada en razón de los males que operan como equivalentes funcionales de la pena aplicable²⁴⁶.

De esta manera, es atendible que el mal producido por el delito pueda ser compensado por el sufrimiento post delictivo del autor, a modo de compensación de culpabilidad, resultando menester aplicar una pena menor en virtud de la menor extensión de dicho mal. En este sentido, Choclán Montalvo señala que:

“el principio de culpabilidad resulta una exigencia de la dignidad humana, imponer la *poena forensis* en toda su extensión cuando la pena natural derivada del delito ha representado para el autor un daño suficiente o casi suficiente para compensar el saldo de culpabilidad, hasta el punto de que pueda considerarse que el delito está ya suficientemente castigado y que insistir en la imposición de la pena forense puede conducir a un resultado aflictivo para el autor absolutamente desproporcionado con la gravedad de hecho y el daño causado a la víctima”²⁴⁷.

Para este cometido, no requerimos recurrir a la vaga expresión de males extratípicos, sino que podemos fundar su aplicación en la menor extensión del mal producido por el delito, entendiendo éste como injusto culpable, dentro de un sistema que busca, mediante la pena, retribuir la culpabilidad. El entendimiento de la expresión *mal producido por el delito* en un sentido teleológico y enmarcado en los fines de nuestro modelo penal, permiten romper la consideración estrictamente objetiva de la disposición, resultando una solución coherente con una más acertada individualización de la pena, dentro de los márgenes que nuestra legislación permite.

De esta forma, no es que la *poena naturalis* sea un mal típico, pues qué duda cabe de que constituye un mal extra típico, sino que es posible su introducción ya que el mal típico, entendido como injusto culpable en el marco de un sistema de retribución de la culpabilidad, resulta de una extensión menor, atendida la existencia de un grave perjuicio en el autor como consecuencia de la comisión del delito.

²⁴⁵ A la misma solución arriban POLANCO, *La extensión del mal*, cit. nota n° 203, pp. 57-58; PINTO BUSTOS, Andrea, SÁNCHEZ PIAZZA, José Manuel, “El delito terrorista en la legislación chilena: comentario a un fallo”, *Blog Legal BCN* (2012), en: <http://bloglegal.bcn.cl/content/view/5138108/html> [visitado el 05.08.2015]. En dicho artículo, analizando la sentencia Rol N° 2384-12 (el denominado “Caso Pitronello”), los autores destacan que, si bien el tribunal no mencionó la *poena naturalis* en el fallo (el imputado, producto de la explosión, perdió su mano derecha, tres dedos de la mano izquierda y sufrió severas lesiones oculares), sí señaló que se tuvo en cuenta, especialmente, la extensión del mal producido por el delito; en contra, PRAMBS JULIÁN, Claudio, *El tipo de culpabilidad en el Código Penal Chileno. Una visión sistemática normativa y positiva*, Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2005, p. 261, para quien la pena natural no se refiere a un problema que concierna a la culpabilidad, sino a la ausencia de fines preventivo especiales.

²⁴⁶ POLANCO, *La extensión del mal*, cit. nota n° 203, p. 58.

²⁴⁷ CHOCLÁN MONTALVO, “La pena natural”, cit. nota n° 6, p. 1914.

Con todo, diversos autores destacan que, pese a la importancia que le atribuye la doctrina nacional al artículo 69,

“nuestros tribunales tienden a hacer escasa aplicación de ella, limitándose, por regla general, a aplicar en la mayor parte de los casos el mínimo del grado de la pena resultante de las reglas anteriores, sin mayores fundamentos acerca del valor que a las circunstancias concurrentes se les asigna, la entidad que les atribuye o la extensión del mal que se estima causado, de acuerdo al mérito del proceso, o de la forma en que todos estos factores se han conjugado en su pensamiento para llevarlo a la determinación precisa de la pena impuesta, a pesar de la inobjetable obligatoriedad de este artículo y de los reclamos que por una individualización judicial razonada y fundamentada hace nuestra doctrina”²⁴⁸.

Para concluir, hemos de cerrar con una elocuente frase de Rivacoba, dicha en los años setenta, pero que –lamentablemente– aún es valedera hoy: “[el artículo 69] yace semiolvidado en el Código, esperando la mente aguda del dogmático y la mano diestra y audaz del práctico que saquen a la luz y den inteligente realidad a las innúmeras virtualidades que laten en su seno”²⁴⁹.

