



El concepto de pena natural en la doctrina y la jurisprudencia penal

Manuel Francisco Serrano

El concepto de pena natural en la doctrina y la jurisprudencia penal

Manuel Francisco Serrano



(serie tesis posgrado)

Universidad Nacional de Quilmes

Rector

Alfredo Alfonso

Vicerrectora

María Alejandra Zinni

Departamento de Ciencias Sociales

Director

Néstor Daniel González

Vicedirectora

Cecilia Elizondo

Coordinadora de Gestión Académica

María Laura Finauri

Unidad de Publicaciones para la Comunicación Social de la Ciencia

Presidenta

Mónica Rubalcaba

Integrantes del Comité Editorial

Bruno De Angelis

María Eugenia Fazio

Karina Roberta Vasquez

Editora

Josefina López Mac Kenzie

Diseño gráfico

Julia Gouffier

Asistencia Técnica

Eleonora Anabel Benczearki

Hugo Pereira Noble

Imagen de tapa

Victoria Maniago

El concepto de pena natural en la doctrina y la jurisprudencia penal

Manuel Francisco Serrano

Serrano, Manuel Francisco

El concepto de pena natural en la doctrina y la jurisprudencia penal / Manuel Francisco Serrano. - 1a ed - Bernal : Universidad Nacional de Quilmes, 2023.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga

ISBN 978-987-558-832-5

1. Derecho. 2. Derecho Penal. 3. Derecho Penal. I. Título.

CDD 345

Departamento de Ciencias Sociales

Unidad de Publicaciones para la Comunicación Social de la Ciencia

Serie Tesis Posgrado

<http://unidaddepublicaciones.web.unq.edu.ar/>

sociales_publicaciones@unq.edu.ar

Los capítulos publicados aquí han sido sometidos a evaluadores internos y externos de acuerdo con las normas de uso en el ámbito académico internacional.

-  Esta edición se realiza bajo licencia de uso creativo compartido o Creative Commons. Está permitida la copia, distribución, exhibición y utilización de la obra bajo las siguientes condiciones:
-  **Atribución:** se debe mencionar la fuente (título de la obra, autor, editor, año).
-  **No comercial:** no se permite la utilización de esta obra con fines comerciales.
-  **Mantener estas condiciones para obras derivadas:** solo está autorizado el uso parcial o alterado de esta obra para la creación de obras derivadas siempre que estas condiciones de licencia se mantengan en la obra resultante.

| ÍNDICE |

AGRADECIMIENTOS	13
INTRODUCCIÓN	17
Sobre el análisis conceptual en el derecho.....	19
Los desacuerdos en el derecho.....	21
Interpretación constructiva en el derecho.....	27
Metodología de interpretación.....	29
Estructura del libro.....	30
CAPÍTULO 1. Definiciones, discusiones y alternativas en la pena natural	33
Las definiciones de pena natural.....	33
Discusiones en torno a los males constitutivos de la pena natural.....	39
Daños físicos.....	39
Daños aflictivos.....	40
Daños de cualquier entidad.....	42
El sujeto que causa la pena natural.....	43
Daño producido por el propio agente.....	43
Daño producido por un tercero.....	45
El aspecto subjetivo del delito en la normativa procesal existente.....	46

Modelos de aplicación existentes y propuestos.....	51
Facultad del Ministerio Público Fiscal.	
El principio de oportunidad.....	51
Facultad judicial. La aplicación de principios en la sentencia.....	53
CAPÍTULO 2. La discusión en torno al estatus jurídico	
de la pena natural.....	55
La <i>poena naturalis</i> como un caso de compensación	
de culpabilidad. La postura de Bacigalupo.....	56
La <i>poena naturalis</i> como derivación de los principios	
de legalidad, proporcionalidad y racionalidad. La postura	
de Zaffaroni, Alagia y Slokar.....	61
La clemencia o compasión judicial como fundamento	
de la <i>poena naturalis</i>	66
Algunas conclusiones provisorias: los elementos esenciales	
del concepto de pena natural.....	74
CAPÍTULO 3. Elucidación de los elementos constitutivos	
de la pena natural.....	77
El delito y su relación con la pena natural.....	77
La pena natural y su relación con los delitos de imprudencia....	90
Proporcionalidad entre el delito y los daños sufridos.....	93
Arrepentimiento.....	103
¿Qué tipo de concepto es el concepto de pena natural?.....	111
CAPÍTULO 4. La <i>poena naturalis</i> en el marco de la concepción	
comunicativa del castigo.....	115
El principio de integridad política: premisas	
para pensar el castigo.....	116

La dimensión liberal y comunitaria de la concepción comunicativa del castigo.....	118
La dimensión comunicativa de la concepción comunicativa del castigo.....	123
El concepto de arrepentimiento desde la teoría comunicativa del castigo 90.....	126
Daño y sufrimiento del autor del delito y su relación con el principio de proporcionalidad desde la teoría comunicativa del castigo.....	129
El contexto y el carácter de los agentes desde la teoría comunicativa del castigo.....	137
CAPÍTULO 5. El estatus jurídico de la pena natural.....	141
La compensación de culpabilidad.....	142
Las emociones de la clemencia, compasión y misericordia.....	146
Los principios de proporcionalidad, racionalidad de la pena y humanidad.....	154
Valor normativo de los principios en la aplicación de la pena natural.....	158
CONCLUSIONES. Ajustes de la etapa postinterpretativa.....	163
Concepto de pena natural.....	163
Ajustes propuestos a la práctica doctrinaria y jurisprudencial...166	
NOTAS.....	173
BIBLIOGRAFÍA.....	211
JURISPRUDENCIA CITADA.....	217

“Diríase que escribir sobre filosofía moral es un asunto arriesgado, y no precisamente por las dificultades inherentes a escribir sobre cualquier materia complicada, o sobre cualquier materia en general, sino por dos razones especiales. La primera es que es probable que uno ponga de manifiesto las limitaciones y la inadecuación de la visión que uno tiene del asunto más directamente, que, por lo menos, en otras partes de la filosofía. La segunda es que uno podría correr el riesgo, si se le toma en serio, de extraviar a la gente en asuntos que son de importancia. Mientras que son pocos los tratadistas de esta materia que hayan sido capaces de evitar el primer riesgo, son muchos los que han evitado el segundo o bien haciendo imposible que se les tome en serio, o bien rehuendo escribir sobre algo de importancia, o bien por ambos medios”.

Morality: An Introduction to Ethics. Bernard Williams

A mi padre, a mi madre, a mi hermano, a mi hermana y al amor de mi vida, Mari.

| AGRADECIMIENTOS |

Este libro constituye –con algunas modificaciones menores– la tesis que elaboré para obtener el título de Magíster en Filosofía en la Universidad Nacional de Quilmes (UNQ). Pero ni el cursado de la carrera ni la escritura de la tesis fueron realizados en soledad; por el contrario, son producto del apoyo constante de muchos seres queridos, a quienes quiero agradecer profundamente.

Para empezar, este trabajo no pudo haberse desarrollado sin la presencia constante de mi familia, que siempre está y hace años me aguanta en los estados de abstracción –bastante recurrentes– en los que ingreso cuando me concentro en una lectura, o al escribir. En especial, debo agradecer con todo mi ser a Mari, que luego de más de diez años persiste en su tarea de amarme y acompañarme en todos los proyectos que encaro y encaramos juntos.

La guía constante de mis directores, Guillermo Lariguet y Facundo García Valverde, en la escritura de este trabajo, fue fundamental para poder reflexionar sobre un problema práctico que involucró mi área de formación de grado con mi formación de posgrado. No está de más decir que todos los aciertos –si es que los hay– que se puedan encontrar aquí son gracias a las conversaciones y discusiones que tuve con ellos; mientras que los errores –que seguramente abundarán– son de mi autoría.

Por otro lado, este libro no podría haber sido escrito sin el acompañamiento de Ramón Sanz Ferramola y Josiane Sueli Béria, mis compañeros en la asignatura de Ética. El compañerismo y la solidaridad

que priman en nuestro trabajo permitieron que me pudieran cubrir en momentos donde necesitaba dedicarme de lleno a la maestría.

En un sentido similar, debo agradecer a mis compañeros de investigación del proyecto “Epistemología, bioética y DDHH desde el sur global”. En especial, a Celeste Romá, José Luis Jofré y Bernardo Figueroa Garro, con quienes a largo de estos años hemos encarado muchísimos proyectos en el marco de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de San Luis (UNSL).

También a mis compañeros de investigación del proyecto “Derecho y lenguaje: delimitación y alcance de los criterios judiciales”, en especial a Daniel Gorra, Hernán Herrera, Héctor Lazzari y Rubén Figari, con quienes tuve el placer y el honor de aprender sobre el derecho penal y sus relaciones con la filosofía del derecho.

Fue gracias a las reuniones realizadas en el marco de la Red de Investigadores sobre el Igualitarismo que pude entrar en contacto con excelentes filósofos, y pude aprender a discutir y argumentar filosóficamente en un tono de cordialidad y compañerismo. En especial, agradezco profundamente a Daniel Busdygan, Julieta Elgarte, Federico Abal, Juliana Udi, Fernando Lizárraga, Martín Daguerre, Joaquín Suárez, Luis García Valina, Laura Duimich y Nicolás Alles por sus comentarios a versiones preliminares de la tesis presentada en nuestros *workshops*.

No puedo dejar de mencionar el apoyo institucional que recibí de parte de la Facultad de Ciencias Humanas de la UNSL. El reconocimiento de la importancia de la formación de posgrado me permitió ser beneficiario de becas y poder aplicar gran parte de mi dedicación horaria a la investigación y producción.

La Asociación Pensamiento Penal, tanto nacional como el capítulo provincial, me enseñaron a ver que el derecho penal no es solo cuestión de abogados, sino de toda la sociedad y, sobre todo, una cuestión de justicia. No puedo dejar de mencionar a Mario Juliano, quien me recomendó trabajar sobre pena natural, y porque mucha de la jurisprudencia y la teoría que analizo es de su autoría. Lamento no haber podido compartir este libro con él.

Fue muy significativo que en el jurado estuvieran Cristián Fatauros, Luciana Samamé y Romina Rekers, investigadores que admiro y de los que constantemente me encuentro aprendiendo. Los comentarios y preguntas que me realizaron fueron fundamentales para producciones posteriores.

Por último, no puedo dejar de agradecer a la UNQ, que no solo me brindó una formación de muchísima calidad, sino que también me hizo sentir parte de su comunidad desde el primer momento.