5.4. Noticia sobre soluciones de *lege ferenda*.

5.4.1. Mecanismos en el anteproyecto elaborado por la Comisión Foro Penal.

En el Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal, existen algunos mecanismos que permiten una posible aplicación de la *poena naturalis*. El primero de ellos se encuentra en el artículo 7º, que consagra las circunstancias atenuantes. Así, el la circunstancia 6ª prescribe: “cualquier otra circunstancia de análoga significación a las anteriores”²⁵⁰. De esta forma, este anteproyecto presenta la consagración de una atenuante analógica en nuestro derecho.

En una aproximación general, y siguiendo a Choclán Montalvo, la atenuante analógica implica que el juez puede considerar circunstancias no catalogadas, en cuanto compartan una misma razón con aquellas reguladas expresamente, además de aquellas que impliquen una disminución de culpabilidad por causas supra legales²⁵¹.

Así, la circunstancia 4ª señala: “procurar seriamente reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias”. En la terminología de Bacigalupo, esta sería una atenuante cuyo fundamento estribaría en una compensación positiva de culpabilidad. Existiendo una circunstancia que se funda en la compensación de culpabilidad, y una norma que permite atenuar a la pena en virtud de circunstancias análogas a las prescritas

²⁴⁸ POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. nota nº 24, p. 537; MATUS/VAN WEEZEL, “Artículos 50 a 73”, cit. nota nº 197, p. 374.

²⁴⁹ RIVACOBBA, “El principio de culpabilidad”, cit. nota nº 208, p. 121.

²⁵⁰ MATUS ACUÑA, Jean Pierre, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (dirs.), “Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal”, *Política criminal*, Nº 1, D1 (2006), p. 3.

²⁵¹ CHOCLÁN, “Pena natural y culpabilidad del autor”, cit. nota nº 225, p. 1230.

expresamente en la ley, resulta posible la recepción de la *poena naturalis* a través de esta norma, pues donde existe la misma razón, ha de existir la misma disposición.

Por otro lado, el artículo 47, en materia de determinación de la cuantía exacta de la pena, dispone la consideración de la “entidad y naturaleza de las circunstancias concurrentes y a la importancia y extensión del mal causado por el delito”. Sin duda, la cláusula tiene una mayor amplitud que nuestro actual artículo 69, por cuanto considera expresamente los males extratípicos en la determinación de la pena. Convenimos que la *poena naturalis* es justamente uno de estos males y, por ende, podríamos considerarla en este punto. Sin embargo, nos obliga también a considerar aquellas circunstancias que perjudiquen al imputado.

Por último, el artículo 54 prácticamente repone el original artículo 398 del Código Procesal Penal, permitiendo la suspensión de la pena en casos de simples delitos cuya pena no exceda de reclusión menor en su grado mínimo y que concurran antecedentes favorables que no hagan aconsejable la imposición de la pena.

5.4.2. Mecanismos en el proyecto de código penal del año 2010.

Analizando el proyecto de código penal ingresado por el gobierno de Sebastián Piñera, mediante el Boletín N° 9.274-07, también podemos encontrar disposiciones que permiten la consideración de la *poena naturalis*.

Así el artículo 76, dentro de las circunstancias atenuantes²⁵², dispone en su numeral 5° el “haber sufrido consecuencias del delito de tal gravedad que hacen innecesario imponer la pena en toda su extensión para el cumplimiento de sus fines”. Encontramos aquí la consagración explícita de los efectos perjudiciales post delictivos como morigerador de la pena. Hemos de traer a colación las consideraciones anteriormente esbozadas, especialmente aquella referida a la decisión del legislador de no otorgarle la entidad suficiente como para eximir de pena al sujeto.

Relevante a este respecto es el artículo 2° del proyecto, que consagra legalmente el principio de culpabilidad en aquella faz que hemos venido tratando: “Art. 2°. Justicia de la pena y la medida de seguridad. La pena no sobrepasará la culpabilidad del responsable por el hecho, ni se impondrá la medida sin estricta necesidad”. Por tanto, este principio informador del sistema conllevará que la pena no podrá traspasar la culpabilidad del autor, cuestión de suma relevancia en temas de compensación, en nuestro caso, negativa.