Me faltan muchísimas personas más y me gustaría nombrarlas a todas, pero eso resultaría muy largo y estoy seguro de que a todas se lo he dicho o se lo voy a decir: ¡muchísimas gracias!

| INTRODUCCIÓN |

Nuestro país, como la mayoría de las democracias actuales, presenta una clara división de poderes, donde el legislativo se encarga de sancionar las leyes, el judicial, de aplicarlas, y el ejecutivo, de administrar el país. En este orden de ideas, al poder legislativo le corresponde sancionar las leyes penales que individualizan las conductas que se consideran delito y establecer la pena que corresponde por cada uno de ellas. De esta manera, son los jueces quienes se encargan de juzgar y condenar a las personas una vez que se encuentra acreditado que han cometido uno o varios delitos.

Ahora bien, hay situaciones en las que, si bien se ha acreditado que el acusado ha cometido el delito por el que se lo acusa, los jueces deciden no condenarlo a la pena establecida en la ley penal y, en consecuencia, eximirlo de pena, o aplicar una menor. Para ello, en sus argumentaciones sostienen que están frente a un caso de pena natural o *poena naturalis*. Este fenómeno se presenta como una situación inusual y paradójica: un agente que ha cometido un delito –y a quien, por lo tanto, le corresponde la pena establecida– pero que no es o no debe ser castigado.

De manera más precisa, los casos que ingresan dentro de la categoría de pena natural son aquellos en los que el autor, a causa o en ocasión de la comisión del delito, ha sufrido un daño de magnitud igual o superior al que le corresponde en caso de aplicarse la pena estatal. Ejemplos de estos son aquellos en los que alguien es acusado

de ser el responsable de la muerte de su pareja –o de un familiar o ser querido– a causa de su imprudencia. Los accidentes automovilísticos son un campo fructífero de esto. En estos casos, los jueces muchas veces afirman que el acusado ya está sufriendo una pena: el peso en su consciencia de ser quien ha matado a su pareja. Por lo que aplicar una pena más significaría un exceso o una violación a la prohibición del doble castigo por el mismo hecho (principio *non bis in ídem*). Otros autores sostienen que, en realidad, se está frente a una situación de compensación de culpabilidad. Esto es, con el sufrimiento, el autor ha compensado su culpabilidad y, por lo tanto, esto debe verse reflejado en la pena. A su vez, un tercer grupo afirma que la pena natural constituye un claro caso de clemencia judicial, donde la situación particular que se juzga habilita que el juez sea clemente o compasivo, y disminuya o cancele el castigo.

Como se observa, las discusiones lejos se encuentran de estar terminadas. Tampoco se puede afirmar que los desacuerdos se limiten al fundamento normativo de la pena natural. La delimitación de los elementos de la *poena naturalis* se presenta como el tema que más discusiones ha presentado. ¿En todos los delitos es posible reconocer una pena natural? ¿Únicamente en los delitos culposos? ¿O en aquellos delitos con una pena menor? ¿Quién puede ser beneficiado por esto? ¿Qué características debe tener la víctima del delito? ¿El sufrimiento recae sobre cualquier bien o solo sobre el cuerpo o la salud del acusado? Todas estas preguntas enfrentan diferentes respuestas de acuerdo con la postura que tome el teórico o el juez que responda.

A su vez, estas discusiones no solo se ven reflejadas en las sentencias o trabajos teóricos, sino también en la legislación positiva. De esta manera, nos encontramos con códigos que lo limitan a determi-

nados delitos, otros que lo establecen como una facultad del órgano de persecución (principio de oportunidad), y otros, como una decisión del juez. En fin, estamos frente a un fenómeno que presenta diversas concepciones en pugna.

Mi objetivo principal será elucidar la estructura conceptual de la pena natural y cubrir esta ambigüedad. Para ello, desde una perspectiva analítica, me enfocaré en el análisis conceptual del derecho aplicado a la pena natural. Se utilizarán como *input* o base de datos la jurisprudencia –principalmente, argentina– y las producciones teóricas de algunos de los juristas que se han preocupado por este fenómeno.

Sobre el análisis conceptual en el derecho

Peter Strawson (1992, p. 2), en su reconocido manual introductorio a la filosofía, nos explica que el título de *filósofo analítico* sugiere que el *análisis conceptual* es una buena descripción de su actividad. Este análisis puede considerarse como una descomposición de algo en diferentes piezas. De esta manera, el filósofo se preocuparía por descubrir de qué elementos está compuesto un concepto o una idea, y cómo se relacionan. Esta noción de filosofía aplicada al derecho significa que el análisis conceptual se realiza sobre los conceptos propios del derecho o sobre cómo determinados conceptos se utilizan en el derecho.

De manera particular, en el campo del derecho nos encontramos con dos agentes privilegiados, en el sentido de que son los que generan y utilizan conceptos específicos de la práctica jurídica. Por un lado están los jueces, que a través de sus sentencias aplicarán las normas jurídicas a casos particulares. Por otro lado se encuentra las producciones teóricas referidas a interpretaciones jurídicas que realizan los

juristas o dogmáticos¹ del derecho. Estas aplicaciones e interpretaciones del derecho se realizan, a grandes rasgos, sobre las normas que se encuentran plasmadas en las leyes.

Es por esto que, aunque los conceptos del derecho penal están expresados en lenguaje natural (normas, sentencias, artículos y libros académicos), conforman un lenguaje técnico específico. Esto es así porque las palabras utilizadas en el derecho presentan significados propios dentro de este campo específico. De aquí que los conceptos jurídicos sean dependientes de una práctica especializada y sea necesario tener algún nivel de comprensión e internalización de dicha práctica para lograr su aprehensión (Agüero-San Juan 2018, p. 115).

Estos conceptos no funcionan de manera aislada, sino que se encuentran entramados en una red conceptual. Solo aquí es posible conocer su significado y por ello se puede sostener que el lenguaje jurídico es un lenguaje técnico. Muchos de sus conceptos adquieren un significado preciso en la red conceptual jurídica. Por fuera de ella, obtienen otros, pero siempre deben estar entramados. Por esta situación, aunque los operadores jurídicos utilicen los conceptos de manera precisa y sin problemas, siguiendo las reglas del lenguaje correspondiente, de eso no se sigue que puedan decir cómo lo hacen. Es decir “[e]l dominio de una práctica no conlleva el dominio sobre la teoría de esa práctica” (Moreso 2004, p. 17). De aquí que, el análisis conceptual se presente como una investigación filosófica acerca del significado de ciertas palabras y expresiones tal como son usadas en la práctica por los agentes. Esto no significa realizar una investigación empírica, sino que estas prácticas permiten que el filósofo actúe como un corrector de usos para determinar el concepto de la manera más clara posible (Moreso 2004, p. 19-20). Por lo tanto, un análisis concep-

tual en el derecho debe centrar su atención en el uso efectivo de los términos que manejan los operadores jurídicos privilegiados, a saber, los jueces a través de sus sentencias (jurisprudencia) y los académicos a través de sus producciones interpretativas del derecho (dogmática jurídica) (Agüero-San Juan 2018, p. 115).

Sin embargo, es común encontrar que los jueces y juristas utilizan determinados conceptos para situaciones diferentes. Más precisamente, hay conceptos que son compartidos por la comunidad jurídica, pero al momento de establecer cuáles son los criterios determinantes del uso, no hay acuerdo. Un ejemplo de esto es el concepto de pena natural. Las discusiones en torno a los presupuestos, elementos y efectos de su aplicación o reconocimiento son recurrentes. Esto nos lleva a preguntarnos por la naturaleza del desacuerdo.

Los desacuerdos en el derecho

Si bien los desacuerdos en el derecho –como en la moral y la política– son moneda corriente, esto no significa que no se los pueda abordar y encontrar o proponer soluciones o salidas a ellos. Como se sabe, es posible reconocer diversos tipos de desacuerdos (valorativos, metodológicos, interpretativos, etc.); en el que me voy a interesar en este trabajo es un desacuerdo conceptual. Las discusiones que se abordarán dan cuenta que, si bien hay un uso compartido de un concepto, no está claro cuál sea su estructura y su relación con otros conceptos de la red jurídica. Esto no significa descartar el abordaje de otros tipos de desacuerdos, sino que serán trabajados al momento que se elucide el concepto de pena natural.

Un primer paso para ello es distinguir qué tipo de concepto es el que presenta desacuerdos. Más precisamente, la pregunta que se debe responder es ¿Qué supuestos y qué prácticas deben ser compartidos por los juristas para que se pueda sostener, de manera sensata, que comparten el concepto y puedan acordar sobre su aplicación? Para poder responder esto, Ronald Dworkin sostiene que hay que distinguir tres tipos de conceptos: criteriológicos (*criterial concepts*), naturales (*natural kind concepts*) e interpretativos (*interpretive concepts*). Los primeros son aquellos que las personas comparten solo cuando se ponen de acuerdo en una definición –más o menos precisa– que establece los criterios para su correcta aplicación (Dworkin 2006, p. 9). Estos son utilizados cuando se comparten los mismos criterios para identificar ejemplos. Las personas que comparten un concepto en este sentido, rara vez están en desacuerdo con el uso del concepto en determinadas circunstancias (Dworkin 2011, p. 158). Aquí encontramos conceptos como soltero, que hace referencia a los hombres mayores de edad que no están casados o el concepto de triángulo equilátero, que refiere a una forma geométrica con tres lados iguales. Los conceptos de clase natural, por su parte, son aquellos que tienen una naturaleza fija. Las personas lo comparten cuando lo usan para referir al mismo objeto natural, como algún animal o vegetal. El uso de este concepto se vuelve claro cuando reconocemos que podemos referirnos al mismo objeto natural, sin utilizar los mismos criterios para identificarlo. El ejemplo clásico es del tigre; todas las personas acordamos en qué es un tigre, pero no tenemos los mismos criterios de identificación. Algunos apelarán al ADN del animal, otros a su forma, al comportamiento o su pelaje, etc. Con esto, Dworkin no está defendiendo que existan esencias; por el contrario, sostiene que los conceptos son herramien-

tas que tenemos a nuestra disposición para poder referir objetos. Los conceptos criteriológicos y los naturales tienen algo importante en común: las personas no comparten estos conceptos a menos que superen un test decisivo para decidir cuándo aplicar el concepto. Aquí, los desacuerdos genuinos se enmarcan en los acuerdos sobre las circunstancias que se encuentran acordadas previamente (ídem).

A diferencia de estos dos, los conceptos interpretativos son usados para reflexionar y cuestionar nuestras prácticas. Aquí también es necesario que las personas compartan una práctica: deben coincidir en tratar el concepto como interpretativo. Esto no significa que tengan que converger en la aplicación de un concepto. Pueden compartir un concepto interpretativo, aunque disientan dramáticamente sobre sus ejemplos de aplicación (Dworkin 2006, pp. 10-12). En otras palabras, lo que sucede aquí es que no acordamos las circunstancias de aplicación de estos conceptos, pero entendemos que su correcta aplicación está determinada por la mejor interpretación de las prácticas en que ella figura (Dworkin 2011, p. 160). En esta categoría se encuentran los conceptos jurídicos, los políticos y los morales.

La determinación del tipo de concepto que se está abordando se realiza en el *nivel semántico*. Luego, en el *nivel iusfilosófico* (*judicial state*), el teórico debe construir el tipo de teoría que resulte apropiada para analizar el concepto. *Prima facie*, parecería que el concepto de pena natural es un concepto interpretativo. En efecto, las discusiones que se dan en torno a su aplicación, permiten pensar que se encuentra bastante alejado de ser un concepto criteriológico. Además, no existe algo así como una naturaleza o esencia de pena natural, por el contrario, solo hay una serie de prácticas compartidas que son interpretadas de manera similar por los jueces y los juristas. De

aquí que, al estar frente a un concepto interpretativo, sea necesario interpretar de modo general las prácticas en las que figura. Esto es, lo que debe hacer el intérprete es ofrecer una explicación general de la mezcla de valores que mejor justifican la práctica y que, por lo tanto, deben guiar su continuación. En este nivel, Dworkin es explícito al sostener que se le debe otorgar un lugar prominente al ideal de la *integridad política*.² Con esto se refiere al principio que ordena que el Estado debe gobernar a través de un conjunto coherente de principios políticos, en beneficio de sus ciudadanos (Dworkin 2006, pp. 10 -13).

Este nivel de análisis obliga a que no solo se reconozcan estos valores establecidos en principios políticos; también es necesario otorgar una fundamentación teórica, en el marco de una teoría más o menos amplia, de los rasgos principales de la práctica que se está elucidando. En particular –tal como defenderé en el capítulo 4–, la *concepción comunicativa del castigo* propuesta por Antony Duff, nos brinda esa teoría general del castigo a cuyos valores debería responder una interpretación de la pena natural. La concepción comunicativa es una teoría normativa del derecho penal y procesal penal para sistemas reales, que presta atención a los valores morales, observa las prácticas sociales bajo su mejor luz y propone las modificaciones o ajustes necesarios para que sean coherentes con un sistema de valores democráticos y liberales (Roth 2015, p. 15). De este modo, la concepción comunicativa se muestra coherente con la propuesta dworkiniana y nuestra constitución nacional, y permitirá generar una interpretación de la pena natural bajo su mejor luz moral y proponer los ajustes necesarios para mantener el principio de integridad política.

Para Duff (2001, pp. xvii-xviii), buscar la justificación del derecho penal, apelando a teorías unitarias, es inadecuado por las diversas complejidades que tiene todo sistema de castigo penal (variedades de crímenes

y castigos, y conflictos de valores). La propuesta del profesor escocés es que el castigo penal debe comunicar al ofensor la censura que merece por su crimen y debería buscar persuadirlo para que se arrepienta por ellos, que trate de reformar su carácter y que se reconcilie con la víctima. Por esto, la teoría propuesta provee una concepción ideal del castigo penal en nuestro entendimiento normativo del castigo.

De esta manera, la propuesta comunicativa permite pensar el castigo penal en sociedades democráticas y liberales. Los valores establecidos en estas sociedades son los que reconocemos como valiosos y como marco necesario para pensar el castigo. A su vez, la diversidad de casos a los que se aplica la pena natural (delitos dolosos, culposos, con penas leves y graves) nos obliga a pensar en una teoría que sea capaz de darles amparo a todas las situaciones. Esta tarea es bien cumplida por esta teoría, por lo que se apelará a ella en el desarrollo.³

El tercer nivel de análisis es el *doctrinal* (*doctrinal stage*). Aquí se construye una explicación de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas a la luz de los valores identificados en el nivel anterior. Para Dworkin (2006, pp. 13-18), la mejor manera de implementar la interpretación de la práctica jurídica –basada en el principio de la integridad política– es adoptando condiciones de verdad que conviertan en una cuestión interpretativa la propia pregunta de qué dice el derecho sobre cualquier cuestión. La propuesta del profesor estadounidense es que una proposición jurídica es verdadera si se extrae de principios de moral personal y política que proporcionan la mejor interpretación de otras proposiciones jurídicas generalmente consideradas verdaderas en la práctica jurídica contemporánea. Más aún, una interpretación es mejor que otra si proporciona una mejor justificación moral de tal doctrina. Aquí es posible distinguir dos di-

mensionen: una de ajuste que obliga a que una justificación sea mínimamente compatible con aquello que pretende justificar. Otra de valor, en el sentido de que la justificación de la práctica describa algún valor suficientemente importante al que ésta sirve.

El último nivel es el de la *aplicación judicial del derecho* (*adjudicative stage*). Aquí ingresa la cuestión de la aplicación estricta del derecho en determinados casos. Más precisamente, hay determinadas situaciones en que las personas aceptan que los jueces tienen la obligación moral de prescindir del derecho si éste es muy injusto o inadecuado para decidir una situación atípica. Esto es una cuestión política y por ello, moral (Dworkin 2006, pp. 18-21).

Como se observa, esta propuesta busca interpretaciones jurídicas completas a la luz del principio de la integridad política. Esto requiere remontarnos a niveles de abstracciones que dificultan los acuerdos, tal como lo ha advertido Cass Sunstein (2018, pp. 35-60). Sin embargo, limitarnos a lograr acuerdos parciales para mantenernos en un nivel de menor abstracción, también genera inconvenientes. El problema que se abordará no se limita únicamente al análisis dogmático de un fenómeno jurídico –lo que facilitaría lograr un acuerdo parcial– sino que se extiende a cuestiones propias de la filosofía práctica, como la justicia, la proporcionalidad del castigo, el valor del arrepentimiento ante la comisión de un mal, el sufrimiento, la compasión y la clemencia, y la justificación del castigo, entre otras cuestiones. Esto obliga a pensar en un acuerdo que sea coherente –aunque sea mínimamente– con otros derechos y valores propios del esquema institucional donde se inserta la práctica.⁴

En concreto, la propuesta de este libro se enmarca en un análisis filosófico del derecho en el que se abordarán las prácticas jurídicas referidas a la pena natural. Para poder identificar lo que el derecho

prescribe, es necesario interpretar la historia institucional de esta práctica en concreto a su mejor luz moral, de tal forma que cada elemento brinde apoyo mutuo. La interpretación que lo logre será la que permita justificar el fenómeno (Seleme 2016, p. 167).

El método de la interpretación constructiva del derecho propuesta por Dworkin es importante para enmarcar este trabajo entre otras cosas porque pone de manifiesto la semejanza estructural que existe entre el método con el que evaluamos nuestros derechos y deberes morales, y el que utilizamos para evaluar nuestros derechos y obligaciones jurídicas⁵. Como afirma Hugo Seleme, al abordar problemas morales difíciles, como el dilema del tranvía, las respuestas que intentamos dar se van construyendo de manera tal que sean coherentes con nuestras intuiciones más profundas.

En el razonamiento moral no permitimos tener razonamientos contradictorios –por lo menos de manera consciente⁶– y esto es porque nos concebimos como un “yo” unificado. Esto mismo sucede a nivel jurídico, donde concebimos al Estado como un sujeto unificado, donde el sistema jurídico debe ser coherente para pretender legitimidad en la coerción que ejerce (ídem 170-173).

Ahora bien, teniendo en cuenta que los conceptos del derecho logran sentido dentro de una red conceptual y que nos enfocaremos en un concepto interpretativo, tal como parece serlo el de pena natural, conviene dejar en claro cómo funciona esta interpretación.

Interpretación constructiva en el derecho

Ronald Dworkin (1986, pp. 65-68) propone un método para pensar los derechos y las prácticas sociales en general: el *constructivismo inter-*

pretativista. Aquí se distinguen tres etapas complementarias entre sí. La primera es la etapa *preinterpretativa*, donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica. Aunque parezca incoherente, esta etapa requiere de interpretación, ya que pueden existir concepciones rivales acerca de una misma práctica. Sin embargo, es posible afirmar que existen algunas instancias que los participantes reconocen como paradigmas de la práctica. La segunda etapa es la *interpretativa*, donde el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica que fueron identificados. Esto consiste en un argumento que explica por qué la práctica es valiosa y debe conservarse. La justificación no necesita adaptarse a todas y cada una de las características de la práctica, pero sí a las suficientes para que el intérprete pueda verse a sí mismo interpretando dicha práctica y no inventando una nueva. La última etapa es la *postinterpretativa* o *reformadora* y consiste en que el intérprete ajuste la práctica a la justificación que construyó.

La elección de este enfoque obedece a que permite justificar moralmente nuestras prácticas (Montero 2016, p. 289). Más precisamente, la interpretación es el procedimiento con el que determinamos si lo que hacemos adquiere una justificación moral o no. Tal como se verá en el desarrollo, en la pena natural no solo hay cuestiones de coherencia interna del derecho o interpretación dogmática, sino que aborda problemas como la justicia, la compasión judicial y la aplicación de principios jurídicos. Este último no es un problema menor. Como se sabe, los principios no son meras normas jurídicas. Tienen un *plus* normativo que los vincula con la política y la moral. Si no se cuenta con el marco teórico apropiado para abordar este problema, no se podría comprenderlo en su totalidad.

Por otro lado, este método interpretativo no se compromete con el supuesto de que todos los participantes de una práctica comparten acuerdos sobre las principales características de ella. Por el contrario, las prácticas interpretativas admiten serios desacuerdos sobre su rol en la vida moral. Por esto es que la etapa interpretativa es eminentemente argumentativa y valorativa. De tal manera, este método no prejuzga a favor de alguna concepción sustantiva particular (Montero 2016, p. 290).

Metodología de interpretación

Una cuestión queda todavía por afrontar con respecto a cómo se desarrollará este libro, y es la relativa al *input*, al material a interpretar con el que se trabajará. Como los jueces se pronuncian a través de sus sentencias y los juristas lo hacen por medio de sus producciones escritas, este trabajo depende del estudio de textos y jurisprudencia. Por esto, la metodología que se utilizará es crítico-bibliográfica. Los textos serán abordados con criterios hermenéuticos de interpretación que apliquen el *principio de caridad* propuesto por Donald Davidson. Si bien es cierto que se pueden reconocer varios sentidos del principio de caridad (Lepore y Ludwig 2005, pp. 185-192), hay un acuerdo generalizado en que este principio obliga a considerar como verdaderas las emisiones de un hablante para poder realizar una correcta atribución de creencias (Davidson 2005, pp. 155-170). En otras palabras, al abordar los textos, se buscará mostrar su significado bajo su mejor luz, respetando las intenciones y sentidos de los emisores.

Para que esto funcione, se aplicarán herramientas de la teoría de la argumentación racional, entendiendo que la filosofía es esencialmente un juego argumentativo, esto es, de dar y pedir razones. Esto

favorecerá el desarrollo del método del análisis conceptual, entendido como la reconstrucción racional del concepto de pena natural, a partir de los desacuerdos existentes en la comunidad jurídica.