5.4.3. Nuestra propuesta.

Para resolver de manera adecuada el problema que representan las consecuencias post delictivas perjudiciales para el autor del delito, es necesario consagrar un sistema que recoja los diferentes supuestos en que estos se pueden apreciar. Así, en primer lugar

²⁵² Nos detendremos en esta, sin perjuicio de aquellas reglas que podrían favorecer a la aplicación de la pena natural en materia de determinación de la pena, pues es en el caso de las circunstancias atenuantes la comisión redactora ha querido, expresamente, dar cabida a esta institución.

contemplaríamos una causal de sobreseimiento definitivo del asunto: “cuando, en los casos contemplados en el Título X del libro II del Código Penal, el imputado haya sufrido daños físicos o morales, como consecuencia de la comisión del delito, de gravedad tal que tornen desproporcionada la aplicación de una sanción”.

A continuación, consideraríamos una circunstancia atenuante: “Haber sufrido el autor daños físicos o morales que tornen desproporcionada la aplicación de la pena en toda su extensión”. En este supuesto caben los casos de *poena naturalis* en delitos dolosos, y en delitos culposos en donde el perjuicio sufrido por el autor no haya sido de gravedad suficiente como para sobreseer el asunto. Aquí deberán aplicar todos los matices que hemos tratado, por ejemplo, en un delito de parricidio pareciera inviable de entrada la aplicación de esta atenuante fundada en una lesión moral del imputado, no así de una lesión física.

Finalmente, en el momento de la determinación de la cuantía exacta de la pena, el juez debiese contar con una herramienta que lo habilite a considerar las circunstancias particulares del caso, ya sea la entidad de las circunstancias atenuantes, en este caso, o bien otra disposición que lo habilite a atender, en general, a las circunstancias personales del hechor.

Otro sistema que podría parecer interesante es consagrar todo aquello en una misma atenuante que, dependiendo de los caracteres del caso, puede tomar la figura de muy calificada, privilegiada o común. No obstante, en los casos de *poena naturalis* en delitos culposos, el sobreseimiento definitivo puede dar una salida más rápida al conflicto penal, que ahorraría los sufrimientos del imputado quien, no bastando con lo sufrido por las consecuencias de su delito, debe esperar a que se tramite todo el procedimiento para que en la sentencia definitiva se determine la concurrencia o no de dichas atenuantes.

Conclusiones

Al finalizar esta investigación, hemos llegado a las siguientes conclusiones respecto del tema inicial planteado:

1. Ante las diversas nociones que analizamos, nos decantamos por aquella que entiende a la *poena naturalis* como aquel mal físico o moral que, por imprudencia o caso fortuito, recae sobre el autor de un delito, como consecuencia directa de la comisión del mismo. Ante ello, adoptamos un concepto restringido de la misma, que abarca solo los perjuicios físicos o morales, descartando aquellos de índole económica u otros que no logran el estándar de equivalente funcional de la dimensión fáctica de la pena. Por otro lado, es más sencillo hallar supuestos en delitos culposos y, excepcionalmente, en delitos dolosos, cuando el daño es de gran entidad para el autor; y que puede ser provocada, por regla general por el propio autor, y excepcionalmente por terceros.

Por otro lado, señalamos también que la *poena naturalis* puede hallar su fundamentación ya sea en ser considerada una forma de compensación destructiva de la culpabilidad, o bien en que la sanción aplicable sería vulneradora del principio de

humanidad de las penas. Todo lo anterior rodeado por los principios de proporcionalidad y necesidad de la pena.

Dentro de las objeciones que pueden plantearse a la aplicación de la institución, sin duda los casos más problemáticos se darán en los cuales pueda predicarse respecto del autor una posición de garante respecto de la víctima, pero que aun así el daño le haya provocado sufrimiento. No obstante aquello, aun así sostenemos su aplicación en atención a las circunstancias concretas de cada hipótesis. A este respecto, resulta relevante la premisa de que la *poena naturalis* puede servir bien para dispensar de la pena, o bien para aminorarla.

2. Si bien podríamos intentar sustentar la *poena naturalis* desde las diversas teorías de la pena, ciertamente algunas resultan más fértiles para su aplicación que otras.