Estructura del libro

En esta introducción no solo se presentó el problema, sino que también se presentaron el objetivo que se espera cumplir en estas páginas, la metodología empleada y nuestro marco teórico. El libro está compuesto además por cinco capítulos y las conclusiones. A efectos de ordenar el desarrollo, cada capítulo se encuentra dividido en apartados y subapartados. En las páginas finales se podrán encontrar la bibliografía y la jurisprudencia consultadas.

En los capítulos primero y segundo se desarrollará, siguiendo la secuenciación dworkiniana, la etapa preinterpretativa, donde se abordarán las distintas discusiones que existen en torno a la pena natural. De esta manera, los apartados del primer capítulo tratarán sobre las diferentes definiciones de pena natural propuestas, qué males constituyen la pena natural, qué sujeto es el que puede ser considerado causante del sufrimiento, qué delitos son los que admiten la aplicación de la pena natural y, por último, cuáles son los modelos legislativos existentes y propuestos para abordar la pena natural. Esta reconstrucción de las diferentes discusiones permitirá reconocer qué aspectos constituyen o hacen a las características esenciales de la pena natural.

En particular, en el segundo capítulo se abordará una cuestión sumamente cara para el análisis conceptual del derecho: el estatus jurídico de la pena natural. Aquí se reconstruirán las diferentes discusiones que se dan en torno a este problema. Saber cómo es entendida la pena natural en el derecho es imprescindible para lograr una recons-

trucción racional de este concepto. Las concepciones en pugna plantean distintas circunstancias a tener en cuenta y, por lo tanto, consecuencias normativas diferentes ante casos que pueden ser similares.

En los capítulos tercero, cuarto y quinto se realizará la etapa interpretativa. Aquí se procederá a identificar los elementos principales de la práctica y justificarlos. Si bien esta última sería la etapa propiamente interpretativa, en el caso que estamos abordando no se puede establecer una separación tajante. Los resultados o las discusiones abordadas anteriormente serán analizados de tal manera que se pueden determinar las características esenciales de la pena natural y, a su vez justificarlos. Para ello, el tercer capítulo comenzará analizando la relación que existe entre el delito y el sufrimiento del agente. Luego se resolverá la pregunta acerca de si hay alguna relación entre la pena natural y los delitos culposos. Teniendo en cuenta esto, en el cuarto capítulo se analizará cómo se inserta la pena natural en el marco de la concepción comunicativa del castigo.

En el quinto capítulo se tratará un tema que se deriva de todo el análisis desarrollado en los capítulos anteriores. En concreto, se evaluará cuál es la mejor concepción del estatus jurídico de la *poena naturalis* y **cuál es el valor normativo de este fenómeno. Es decir, no solo interesa saber qué es la pena natural para el derecho, sino también determinar si es un concepto que se debe reconocer y aplicar, o simplemente está permitido su reconocimiento y aplicación por parte de los jueces.**

Por último, dado que la etapa postinterpretativa es el corolario que permite articular las etapas preinterpretativa e interpretativa, se utilizará el espacio de las conclusiones para desarrollar esta tarea final, a fin de proponer los ajustes necesarios a la luz de la mejor concepción de la *poena naturalis*.

| CAPÍTULO 1 |

Definiciones, discusiones y alternativas en la pena natural

Las definiciones de pena natural

Los desacuerdos en torno al concepto de pena natural son diversos. Un primer paso para abordarlos es observar las distintas definiciones que se han propuesto. Muchas veces, las definiciones son utilizadas como conceptualizaciones, en el sentido de que se intenta enunciar los aspectos principales de un fenómeno y sus relaciones. Algunos teóricos que se han preocupado por la pena natural, han elaborado definiciones en este sentido. Por esto, esta cuestión brinda una especie de introducción a las diversas aristas que presenta el concepto de *poena naturalis*.

Tal vez, una de las definiciones más citadas y utilizadas por parte de los jueces y de cierta parte de la dogmática jurídica sea la brindada por Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar (2002, p. 996) en su obra *Derecho Penal. Parte General*:

Se llama *poena naturalis* al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un *quantum* que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena, sin contar con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad. Por cierto, que no

se puede descartar que, en hipótesis extremas, la *poena naturalis* cancele toda posibilidad de otra pena estatal.

Esta definición ha sido citada por diversos fallos judiciales⁷, como así también por diferentes trabajos académicos de corte dogmático. Su atractivo radica –me atrevo a decir– en su completitud. En efecto, ésta da un esbozo general acerca de las causas que darían lugar a su reconocimiento, las consecuencias de su utilización y cuál es su fundamento jurídico.

El otro rasgo sobresaliente de esta caracterización, es la amplitud de casos que abarca. En efecto, estos autores afirman que “[l]a pena natural se la autoinflige el autor a raíz de la comisión del delito, sea porque directamente se causa a sí mismo la pérdida o porque lo hacen terceros con motivo de su autopuesta en peligro” (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2002, p. 997). De aquí que el daño o mal grave que sufre el acusado puede ser causado por él mismo (v-g- al explotar los explosivos al momento en que estaba armando una bomba para dañar a otras personas) o por un tercero (v-g- recibir un disparo por parte de un policía en un tiroteo). Asimismo, aceptan que el daño no se limite a los aspectos físicos o económicos, sino que puede ser de cualquier carácter, siempre que sea por motivo del delito. Tampoco es necesario que el daño no haya sido previsto o previsible. La única exigencia es que lesione los principios de irracionalidad mínima y humanidad (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2002, p. 997).

En otro orden de ideas, algunos autores plantean una delimitación más acotada de los daños que ingresaría dentro de la pena natural. En este sentido, José Antonio Choclán Montalvo (1999, p. 1) sostiene:

Conceptualmente la doctrina de la *poena naturalis* 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 sus bienes, daño que ha sido producido por el propio reo además del perjuicio causado a la víctima. Se trata de perjuicios que sufre el propio reo, bien directamente, o como consecuencia del grave daño sufrido por persona con él relacionada estrechamente, hasta el punto de que el autor del delito sufra considerablemente por ello ... Además, solo cabe hablar de pena natural cuando el perjuicio no ha sido asumido por el autor como consecuencia de su acción al tiempo de ejecutar el hecho.

Esta conceptualización se enfoca en caracterizar qué tipo de daño es el que habilita la existencia de una pena natural. Choclán Montalvo es claro al afirmar que no todos los daños sufridos por el autor del delito constituyen una pena natural. Para que esto suceda, el daño debe haber sido *consecuencia inmediata* de la realización del delito. Todo daño posterior o relacionado de manera indirecta, quedaría fuera de consideración. Si, por ejemplo, a un acusado de homicidio que se encuentra en prisión preventiva se le diagnostica una enfermedad cuya gravedad obedece a que no se le había detectado previamente y, por ende, no se había tratado adecuadamente; esto no podría ser entendido como una pena natural, ya que no tiene relación directa con el delito que cometió. En efecto, si bien el sufrimiento de una enfermedad es un daño grave, no ha sido causada por la comisión del delito, sino que es preexistente. Aunque pueda ser tenida en cuenta por los jueces para otorgar beneficios como prisión domiciliaria, excarcelación o, directamente, declararlo inimputable por no poder estar en juicio; estas son posibilidades ajenas a la pena natural.

Asimismo, el daño –para este autor– debe haber sido por *causas naturales* o *no jurídicas*. Al hacer esta aclaración, se eliminan todas aquellas consecuencias legales de la comisión de un injusto⁸. La inhabilitación para ejercer una profesión, actividad o cargo público no serían admitidas aquí (*ídem*). También se podría pensar que el sometimiento a un proceso penal o la prisión preventiva no serían considerados como un perjuicio grave que deba tenerse en cuenta. Esto es así porque los daños no serían producidos por el propio autor del injusto.

Por otro lado –y en línea con Zaffaroni, Alagia y Slokar–, Choclán Montalvo admite que el daño no solo se limita al autor del hecho, sino también a una *persona con él relacionada estrechamente*. Esto es de suma importancia porque, como se verá más adelante, muchos casos de pena natural se vinculan con el sufrimiento que padece el autor por el daño que recae en una persona cercana a él. Ahora bien, no es cualquier sufrimiento, sino un *sufrimiento considerable*.

Finalmente, al contrario de la postura de los autores anteriores, Choclán Montalvo limita los perjuicios que habilitan la aplicación de la pena natural a aquellos que no han sido asumidos por el autor como consecuencia de su acción al tiempo de ejecutar el hecho. En otras palabras, los golpes que sufre por parte de la víctima en un robo que se consuma, son plenamente asumidos por el autor de un robo, porque este delito necesariamente requiere del uso de violencia⁹. Por esto, es totalmente esperable que la víctima –u otra persona– se defienda o que el agente sufra daños producto de la propia violencia que ejerce.

Otro teórico que ha limitado aún más las circunstancias que permitirían la aplicación de la pena natural es Jesús María Silva Sánchez (2015, p. 268 y 2018, p. 157), quien introduce el problema denunciando que las distintas producciones teóricas no han reparado que la *poena*

naturalis, si bien no es *forensis*, tampoco es *naturalis*. En otras palabras, no es una pena estatal pero tampoco una derivada de la naturaleza, pues una consecuencia lesiva imputable a la acción del agente pertenece al ámbito de la imputación (subjctiva y objetiva) y no al de la naturaleza. De aquí que el autor proponga llamar a la pena natural como *autopunición imprudente*.

El aporte del jurista español es por demás interesante ya que limita la definición de pena natural al *daño en sentido estricto*, es decir, distingue al daño del delito cometido, centrando la atención en el primero. De aquí que la definición de pena natural sea “un dolor producto del azar, de un caso fortuito o de fuerza mayor, relacionado directamente en términos de causalidad natural con la previa comisión de un delito por parte de quien lo padece” (Silva Sánchez 2018, pp. 156-157). La imputación del dolor puede ser subjctiva u objetiva. Esto no se relaciona directamente con la imputación del delito en sí mismo, sino al daño que sufre el autor del delito.¹⁰

En este sentido, propone una serie de distinciones: *poena naturalis strictu sensu* y *poena non naturalis*. Dentro de la primera, se debería distinguir entre *poena naturalis physica* y *poena naturalis moralis*. Por su parte, dentro de la *poena non naturalis*, se distingue la *poena naturalis neque forensis* y la *poena forensis*.

- *Poena naturalis strictu sensu*: aquí se encontraría la pena natural estrictamente hablando, donde el daño puede ser de naturaleza física o moral, más precisamente, aflictiva.
 - *Poena naturalis physica*.
 - *Poena naturalis moralis*.
- *Poena non naturalis*.

- *Poena naturalis neque forensis*: dentro de esta, se sitúan las siguientes situaciones:
 - . Dolor infligido por terceros.
 - . Dolor autoinfligido intencionadamente.
 - . Dolor autoinfligido por imprudencia del propio agente: aquí ingresan los casos que usualmente son caracterizados como pena natural por los jueces y los doctrinarios. Silva Sánchez sostiene que deberían llamarse “autopunición imprudente”. En definitiva, estamos frente a la *poena naturalis latu sensu*.
- *Poena forensis*: es la pena estatal.

En concreto, para Silva Sánchez, el problema de la pena natural abarca la *poena naturalis strictu sensu* y la *poena naturalis latu sensu*. Los daños considerados pena natural son los que se imputan al autor del delito de manera objetiva (azar, caso fortuito o fuerza mayor) o subjetiva (imprudencia del propio agente).

Por último, Carlos Bobadilla intenta dar un concepto de pena natural estrictamente acotado a los daños producidos de manera casi instantánea a la perpetración del hecho delictivo. El abogado chileno definirá la pena natural “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” (Bobadilla 2016, p. 560). Para este teórico, es la propia perpetración del hecho por parte del autor lo que conlleva de forma casi instantánea el daño. Sin embargo, reconoce que es posible que existan daños vinculados a la salud que surjan de manera posterior. Estos solo serán tenidos en cuenta –para este teórico– si superan al mal causado por el delito (ídem).

El trasfondo de esta postura radica en la posibilidad de ponderar el daño sufrido y la pena a imponer. En caso de que el daño sea mayor que la pena, corresponde no aplicar la pena estatal. Por el contrario, si la pena a imponer es mayor que el daño sufrido, se presenta el problema de la posibilidad de atenuar la pena.¹¹

De lo expuesto hasta aquí se observa que las definiciones abordadas presentan diferencias en torno a qué se considera pena natural. Estas diferencias se correlacionan en cómo la jurisprudencia y la doctrina jurídica abordan el problema. También en las leyes que legislan sobre la pena natural. Por ello, en lo que sigue se hará una reconstrucción de los problemas en estos tres niveles de análisis.

Discusiones en torno a los males constitutivos de la pena natural

Uno de los puntos de discusión más álgidos dentro del concepto de pena natural es el referido al daño que sufre el agente o autor del delito. Más precisamente, el núcleo de esta discusión se encuentra en la pregunta: ¿Qué características debe poseer el daño o sufrimiento para ser considerado parte del concepto de pena natural? Las respuestas que se han dado a este interrogante es que los daños pueden ser: a) físicos, b) aflictivos o c) de cualquier entidad. Estos se desarrollarán a continuación.

Daños físicos

Dentro de los diferentes males que se reconocen como parte de la pena natural, el de naturaleza física es el que se acepta de manera generalizada, tanto por la jurisprudencia como por los diferentes teóricos. Este daño se caracteriza porque recae directamente en el cuerpo o la salud del propio autor del injusto.

Vamos a tomar dos casos jurisprudenciales como ejemplos: a) el agente no hizo caso a la barrera de pare, la cruzó con su automóvil y colisionó con la formación ferrocarril, produciendo de esta manera el hecho típico de entorpecimiento culposo del servicio ferroviario (art. 196 del Código Penal). Como consecuencia del choque, el agente sufrió múltiples fracturas (traumatismo de cráneo, fractura de clavícula y de húmero), pérdida de conocimiento durante veinte días y estuvo dos meses en una unidad de terapia intensiva; luego, quedó internado por rehabilitación más de cinco meses –la que continuó de manera ambulatoria durante varios meses más–. Para poder movilizarse estuvo obligado a utilizar una silla de ruedas¹². b) También se reconoció como una pena natural la caída con politraumatismos con traumatismo encefalo craneano y pérdida de conocimiento, fractura expuesta en un miembro inferior, con todas sus secuelas y el proceso de rehabilitación que ello supone, que sufrió el autor de una tentativa de robo con arma de fuego descargada (art. 166, inc. 2°, pár. 3° Código Penal)¹³.

Estos ejemplos son claramente ilustrativos. Los jueces sostuvieron que estos daños debían considerarse como una pena natural cuyo origen fue el accionar delictivo de los agentes. Estos hechos impactaron en la suerte procesal de ambos agentes. En el primero, se decidió sobreseerlo¹⁴; mientras que en el segundo, condenándolo a una pena menor de la establecida en la ley¹⁵.

Daños aflictivos

En segundo lugar, junto con el daño físico, el daño aflictivo¹⁶ es que el que con más frecuencia se suele encontrar al estudiar los casos de pena natural. Estos son casos donde, a raíz de la comisión del injusto,

una persona cercana afectivamente con el autor sufre un daño. El dolor del autor es consecuencia de reconocerse responsable del daño a su allegado. Algunos autores¹⁷ y códigos procesales¹⁸ llaman a este tipo *pena natural moral*.

Entre los ejemplos jurisprudenciales, se pueden encontrar los siguientes: a) el agente, mientras conducía su motocicleta (llevando a su pareja de acompañante), quiso sobrepasar un camión que se encontraba doblando en una esquina. La moto lo impactó y la acompañante del motociclista fue arrollada por las ruedas del camión, lo que ocasionó su muerte por politraumatismos graves que generaron una hemorragia interna masiva por estallido de órganos vitales y shock hipovolémico¹⁹. b) Otro caso es el de un soldado que, luego de una práctica de tiro, se encontraba desarmando y limpiando su arma cuando, sin intención, disparó a la cabeza de su mejor amigo, produciéndole una herida de muerte²⁰. En ambos ejemplos a los acusados se les imputó el delito de homicidio culposo (art. 84 del Código Penal) y, a raíz de reconocer su sufrimiento como una pena natural, se les redujo considerablemente la condena.

Un punto importante a tener en cuenta en estos casos es el relacionado al tipo de vínculo que debe existir entre los sujetos. Orlando Coscia (2000) es claro al sostener que la pena natural no se puede limitar a los vínculos reconocidos por el derecho, tales como el matrimonio o el parentesco. No se pueda presumir el dolor o la aflicción, sino que debe ser alegado y probado en el proceso penal (Moretti 2014, p. 70). Es deber de la defensa acreditar esto mediante los medios de pruebas que sean necesarios. Los casos jurisprudenciales destacan esta exigencia. Los relatos de testigos de la relación entre los sujetos y el estado anímico o emocional del acusado después del hecho, como las pericias psicológicas y psiquiátricas son claves al momento de determinar si

existió el vínculo afectivo y la aflicción del acusado. Más aún, en muchas causas se ha rechazado expresamente la aplicación de la pena natural por la falta de prueba de los daños o sufrimientos²¹.

Daños de cualquier entidad

Por último, autores como Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002, p. 997), plantean que el daño no se debe limitar a los dos anteriores, sino que pueden ser de cualquier entidad. Para que sean tenidos en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia, estos deben ser de tal magnitud que, si no se los considerara una pena natural, violentarían los principios de irracionalidad mínima y de humanidad. En otras palabras, el *quid* de la cuestión para estos autores, se encuentra en la prohibición de los jueces de aplicar penas crueles, inhumanas o degradantes. Esta posición proviene de su concepción del derecho penal, como una barrera que impide el avance irracional del Estado de Policía. El Estado de Derecho, por su parte, se caracteriza por la aplicación racional del derecho (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2015, p. 21). Aplicar una condena estatal a quien está sufriendo un daño, motivo de la comisión de un delito, sería una actuación irracional, sin importar si el daño es físico, aflictivo, económico o de otra naturaleza.

En este tipo de daño, los autores incluyen a los daños de naturaleza económica. Si bien no hay jurisprudencia conocida, se podría pensar en casos en los que, a raíz de la comisión del delito, el autor sufra una pérdida económica de gravedad significativa. Por ejemplo, un conductor que impacte contra un muro causando daños irreparables en su propio automóvil (que constituye su única herramienta de trabajo) y leves en el muro. El agente ha causado el delito de daños (artículo 183 del Código Penal) a la vez que ha sufrido una pérdida significativa.

Aunque esto sea bastante discutido –en el apartado anterior se vio que autores como Choclán Montalvo, Silva Sánchez y Bobadilla no aceptan estos daños– debe repararse que el fundamento principal de esta caracterización radica en que el daño sea de tal magnitud que violente los principios constitucionales que guían la imposición de penas. Como se verá más adelante, este dato no es menor. Las decisiones judiciales deben ser consecuencia de la aplicación de normas a la situación de hecho juzgada. Entre las normas que citan los jueces y los académicos, en los casos de pena natural, se encuentran algunos principios jurídicos, entre ellos, los de irracionalidad mínima y de humanidad.

El sujeto que causa la pena natural

Otra cuestión diferenciable de las anteriores tiene que ver con el sujeto que produce el daño o sufrimiento. En este punto, es posible reconocer dos posibilidades: por un lado, que el daño haya sido producido por el propio agente y, por el otro, que sea producto de un tercero.

Daño producido por el propio agente

En este punto ingresaría lo que Silva Sánchez llama casos de *autopunición imprudente*. Esto es, aquellos en los que es el mismo agente acusado de cometer un delito quien se ha autolesionado. Es importante señalar la importancia de la imprudencia, ya que separa y excluye aquellos casos en los que el agente se lesiona para cometer el delito, esto es, hay dolo para cometer un delito que requiere que el agente se lesione. Un ejemplo de esto sería aquel sujeto que, con intenciones de poner una bomba en un hospital, se autolesiona. Su lesión forma parte

del plan para explotar el hospital, por lo que lejos se podría estar de beneficiarlo con la aplicación de la pena natural.

Aquí también es posible reconocer aquellos sufrimientos producto de la imprudencia que recaen sobre el autor. De esta manera, algunos de los ejemplos desarrollados en el apartado anterior tendrían cabida aquí. El sujeto que chocó contra el tren y el que lo hizo contra un camión, tuvieron que sufrir daños físicos y aflictivos producto de su propio accionar. También, el caso del soldado que dispara contra su mejor amigo sería un buen ejemplo de esto.

Tal vez, una herramienta para caracterizar estos casos sea la noción de responsabilidad²². En los ejemplos dados, los agentes acusados son plenamente responsables de los daños causados por haber obrado con imprudencia. En otras palabras, el daño que se encuentra sufriendo el agente tiene su origen en su propio accionar.

Ahora bien, estos daños responden a la imprudencia, lo que permite preguntarnos si es posible que también ingresen los daños que fueron causados intencionalmente. En el tercer capítulo se abordará de manera específica este problema y se dará una respuesta que resuelva este interrogante. Sin embargo, y a modo de adelanto, es entendible que, en los casos señalados como ejemplos, el sufrimiento del autor sea producto de su imprudencia. Esta es una situación que es coherente con nuestras intuiciones. Si alguien daña a un ser querido o a sí mismo con intención de hacerlo, difícilmente nos sentiríamos tentados a no aplicar una pena o morigerarla. Claro que esto presupone un sujeto responsable, si estamos en una situación donde el agente no sea responsable de sus actos (por alguna perturbación mental o que se encuentre bajo alguna fuerza que lo prive voluntad, entre otras posi-

bilidades) la cancelación o disminución de pena sería en base a estas razones y no por pena natural.