Así, para la teoría retributiva se estima que la pena natural opera como una justa compensación de la culpabilidad, en donde la eximición de la pena no tiene como efecto la desestabilización del sistema jurídico. Nos parece que la fundamentación de Bacigalupo en torno a la compensación destructiva va en la dirección correcta, aunque hemos de reconocer que por ser actos derivados del delito, y no el delito mismo, los que pueden fundar una morigeración de la pena, desde un sistema retributivo absolutamente puro resulta más difícil encajar la institución. Aun así, entendiendo la culpabilidad desde una perspectiva más amplia, en el marco de un sistema retributivo, es posible argüir su aplicación.

En cuanto a la prevención especial, la pena natural se justifica en que falta cualquier peligro de repetición del delito, siendo imposible para la pena cumplir algún fin resocializador. Creemos que esta perspectiva es la que permite de forma más concluyente la aplicación de la *poena naturalis*. Esto pues se atiende a las circunstancias particulares del sujeto a la hora de graduar la pena, y por lo mismo, necesariamente ha de tomar en cuenta situaciones como los sufrimientos post delictivos del mismo.

Respecto de la prevención general, en su vertiente negativa, afirmamos que el perjuicio sufrido por el autor opera como medio intimidatorio de forma equivalente a la pena, aunque es una postura discutible de cara a la seriedad de la amenaza que implicaría la imposición de una pena, aun morigerada, en estos casos. Así, resulta difícil encajar la *poena naturalis* en un modelo puro de prevención general intimidadora, que no considere otros factores, más que el impacto de la pena en la generalidad, como estándar de adecuación de la sanción. No obstante, tomando en cuenta los planteamientos de Silva Sánchez, podríamos afirmar que una pena impuesta en supuesto de *poena naturalis*, lejos de intimidar, invitaría al desafío (*defiance*), pues el castigo se sentiría como injusto por la generalidad y la pena no cumpliría su fin intimidatorio.

En su vertiente positiva, el perjuicio logra operar como sentimiento de refuerzo en la intangibilidad de los bienes jurídicos, alejado de la idea de llevar una vida

contraviniendo el derecho. Es más, en estos casos no se requiere de una pena para reestablecer la paz social, en estos casos la labor de afianzamiento de los valores concretados en las normas jurídicas se consigue, precisamente, con la no aplicación de una pena, o bien en su rebaja.

En cuanto a las doctrinas de Roxin, la etapa de aplicación judicial de la pena se rige por el principio de culpabilidad, a la manera de las teorías retributivas, por ende lo dicho sobre ellas es válido respecto de esta teoría. Sobre el planteamiento de Jakobs, la expectativa social de restablecimiento del derecho se ve compensada por la resolución natural del conflicto, materializado en la lesión sufrida por el autor como consecuencia de su delito, no siendo necesario reforzar el sentimiento de vigencia de la norma.

3. Consideramos que no es posible adoptar una postura monista respecto de las dimensiones de la pena, ya que ésta integra tanto aspectos facticos como comunicativos. En ese entendido, la pena natural, y más precisamente, los perjuicios sufridos por el agente como consecuencia de la comisión de su delito, operan como un equivalente funcional de la dimensión fáctica de la pena, y atendida esta consideración, resulta legítimo dispensar de la pena forense. Creemos fundamental la apreciación de la pena como una sanción que se padece. Por supuesto, es deseable que ello no sea así, sin embargo el obviar este punto puede significar graves perjuicios a las personas, a la hora de determinar la pena aplicable.
4. En cuanto a los modelos teóricos de solución que dan cabida a la *poena naturalis*, encontramos aquellos que dejan la decisión en manos del juez y aquellos que descansan en manos del órgano persecutor. Respecto de los primeros, encontramos la posibilidad de decretar una causal de exclusión de punibilidad, una atenuante de responsabilidad penal o bien un parámetro de determinación de la cuantía exacta de la pena. También, hallamos la posibilidad de considerar a la pena natural un obstáculo procesal para la continuación del juicio. En cuanto a las facultades del órgano persecutor, hallamos que ésta se concreta principalmente en la posibilidad de ejercer el principio de oportunidad, fundado en la existencia de una *poena naturalis*.