Daño producido por un tercero

El daño producido por un tercero sería aquel que no responde de manera exclusiva a la imprudencia del agente, sino a la intención o imprudencia de un tercero ajeno o que participa en el hecho delictivo. Orlando Coscia (2000) da un ejemplo bastante ilustrativo: el integrante de una banda delictiva que, producto de un enfrentamiento con la policía, queda cuadripléjico. En este caso, la cuadriplejía del sujeto es consecuencia directa del accionar de un tercero: un disparo que termina con su movilidad. Nadie podría negar que este daño es producto de la comisión de un delito (v-g- robo en grado de tentativa, portación de armas, homicidio o lesiones en grado tentativa, etc.) y que el causante es un tercero.

Entre los ejemplos jurisprudenciales, tal vez el más claro sea la “Causa N° 40124/2018 (5895)” (de ahora en adelante “Barrios”) donde se juzgó a Barrios por el delito de robo con arma en grado de tentativa. El acusado ingresó a una heladería y, con una vara metálica, amenazó a los empleados y se dirigió a la caja registradora para apoderarse de todo el dinero (\$2.457,00). Luego, les exigió a los dos empleados del local que le entregaran sus teléfonos celulares. Estos se resistieron y comenzaron a golpear a Barrios. Las pruebas demostraron que, mientras uno le sostenía los brazos, el otro lo golpeaba en la cara. El resultado de esto fue que mientras los empleados del local no recibieron ninguna herida, Barrios fue fuertemente golpeado por ambos. En efecto, los golpes que le dieron le generaron laceración lineal en parpado superior derecho, perforación escleral homolateral hora 11-12 paralimbar

con estallido ocular, hematoma maxilofacial y edema subcutáneo a nivel palpebral derecho, fractura pared orbital derecha, desviación tabique nasal hacia izquierda.²³

Como se observa de estos ejemplos, los daños que sufre el agente no son de su responsabilidad exclusiva, sino que obedecen a las acciones de terceros. En el primero, obedece a la intención del agente policial de impactarlo con un proyectil. El segundo, por su parte, se debe a la intención de los empleados de la heladería de dañar al acusado. Es cierto que se podría pensar que la intención fue reducirlo y el daño que sufrió en realidad es consecuencia de la imprudencia o un estado de desesperación de los empleados. Sin embargo, ambos ingresan en la esfera de responsabilidad de ellos y no del agente, lo que permite caracterizarlos en este grupo.

Con respecto a la doctrina, como se vio en apartados anteriores, autores como Zaffaroni, Alagia y Slokar admiten de manera expresa este daño. En su *Manual de derecho penal*, afirman “[s]e llama pena natural al mal grave que se autoinflige el autor con motivo del delito, o que sea impuesto por terceros por la misma razón” (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2015: 743). Esto no significa que otros autores lo nieguen, sino que simplemente no lo admiten de manera expresa.

El aspecto subjetivo del delito en la normativa procesal existente

Las discusiones anteriores y las diferentes posibilidades que presenta la *poena naturalis*, no se quedan solo en antecedentes judiciales o discusiones teóricas. Muchas veces, la legislación funciona como un buen reflejo de los desacuerdos conceptuales. La positivización de la pena natural no escapa de esto. En otras palabras, en la legislación se

encuentran diferentes respuestas ante preguntas como ¿La pena natural permite disminuir o cancelar la pena de cualquier delito? ¿Puede aplicarse a los delitos culposos y dolosos por igual? ¿Solo en los culposos? ¿Habría que limitarlo a una escala penal?

En el sistema normativo argentino, la competencia para dictar las normas penales corresponde exclusivamente al Congreso de la Nación, mientras que la competencia para dictar las normas procesales, es decir las relacionadas al proceso judicial por medio del cual se declara a una persona inocente o culpable de la comisión del delito, corresponde a las provincias.²⁴ Esta situación habilita que cada provincia pueda legislar la pena natural, en cuanto cuestión procesal y así lo han hecho varias provincias. En concreto, lo que se observa en los códigos que reconocen la pena natural es la limitación de su aplicación a determinados casos:

- *Limitación a los delitos culposos*: los códigos procesales de Río Negro²⁵, Chubut²⁶, La Rioja²⁷, Salta²⁸, San Luis²⁹ y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires³⁰ solo admiten el reconocimiento de la pena natural en los procesos en los que se juzga la comisión de un delito culposo.
- *Limitación en razón del monto de la pena en abstracto*: en una línea similar a los anteriores, el código procesal de la provincia de Córdoba³¹ prohíbe que, en aquellos procesos en donde se juzga un delito cuya pena sea de condena efectiva, se reconozca la pena natural como causal de disminución de la pena. Al hablar de “pena efectiva”, la norma se refiere a que la persona condenada no podría ser beneficiada por una suspensión de juicio a prueba o una condena condicional. Ambos buscan suspender el juicio o la condena, respectivamente, bajo condición de que el acusado o condenado cumpla una serie de conductas tales como la reparación del daño,

tareas sociales y no cometa más delitos, entre otros. El límite para su aplicación es que la pena del delito no supere los tres años.

Una posición intermedia parece tomar el código procesal penal de Santa Fe, para el que en aquellos delitos que superen los 6 años de prisión como condena, el fiscal puede pedir el archivo de la causa, previa autorización del fiscal regional³².

A nivel internacional, como ejemplo se encuentra el § 60 del código penal de Alemania que habilita la aplicación de la pena natural solo a los delitos sancionados con una pena privativa de la libertad que no sea superior a un año³³.

- *Prohibición de su reconocimiento en funcionarios públicos*: por otra parte, una de las exclusiones genéricas que se encuentran en la mayoría de los códigos procesales, es la referida a los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones. En este punto, el código procesal penal de la provincia de Neuquén³⁴ se destaca porque es la única limitación que establece para su aplicación.
- *Prohibición de su aplicación a delitos vinculados con la violencia de género y los derechos humanos*: otra prohibición que se encuentra en la mayoría de las legislaciones es la relacionada con los delitos de violencia de género, violencia doméstica y violaciones de los derechos humanos. Los sujetos acusados de la comisión de alguno de estos delitos, no se pueden ver beneficiados por la pena natural.
- *Obligación de reparar el daño ocasionado y notificar al particular damnificado*: por último, se observa que la mayoría de los códigos procesales plantean como requisito para el dictado de la pena natural, que el acusado de la comisión del delito haya firmado un acuerdo de reparación del daño ocasionado. Es necesario contar con

la autorización o consentimiento de la víctima del delito. De esta manera, algunos códigos plantean la obligación de notificar a las víctimas de esta situación y que tengan la posibilidad de expedirse sobre la misma. En la mayoría de las legislaciones se deja abierta la posibilidad de que, aún reconocida judicialmente la pena natural, se permita a las víctimas la continuación del proceso de manera particular. Es decir, únicamente se cancela la persecución penal por parte del Estado. Ejemplos de esto son los códigos procesales de Misiones³⁵, Santiago del Estero³⁶, Buenos Aires³⁷, Tucumán³⁸, San Luis³⁹ y Jujuy⁴⁰.

Esta clasificación de ninguna manera pretende ser tajante. Muchas veces estas circunstancias suelen estar juntas, como por ejemplo la obligación de reparar el daño es una constante en la mayoría de los códigos. Sin embargo, todos dan cuenta de una serie de limitaciones al momento de reconocer judicialmente la pena natural. A su vez, los códigos procesales suelen tratar la pena natural dentro del principio de oportunidad que permite a los fiscales no llevar adelante un proceso judicial de acuerdo a ciertas consideraciones de economía procesal (no hay suficientes pruebas o no amerita una investigación judicial) o de humanidad (pena natural).

A partir de reconocer estas limitaciones, se puede suponer que existe un temor por parte de los legisladores a una aplicación discrecional por parte de los jueces. Esta suposición se hace explícita en Figari (2012, p. 4), quien opina que

en términos generales, que este instituto que ha proliferado, quizás en demasía en la jurisprudencia, debe regir en los delitos culposos tal como lo proponen algunos códigos procesales, especialmente en

los delitos de tránsito que son los más comunes, pues ampliar su órbita implicaría una onda expansiva de discrecionalidad que pesaría sobremanera sobre los jueces y por otra parte se estaría siempre en el límite peligroso de vulnerar el principio de legalidad.

Por su parte, Günter Jakobs (1992, pp. 1.066-1.067) expresa este temor al plantear que la *poena naturalis* puede surgir por imprudencia o ignorancia de prohibición de alguna norma. El sujeto que actúa bajo alguna de estas situaciones y causa una muerte, puede sentir un gran pesar que supere la pena que establecen las leyes. Sin embargo, la pena natural no puede fundarse en el pesar o los sentimientos del sujeto, ya que todas las personas reaccionamos de manera distinta ante estas situaciones y algunos podemos tener más pesar que otros o, tener el mismo sentimiento y expresarlo de manera distinta. Por ello –para Jakobs– es necesario un elemento objetivo y su propuesta parece ser limitarlo al sufrimiento por las personas cercanas (y entiendo que por el propio daño) y a los delitos de imprudencia, es decir, culposos.

Esto, a su vez, tiene impacto en la jurisprudencia. Hay jueces que, entre los argumentos a los que apelan para denegar la aplicación de la pena natural, se encuentra el hecho de que la mayoría de las legislaciones limitan su aplicación a los delitos de imprudencia. Asimismo, también remarcan la ausencia de normas explícitas en la legislación. Esto último se ve, claro está, en las jurisdicciones donde no se ha legislado de manera expresa, como la federal.⁴¹

De estas posturas legislativas y doctrinarias surge que el problema de la delimitación conceptual de la pena natural no es una cuestión saldada. Sin embargo, da pie para pensar hacia dónde se dirige la discusión. Parece evidente que existe una necesidad de establecer límites

claros a la hora de que los jueces – o los fiscales – apliquen la pena natural, y estas limitaciones se encuentran dirigidas hacia el *delito base*. Por lo tanto, este es uno de los puntos donde se deberá poner el foco para poder elucidar el concepto de pena natural.

Modelos de aplicación existentes y propuestos

El último problema que nos toca abordar en este capítulo es el referido a los diferentes modelos teóricos y legislativos que se encuentran vigentes o son propuestos para el reconocimiento de la pena natural. Hay dos modelos: uno que pone en cabeza del juez esta tarea y otro que lo pone en cabeza del órgano de persecución penal, lo que en Argentina conocemos como el Ministerio Público Fiscal o fiscales.

Facultad del Ministerio Público Fiscal. El principio de oportunidad

Como se dijo en el apartado anterior, esta es la opción por excelencia que se da en los códigos procesales penales. En las provincias argentinas, la pena natural es legislada como una de las opciones del criterio de oportunidad. Esto es, la facultad que se le otorga al órgano persecutor de no iniciar o continuar con el proceso penal en contra de una persona, por existir razones de economía procesal, justicia o falta de interés público para hacerlo. Aquí se encuentra la posibilidad de no perseguir penalmente los delitos de bagatela, en los que el acusado tenga más de setenta años o una enfermedad terminal y los casos de pena natural.

Existen diferentes procedimientos para la aplicación de la pena natural. En Argentina impera el que lo establece exclusivamente en cabeza del Ministerio Público. Así, los códigos procesales de Santa Fe (art. 19 inc. 3), Buenos Aires (art. 56bis, inc. 2), Santiago del Estero (art.

61 inc. 2), Córdoba (art. 13bis inc. 3), Río Negro (art. 96 inc. 3), Misiones (art. 60 a 64), Salta (art. 231) y Neuquén (art. 106) entienden que es una facultad exclusiva del órgano persecutor y que la puede ejercer de manera opcional, siempre que se encuentre fundamentada. En otras palabras, es una facultad discrecional, pero no arbitraria.

Por otro lado, algunos códigos procesales establecen que, si bien es una facultad del Ministerio Público, éste lo debe plantear ante el juez y es este último quien decide si corresponde su aplicación. Estos son los casos de Chubut (art. 44 inc. 2), Tucumán (art. 27) y La Rioja (art. 204bis).

De una manera no tan marcada como las anteriores, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el código procesal penal establece que la pena natural debe ser decidida por el juez, con la conformidad del fiscal de cámara (art. 199 inc. i).

Por último, es de resaltar que algunos códigos no legislan de manera directa sobre la pena natural, pero parecen habilitarla por aplicación del principio de oportunidad en cabeza del Ministerio Público Fiscal. El caso más claro es el de la provincia de Entre Ríos⁴². Por su parte, la provincia de Mendoza, si bien legisla sobre el principio de oportunidad (art. 26), en la enumeración de los casos que admite, no se encuentra la pena natural. Esto último no permite afirmar que los fiscales puedan alegarlo, sino que, solo permite concluir que la *poena naturalis* no se encuentra legislada en dicha provincia.

Estos casos no contemplan la atenuación de la pena y es correcto que así sea. El monto de la condena es determinado únicamente por el juez y un límite infranqueable es el monto máximo pedido por el órgano persecutor. Es decir, al momento del juicio, el fiscal puede solicitar la aplicación de una pena menor a la establecida en la ley, apelando

a la pena natural y a su facultad exclusiva de merituar la condena en orden a los argumentos que crea pertinentes (menor culpabilidad, la aplicación de principios de humanidad, etc.).

En concreto, a nivel legislativo en Argentina –limitado a las provincias que reconocen de manera expresa la pena natural en sus ordenamientos procesales– la *poena naturalis* es entendida como una de las posibilidades de aplicación del principio de oportunidad. Por lo tanto, es el órgano persecutor quien debe plantearlo, aceptarlo o prestar conformidad para su aplicación.

Facultad judicial. La aplicación de principios en la sentencia

Más allá de la legislación procesal, hay un hecho que no se puede soslayar: tenemos jurisprudencia en la que son los jueces quienes deciden apelando a la pena natural⁴³. Esto sucede, cuanto menos, por dos razones. La primera es que no todas las provincias cuentan con un principio de oportunidad explícitamente legislado. La segunda es que, aun cuando lo tengan, puede suceder que los fiscales continúen con la persecución penal. En ambos casos, todavía puede suceder que el juez decida beneficiar al acusado con la aplicación de una pena natural.

Los fundamentos normativos para su aplicación, generalmente son los principios de humanidad, proporcionalidad, o una compensación de culpabilidad, tal como se verá en el capítulo siguiente.

Por otro lado, existen pronunciamientos judiciales que apelan a la pena natural en distintas etapas del proceso. Hay algunas⁴⁴ que lo hacen en la etapa de investigación o instrucción, es decir, de manera previa a la realización del juicio. Esto indica que, aunque los fiscales hayan proseguido con el proceso judicial, es el juez quien impide que

se continúe en orden a las circunstancias probadas en el proceso. En estos casos, los jueces dictan el sobreseimiento del acusado, liberándolo de toda pena y toda condena posterior. Sin embargo, también hay pronunciamientos⁴⁵ que sostienen una postura opuesta. Las circunstancias fácticas que darían lugar a la aplicación de la pena natural deben ser analizadas en profundidad y esto solo se puede realizar en la etapa del juicio, por lo que no correspondería el dictado de sobreseimiento por causa de pena natural. De aquí que existan casos en los cuales la pena natural es dictada al concluir el proceso judicial con el dictado de una sentencia⁴⁶. En este punto las decisiones varían: algunos jueces suelen reconocer que se encuentran ante la comisión de un delito por el que el acusado es culpable, pero disminuyen o eliminan la pena por aplicación de la pena natural; otras veces, directamente se los absuelve de todo delito.

En fin, tal como se observa, aquí también hay serias discusiones en torno a la pena natural. Pero hay un acuerdo aceptado en torno a que es posible que sean los jueces quienes se pronuncien sobre ella, sin importar si se encuentra legislado en los códigos procesales o que los fiscales lo hayan planteado.

Para finalizar este capítulo podemos concluir que la reconstrucción de las distintas discusiones que hay en torno al concepto de pena natural da cuenta de que no hay un acuerdo claro en torno a cuáles son los criterios, naturaleza o elementos que habilitan el uso comparativo del concepto de pena natural. Estos desacuerdos no se limitan a los puntos aquí desarrollados, sino que resta abordar una cuestión más problemática: el estatus jurídico de la pena natural. Esto será analizado en el capítulo siguiente y permitirá determinar cuáles son los elementos esenciales del concepto de pena natural.

| CAPÍTULO 2 |

La discusión en torno al estatus jurídico de la pena natural

El punto donde se da la mayor disputa en la pena natural es con respecto a su estatus jurídico, esto es: qué es la pena natural para el derecho o –de manera más concreta– para determinado sistema jurídico. Generalmente se afirma que existen dos respuestas diferentes (Figari 2012, p. 2 y Bobadilla 2016, p. 560): a) la pena natural es una compensación de la culpabilidad. Esta postura es sostenida por Enrique Bacigalupo, quien es seguido por autores como Choclán Montalvo y Orlando Coscia⁴⁷. b) La pena natural encuentra amparo en los principios de legalidad, proporcionalidad y racionalidad. Aquí se encuentran Zaffaroni, Alagia y Slokar, que son seguidos por autores como Gustavo Vitale y numerosa jurisprudencia argentina. Sin embargo, es posible reconocer una tercera postura que no se relaciona necesariamente con la dogmática jurídica, pero sí con la filosofía del derecho y la ética: c) la clemencia o la compasión judicial como fundamentos de la pena natural. Aquí encontramos a Alfonso Ruiz Miguel, para quien la pena natural tiene como fundamento la emoción de la clemencia; y a autores como Guillermo Lariguet y Luciana Samamé que argumentan en favor de la existencia de un principio de compasión que habilita la aplicación de la pena natural. En consonancia, en esta última postura es posible encontrar algunos autores anglosajones que apelan a la compasión o clemencia judicial para justificar casos como la pena natural.

La *poena naturalis* como un caso de compensación de culpabilidad: la postura de Bacigalupo⁴⁸

Enrique Bacigalupo (1998, pp. 133-135) comienza afirmando que el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: por un lado, actúa determinando los *presupuestos de la pena*; por el otro, actúa *individualizando la pena*, en el sentido de que no hay pena sin culpabilidad o que la pena no puede superar la gravedad de la culpabilidad. Con respecto a la primera dimensión, el principio de culpabilidad impone que la pena solo sea aplicada si el autor del hecho ha podido conocer la antijuridicidad de su accionar y ha podido comportarse de acuerdo a esa comprensión. Además, exige que haya obrado con dolo o culpa. En cuanto a la segunda dimensión, este principio determina los límites de la legitimidad de la pena aplicable al autor del delito. Tanto en España como en Argentina –y en diversos países del mundo– las leyes penales no establecen una pena determinada para cada delito, sino una escala con un monto mínimo y otro máximo. Los jueces deben condenar a los sujetos culpables a una pena que se encuentre dentro de dicho marco penal y, para ello, lo deben hacer de acuerdo a la gravedad de la culpabilidad.

Esta postura, similar a la planteada por Claus Roxin (1976, pp. 29-31), tiene una clara fundamentación ética derivada del deontologismo kantiano: la prohibición de utilizar como un simple medio a una persona (GMS Ak. IV, 429 F – A66/A67). Según Bacigalupo (1998, p. 135), solo mediante la vinculación de la pena (y su gravedad) con la existencia de un reproche (y su gravedad) es posible evitar esto. De lo contrario, si la pena es utilizada para perseguir fines preventivos, se utiliza a los sujetos como medios para evitar más delitos – o por lo menos en estos términos se lo haría.

De manera particular, en su obra *Derecho penal. Parte general*, Bacigalupo dirá que las consecuencias de los presupuestos de la pena son: a) no es admisible la culpabilidad por el mero resultado sin que medie dolo o culpa; b) se debe reconocer el error⁴⁹ sobre los hechos y, al menos, sobre la antijuridicidad; y c) solo puede ser responsable quien tenga las condiciones psíquicas⁵⁰ para cumplir con el derecho. Por otro lado, las consecuencias de la individualización de la pena son: 1) la pena debe ser proporcional a la gravedad de la culpabilidad; y 2) las necesidades de prevención general o especial no pueden justificar una pena que supere en gravedad a la de la culpabilidad (Bacigalupo 2016, p. 170).

Al momento de analizar de manera particular los problemas que presenta la individualización de la pena, el jurista presenta la cuestión de la *compensación de la culpabilidad*. Esta se refiere a las modificaciones que puede sufrir la culpabilidad en el tiempo posterior a la comisión del hecho delictivo. Si la culpabilidad actúa individualizando la pena, entonces es posible cuantificarla. De aquí que pueda ser compensada por hechos posteriores que reduzcan o eliminen su significación originaria. En otras palabras, la compensación puede extinguir o disminuir la culpabilidad y eso impacta en la pena, ya sea extinguiéndola o disminuyéndola (Bacigalupo 1998, p. 144)

La compensación de culpabilidad –para Bacigalupo– puede tener lugar en dos sentidos: una *compensación socialmente constructiva de la culpabilidad*, que sucede cuando el autor de delito reconoce la vigencia de la norma vulnerada y actúa reparando el daño que ha causado o favoreciendo su propia persecución. El otro sentido –y el que interesa aquí– es la *compensación destructiva de la culpabilidad*, que tiene lugar cuando el autor del delito recibe, como consecuencia de la realización del hecho, un mal que compensa total o parcialmente su culpabili-

dad. Estos males pueden ser *jurídicos* o *naturales*. Solo estos últimos dan lugar a lo que se conoce como *poena naturalis* (Bacigalupo 1998, pp. 145-146).