A este respecto, y como dejamos de manifiesto al presentar nuestra posición, creemos que es indispensable dotar al juez de herramientas que le permitan una amplia gama de opciones a la hora de aplicar esta institución. Limitar la *poena naturalis* sólo a las atenuantes nos parece insuficiente frente a los supuestos que podrían exceder en demasía esta posibilidad, a efectos de lograr una pena justa, que se adecue a la culpabilidad del imputado. Por ello, nos parece del todo adecuada la solución de Daniel Pastor (si bien no en materia de *poena naturalis*), en orden a contemplar un supuesto de obstáculo procesal para la continuación del juicio. La pena natural encajaría perfectamente en este mecanismo, tanto por su objeto como por su finalidad.

5. En cuanto a la realidad chilena, si bien podemos aceptar de forma abstracta que pueda utilizarse la *poena naturalis* a través de la suspensión de la condena del artículo 398 CPP, en la realidad resultan supuestos en extremo escasos. Sin embargo, concluimos que el Ministerio Público puede ejercer el principio de oportunidad en casos de pena

BOBADILLA, Carlos. “La “pena natural”: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno”.

natural, dado que no existe grave compromiso con el interés público, siempre que se adecue a la penalidad exigida por la norma. Además, es posible que el juez considere la pena natural en la fase de determinación de la cuantía exacta de la pena, a través de la cláusula de extensión del mal producido por el delito, del artículo 69, que mandata tomar en cuenta toda la extensión del injusto culpable. De esta manera, la culpabilidad en su faz cuantitativa cobra su lugar en un modelo penal de retribución de la culpabilidad. Así, a través de esta retribución se reconduce la *poena naturalis*, a modo de compensación de dicho elemento.

Por último, creemos que, pese a haber arribado a la conclusión de que en nuestro ordenamiento jurídico es impetrable la *poena naturalis*, el ámbito de aplicación de aquella continúa siendo acotado. Esto, pues sólo podríamos llegar a una dispensa total de la pena cuando se dicte sobreseimiento definitivo producto del principio de oportunidad y, como vimos, el dejar este aspecto en manos del órgano persecutor no es la solución ideal. Así, el único reducto en el cual es posible aplicarla es en la fase de determinación de la cuantía exacta de la pena y, aunque podría sacarse bastante provecho de la disposición del artículo 69, en la práctica es una posibilidad muy poco utilizada por la jurisprudencia.

Si este mecanismo fuese complementado por una disposición legal que habilite al juez, ya sea a través de una causal de exclusión de punibilidad o de un obstáculo procesal para continuar el juicio, resultaría un sistema coherente y armónico, que permitiría dar una solución satisfactoria al problema de la pena natural. Mientras tanto, el juez seguirá atado por los rígidos términos del artículo 69, siéndole vedado, por parte del legislador, la apreciación verdaderamente concreta y particular del caso.

Así, y al igual como han hecho otras legislaciones que mantenían una disposición similar a la del artículo 69, se hace menester una reforma que permita brindar un margen de apreciación más amplio para el juez, a efectos de otorgarle herramientas para que aprecie –además de las circunstancias que actualmente se consagran– las circunstancias personales del sujeto, la gravedad del hecho y la repercusión de la sentencia en la vida futura del imputado. Creemos que una salida adecuada a ello sería aquella que tomara en cuenta las particularidades del caso, y en base a ello determinara si lo correspondiente es el término del proceso o bien una aminoración de la sanción, como hemos expuesto en nuestra propuesta.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIGÓS, Carlos R., “El dolor y el derecho penal”, en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970, p. 79 -104.
- ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona: PPU, 2001.
- BACIGALUPO, Enrique, “Principio de culpabilidad, carácter del autor y poena naturalis en el derecho penal actual”, en: OUVIÑA, Guillermo *et al.*, *Teorías actuales en el derecho penal. 75 aniversario del Código Penal*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1998, p. 141-164.
- BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, *Curso de derecho penal, t. I*, 2ª edición, Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2007.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J., HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Madrid: Trotta, 2006.
- CASTRO JOFRÉ, Javier, *Introducción al Derecho Procesal Penal chileno*, Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2006.
- CHAHUÁN, Sabas, *Manual del nuevo procedimiento penal*, 7ª edición, Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2012.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, “La pena natural”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 3 (1999), pp. 1910-1916.
- _____, “La pena natural y sus efectos sobre la culpabilidad del autor. Reflexiones acerca de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2002”, *Actualidad Penal*, N° 46 (2002), pp. 1221-1238.
- COSCIA, Orlando, “Poena naturalis versus pretensión estatal”, *Revista Jurídica de LexJuris*, vol. I, N° 1 (2000), en: <http://www.lexjuris.com/revista/opcion1/2000/lexpoena.htm> [visitado el 15.08.2015].
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 10ª edición, Santiago de Chile: Ediciones UC, 2011.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política criminal en la encrucijada*, Argentina: B de F, 2007.
- DUCE, Mauricio, RIEGO, Cristián, *Proceso Penal*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- DURÁN MIGLARDI, Mario, “Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional”, *Revista Electrónica Política Criminal*, vol. 4, N° 8 (2009), pp. 266-291, en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A1.pdf [visitado el 12.08.2015].
- _____, “Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos”, *Revista de Filosofía*, N° 67 (2011), p. 123-144.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal. Parte general, t. II*, 3ª edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*, Argentina: B de F, 2014.
- FEUERBACH, Anselm v., *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, trads. ZAFFARONI Eugenio, HAGEMEIERS, Irma, 2ª edición., Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

BOBADILLA, Carlos. “La “pena natural”: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno”.

- FERNÁNDEZ, Pedro Javier, *Código Penal de la República de Chile explicado i concordado*, 2ª edición, Santiago de Chile: Editorial Barcelona, 1899.
- FUENTES CUBILLOS, Hernán, “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”, *Ius et Praxis*, N° 2 (2008), pp. 15-42.
- FIGARI, Rubén, “Sobre la pena natural. Aciertos e inconveniencias. Comentario al fallo ‘G. s/Homicidio Agravado por el Vínculo’” en: <http://www.rubenfigari.com.ar/sobre-la-pena-natural-aciertos-e-inconveniencias>, [visitado el 26.07.2015].
- FINOCCHIARO, Enzo, “La pena natural. Breves consideraciones”, *Revista de derecho penal y Criminología*, N° 5 (2012), p. 57-69.
- FISCALÍA NACIONAL, “Instructivo N° 35, Oficio N° 245/2000, 15 de Diciembre de 2000”, en: EL MISMO, *Reforma procesal penal. Instrucciones generales N°s 26 a 50*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 179-190.
- _____, “Instructivo N° 50, Oficio N° 060/2001, 25 de Octubre de 2000”, en: EL MISMO, *Reforma procesal penal. Instrucciones generales N°s 26 a 50*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 403-411.
- _____, Oficio N° 790, 22 de Diciembre de 2008, en: www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/archivo?id=634&pid=66&tid=1&d=1a [visitado el 11.08.2015].
- FONCEA FLORES, María Isabel, *La extensión del mal producido por el delito como criterio de determinación judicial de la pena*, Memoria Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 1997.
- FREUND, Georg, “La determinación de las consecuencias jurídico-penales como sistema”, trads. PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe, GARRO CARRERA, Enara, en: ASUA BATARRITA, Adela, GARRO CARRERA, Enara (coords.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*, Vizcaya: Universidad del País Vasco, 2009, pp. 27-54.
- FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias i comentarios del Código Penal chileno, t. I*, Lima: Imprenta Comercial Calle del Huallaga N. 139, 1883.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*, Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona, 1982.
- GARCÍA CAVERO, Percy, “Acerca de la función de la pena”, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 6 (2005), pp. 121-139.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Parte general, t. I*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- GÓMEZ-JARA, Carlos, “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿el dolor penal como constructo comunicativo?”, *Indret penal*, N° 2 (2008), pp. 1-31, en: www.indret.com/code/getPdf.php?id=1130&pdf=530.pdf [visitado el 15.08.2015].
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción de responsabilidad*, Santiago de Chile: Legal Publishing, 2008.
- HASSEMER, Winfred, “La ‘renuncia a la pena’ como instrumento político criminal”, trad. QUERALT, Joan Josep, en: MIR PUIG, Santiago (ed.), *La reforma del derecho penal, t. II*, Barcelona: Bellaterra, 1981, pp. 107-124.
- _____, *Fundamentos del derecho penal*, trads. MUÑOZ CONDE, Francisco, ARROYO ZAPATERO, Luis, Barcelona: Bosch, 1984.

- HEGEL, G.W.F., *Filosofía del derecho*, 4ª edición, trad. MENDOZA DE MONTERO, Angélica, Buenos Aires: Editorial Claridad, 1955.
- HEIM, Andrés, TOLEDO, Alejandro, “El principio de insignificancia y la pena natural como causales de eximición o reducción del castigo penal”, en: <http://www.aapdp.com.ar/wp-content/uploads/2016/03/03toledo.pdf> [visitado el 24.07.2016].
- Historia fidedigna de la Ley 20.074, en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=243832> [visitado el 04.08.2015].
- Historia fidedigna de la Ley 19.696, en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595> [visitado el 04.08.2015].
- HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, 2ª edición, trad. SÁNCHEZ SARTO, Manuel, Argentina: Fondo de Cultura Económica, 1980.
- HORVITZ LENNON, María Inés, LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal chileno, t. I*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código penal español de 1848*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- IRIBARREN, Pablo, “La poena naturalis y su aplicación en la provincia de Río Negro”, *Suplemento de derecho penal y procesal penal La Ley*, 2006/B, en: www.pinedairibarrenasoc.com.ar/pdf/pena%20natural1.pdf [visitado el 15.08.2015].
- JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”, trad. CANCIO MELIA, Manuel, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales, t. XLV*, fascículo III (1992).
- _____, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición, trads. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- _____, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trads. CANCIO MELIÁ, Manuel, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, España: Civitas, 2003.
- _____, *La pena estatal: significado y finalidad*, trads. CANCIO MELIÁ, Manuel, FEIJOO SÁNCHEZ, Madrid: Civitas, 2006.
- _____, *El Derecho penal como disciplina científica*, trad. VAN WEEZEL, Alex, España: Civitas, 2008.
- JESCHECK, Hans Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. OLMEDO CARDENETE, Miguel, Granada: Editorial Comares, 2002.
- KANT, Immanuel, *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, 5ª Edición, trad. GARCÍA MORENTE, Manuel, Madrid: Editorial Espasa-Calpe, 1977.
- _____, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, trad. CÓRDOVA, Arnaldo, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 3ª edición, España: Editorial Aranzadi, 2009.
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia, *Código Penal alemán (StGB)*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, “La poena naturalis en el derecho penal vigente”, en: GARCÍA VALDÉS, Carlos *et al.* (coords.), *Estudios Penal en homenaje a Enrique Gimbernat, t. I*, España: Edisofer, 2008, pp. 1121-1147.
- MAÑALICH, Juan Pablo, “Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena”, en: KINDHÄUSER, Urs, MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo: B de F, 2011, pp. 29-65.

BOBADILLA, Carlos. “La “pena natural”: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno”.

- MATURANA MIQUEL, Cristián, MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, t. II, 2ª edición, Santiago de Chile: Legal Publishing, 2012.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (dirs.), “Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal”, *Política criminal*, N° 1, D1 (2006), pp. 1-92.
- MATUS, Jean Pierre, VAN WEEZEL, Alex, “Artículos 50 a 73”, en: POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, ORTIZ QUIROGA, Luis (dirs.), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, t. I, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 323-382.
- MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*, t.I, 3ª edición, Santiago de Chile: Legal Publishing, 2014.
- MIR PUIG, Santiago, “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. 39, Fasc/Mes 1 (1986), pp. 49-58.
- NÁQUIRA, Jaime *et al.*, “Principios y penas en el derecho penal chileno”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 10-r2 (2008), pp. r2:1 - r2:71, en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf> [visitado el 07.08.2015].
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 3ª edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- NIEVA FENOLL, Jordi, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Argentina: B de F, 2012.
- ORTIZ QUIROGA, Luis, ARÉVALO CUNICH, Javier, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2013.
- PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado*, t. I, 5ª edición, Madrid: Imprenta de Manuel Tello, 1881.
- PASTOR, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental”, *Cuadernos de derecho penal*, N° 6 (2011), pp.11-49.
- PFEFFER, Emilio, *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, 2ª edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- PINTO BUSTOS, Andrea, SÁNCHEZ PIAZZA, José Manuel, “El delito terrorista en la legislación chilena: comentario a un fallo”, *Blog Legal BCN* (2012), en: <http://bloglegal.bcn.cl/content/view/5138108/html> [visitado el 05.08.2015].
- POLANCO VALDÉS, Daniel, *La extensión del mal causado como criterio de la determinación de la pena*, Memoria Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2012.
- POLITOFF, Sergio, “Derecho penal con medida: una respuesta reduccionista a la mala conciencia del jurista”, *Revista Universum*, N° 10 (1995), p. 125 -138.
- _____ MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- PRAMBS JULIÁN, Claudio, *El tipo de culpabilidad en el Código Penal Chileno. Una visión sistemática normativa y positiva*, Santiago de Chile: Editorial Metropolitana, 2005.

- RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel de (dir.), *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno*, Valparaíso: Edeval, 1974.
- _____, “El principio de culpabilidad en el código penal chileno”, *Actas de las jornadas internacionales de derecho penal en celebración del centenario del código penal chileno* (1975), pp. 49-126.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, ‘La noción de ‘mal producido por el delito’ en el ámbito de la criminalidad sexual”, en: VAN WEEZEL, Alex (dir.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago de Chile: Legal Publishing, 2013, pp. 921-962.
- ROXIN, Claus, “Sentido y límites de la pena estatal”, en: EL MISMO, *Problemas básicos del derecho penal*, trad. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Madrid: Editorial Reus, 1976, pp. 11-36
- _____, ARZT, Gunther, TIEDEMANN, Klaus, *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, trads. ARROYO ZAPATERO, Luis, GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, Barcelona: Editorial Ariel, 1989.
- _____, *Derecho procesal penal*, trads. CÓRDOBA, Gabriel E., PASTOR, Daniel R., Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo”, trad. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, en: EL MISMO, *El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1991, pp.147-178.
- SEELMANN, Kurt, “Intentos de una legitimación de la pena a través del argumento del comportamiento autocontradictorio del autor del delito”, trad. ESTRADA I CUADRAS, Albert, en: EL MISMO, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 103-114.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Del derecho abstracto al Derecho ‘real’”, *InDret penal*, Nº 4 (2006), pp.1-6, en: www.indret.com/code/getPdf.php?id=904&pdf=377_es.pdf [visitado el 15.08.2015].
- _____, “A duras penas”, en: EL MISMO, *Tiempos de derecho penal*, Argentina: B de F, 2009, pp. 32-35.
- _____, “Prevención del delito y reducción de la violencia”, *Ita Ius Esto*, Nº 2 (2011), pp. 27-40
- _____, “¿Puede considerarse el remordimiento una ‘poena naturalis’?”, *InDret Penal*, Nº 3 (2014), pp. 1-3, en: www.indret.com/pdf/editorial.2_7.pdf [visitado el 15.08.2015].
- _____, “Patologías del dolor penal”, *InDret penal*, Nº 1 (2015), pp. 1-3, en: www.indret.com/pdf/editorial.2_8.pdf [visitado el 15.08.2015].
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 299-300.
- TOSCANO TINOCO, Juan José, “Las dilaciones indebidas: una cuestión no resuelta. Evolución jurisprudencial, regulación legal y visión crítica”, *Revista de derecho penal y criminología*, 3ª Época, Nº 10 (2013), pp. 237-292.
- VITALE, Gustavo, “Estado constitucional de derecho y derecho penal”, en: OUVIÑA, Guillermo *et al.*, *Teorías actuales en el derecho penal, 75º Aniversario del Código Penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, pp. 71-130.

BOBADILLA, Carlos. “La “pena natural”: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno”.

- VAN WEEZEL, Alex, “Determinación de la pena exacta: el artículo 69 del Código Penal”, *Ius et Praxis*, v. 7, N° 2 (2001), en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200017&lng=es&nrm=iso [visitado el 01.09.2015].
- _____, “Lesiones y violencia intrafamiliar”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N° 2 (2008), pp. 223-259.
- VERA, Robustiano, *Código Penal de la República de Chile comentado*, Santiago de Chile: Imprenta de P. Cadot i Ca., 1883.
- VON LISZT, Franz, *Tratado de derecho penal*, trad. castellana, Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2007.
- _____, *La idea de fin en el derecho penal*, trad. AIMONE GIBSON, Enrique, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.
- WOLF, Paul, “Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena”, trads. MUÑOZ-CONDE, Francisco, QUESADA, Víctor, MAESTRE, Agapito, en: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (dir.), *Prevención y teoría de la pena*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1995, p. 59-73.
- ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general, 2° edición*, Buenos Aires: Editorial Ediar, 2014.
- ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1996.