Como se observa, para el jurista español la pena natural tiene su fundamento en el principio de culpabilidad en cuanto impide la individualización de una pena que exceda el reproche del autor. Ahora bien, este reproche puede ser disminuido por hechos posteriores a la comisión del delito. Uno de estos hechos es el mal que sufre el autor de manera natural. Los ejemplos que da Bacigalupo son los del ladrón que, al huir, cae del tejado y queda tetrapléjico o el conductor ebrio que produce un accidente en el que muere su hijo. En concreto, en estos casos el daño sufrido debe ser compensado por la culpabilidad y, en consecuencia, eliminar la pena o disminuirla.

En esta postura es posible incluir a Choclán Montalvo (1999, pp. 2-3) quien sostiene que, si bien rige el principio *nulla poena sine culpa*, no funciona a la inversa. La necesidad de la pena solo puede fundamentarse si se respeta la autonomía del acusado, en el sentido de ser tratado siempre como un fin y nunca como un medio. Además, el derecho penal debe funcionar de manera subsidiaria a las soluciones sociales. Es decir, el derecho penal solo debe aparecer cuando no se han encontrado otras soluciones por la comunidad social. De aquí que la reparación del daño y el perdón de la víctima extinguirían o disminuirían la culpabilidad. Por otro lado, cuando el daño sufrido por el autor del delito es igual o supera a la pena estatal, puede suceder que se imponga una pena desproporcionada y –por lo tanto– violentar el principio de culpabilidad.

Si bien es posible reconocer que la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de España es oscilante y tortuosa (Ruiz Mi-

guel 2018, p. 7) en relación con la aceptación de la pena natural como una atenuante analógica⁵¹ –esto es porque la legislación española no reconoce la *poena naturalis* de manera expresa–, hay un pronunciamiento en el que se aplica la postura aquí abordada⁵². En la sentencia 307/2008 –en la que el propio Bacigalupo es ponente– se decidía si debía atenuarse la condena en el caso de un ciudadano boliviano que había ingresado a España con cuarenta capsulas que contenían clorhidrato de cocaína y las transportaba en el interior de su cuerpo, lo que comúnmente se llaman “mulas”. Por mayoría se decidió la aplicación de la pena natural como atenuante. En palabras de los jueces:

El mal fáctico sufrido por el autor en la comisión del delito puede ser considerado atenuante, porque evidentemente tiene una significación análoga a las demás atenuantes. El mal naturalmente sufrido por la comisión del delito ya implica una compensación (parcial) de la culpabilidad por el hecho que se debe descontar para que la pena no sea un mal superior al causado por el autor.⁵³

Una cuestión importante a tener en cuenta es que Bacigalupo constantemente se está refiriendo al *principio de culpabilidad* y no a la *culpabilidad* como elemento de la teoría del delito. En efecto, en otro lugar dirá que el principio de culpabilidad no es determinante del concepto de culpabilidad de la teoría del delito. Influye en él, pero no determina su estructura. Mientras el primero se refiere a la posibilidad del autor de haber actuado de otra manera en el hecho delictivo (culpabilidad por el hecho) y no por el modo de vida o el carácter del autor (culpabilidad por la personalidad), y la respuesta penal correspondiente. El segundo se refiere a cuestiones concretas de la teoría del delito, como si la culpa o el dolo forman parte de la culpabilidad, o

no; si la consciencia de antijuridicidad debe ser actual o potencial, etc. (Bacigalupo 2016, p. 171).

Esta distinción no es casual. Al momento de decidir los casos donde aplican la pena natural, los jueces muchas veces apelan a principios para fundamentar sus decisiones. De manera introductoria y sin ánimo de desarrollar esta cuestión aquí –ya que más adelante se la profundizará– se podría afirmar que hay un acuerdo generalizado en que cuando hablamos de *principios*, lo hacemos con una clara intención de separarlos de las *normas jurídicas*. Es decir, ambos conceptos designan realidades, entes o estados de cosas diferentes. Esta diferencia radicaría en que los principios serían normas con un alto grado de generalidad o abstracción que es posible encontrar en los textos constitucionales y tratados de derechos humanos, ya que protegen ciertos derechos fundamentales, establecen garantías y guías para ciertas políticas económicas y sociales (Martínez Zorrilla, p. 140).

Sin embargo, más allá de esta distinción entre culpabilidad y el principio de culpabilidad, lo cierto es que este autor aborda la cuestión de la pena natural como una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal. Entre estas circunstancias, se encuentran casos como la imputabilidad disminuida y la minoría de edad. Estas cuestiones permiten concluir que Bacigalupo ve a la pena natural dentro de la teoría del delito, esto es, como una cuestión que impacta en la reprochabilidad de un agente y, por lo tanto, en el monto de la pena que le corresponde.

De esta manera, para Bacigalupo, el estatus jurídico de la *poena naturalis* se encuentra en la compensación destructiva de la culpabilidad, por los daños naturales que sufre el autor del delito. Esta compensación se encuentra fundamentada en el principio de culpabilidad, que esta-

blece la prohibición de condenar a una persona sin prestar la debida atención a las circunstancias posteriores de la comisión del delito.

La *poena naturalis* como derivación de los principios de legalidad, proporcionalidad y racionalidad: la postura de Zaffaroni, Alagia y Slokar

Otra fundamentación de la pena natural se encuentra en Zaffaroni, Alagia y Slokar. Estos autores comienzan realizando una crítica a la idea de compensación de la culpabilidad. Para ellos es una postura típica del siglo XVIII que identificaba la pérdida del autor con el castigo divino, pero no como compensación de la pena estatal, sino de su culpabilidad. De esta manera se confunde lo que el autor del delito debe, con lo que el Estado debe. En sus palabras:

Entre idealistas antiguos y modernos, la idea de compensación viene impuesta por la necesidad liberal de una medida y equilibrio para todas las cosas -incluso para la reacción punitiva- lo que lleva a considerar los casos de *poena naturalis* como supuestos especiales de *renuncia estatal de pena* en base a que su imposición resultaría notoriamente errónea (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2002, p. 997)

Estos profesores de derecho penal tratan la pena natural, tanto en el *Manual de derecho penal. Parte general*, como en el libro *Derecho Penal. Parte general*, en la tercera parte, referida a la teoría de la responsabilidad punitiva, más precisamente, en el capítulo veintinueve de ambas obras, donde abordan el marco legal de la respuesta punitiva. Su tratamiento se realiza después de haber trabajado sobre la teoría del derecho penal y la teoría del delito. En otras palabras, para Zaffaroni, Alagia y Slokar, la pena natural es un problema de la pena, el castigo o la respuesta punitiva, y no de los elementos del delito.

Anteriormente, se planteó que cada tipo penal tiene como consecuencia una pena. Esta pena no se encuentra determinada *a priori* por la norma, sino que se establece un marco penal constituido por una pena mínima y una pena máxima. El carácter del mínimo es una discusión abierta en la dogmática penal. Por un lado, hay juristas y jueces que sostienen que el mínimo penal puede ser dejado de lado por los jueces si este se muestra desproporcionado para el caso particular. Por el otro, hay juristas y jueces que afirman que el mínimo penal es imperativo y, por lo tanto, vinculante para los jueces, por corresponder a una facultad del Poder Legislativo que no puede soslayarse por el Poder Judicial.⁵⁴

Los juristas que estamos tratando en esta sección, sostienen y defienden la primera postura. Para ellos, estos mínimos deben ser respetados siempre y cuando no exista un conflicto, en el caso concreto, con otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo caso corresponde perforarlos hasta compatibilizarlos con la pena. Estos parámetros serán los llamados *principios*. De aquí que, la solución que propugnan estos juristas –para el caso particular– es el dictado de una sentencia de inconstitucionalidad de los mínimos penales. De manera particular, los casos en los que esto sucedería serían los de penas naturales y los de penas ilícitas (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2002, p. 996).

Ahora bien, Zaffaroni, Alagia y Slokar derivan la pena natural de la aplicación del *principio de proporcionalidad entre delito y pena* o *principio de irracionalidad mínima* y el *principio de humanidad*. Esto es así porque establecer una condena estatal sin tener en cuenta el daño que ha sufrido el acusado implicaría un exceso en la pena, una desproporción entre el delito cometido y la condena que le corresponde. Además, la imposición de una pena en estos casos importaría una condena sin

fundamentos reales. Más precisamente, con esto quedaría en evidencia la irracionalidad del poder punitivo que solo busca castigar (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2002, p. 996).

Con respecto a la obligación de los jueces de observar las circunstancias que rodean la comisión del delito –entre las que se encuentra el conocer si el acusado ha recibido algún daño que impacte en la imposición de pena– los juristas argentinos plantean que son los artículos 40⁵⁵ y 41⁵⁶ del Código Penal los que la imponen. Estos son los que permiten determinar la pena que corresponde al autor del delito de manera particular. Si bien el artículo 40 establece una remisión al artículo 41, este último no da un criterio inflexible de individualización de la pena. Por el contrario, la interpretación de ambos artículos requiere una reconstrucción dogmática (Zaffaroni 1998, p. 295). Esto es así, porque, a primera vista, parecería que el Código Penal permitiría individualizar la pena de acuerdo a la personalidad del autor y no al hecho, constituyendo una abierta violación al principio de *culpabilidad por el hecho*, que establece la prohibición de evaluar las elecciones de vida de los sujetos. En otras palabras, los jueces solo pueden condenar por los actos que realizan los sujetos.

Para los juristas argentinos el artículo 41 al ordenar que el juez “deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso”, estaría abarcando los casos de pena natural. Esto es así porque, al determinar la pena, los jueces no podrían evadir las circunstancias que disminuyen la pena. Si la pena debe perforar los mínimos, lo que corresponde es que los jueces declaren la inconstitucionalidad de estos, de lo contrario se estaría aplicando una pena cruel (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2002, p. 997).

Un autor que se enmarca en esta postura es Gustavo Vitale (1998, pp. 115-117), para quien la pena constituye una *excusa absolutoria*⁵⁷ derivada de la aplicación de una serie de principios por los que la pena deja de aplicarse por falta de conveniencia o necesidad. Esto no es una opción para los jueces, sino que es obligatorio el reconocimiento de una serie de principios establecidos en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos que determinan casos de no punibilidad. En otras palabras, para Vitale no es necesario la existencia de una norma que reconozca de manera expresa la pena natural, sino que su aplicación se deriva de una serie de principios jurídicos.

En concreto, para este autor, los principios que se aplican en los casos de pena natural serían los siguientes: estricta necesidad de pena, prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes, racionalidad de los actos de gobierno, razonabilidad de las decisiones judiciales y reinserción social como fin de la pena. En sus palabras:

Es claro que la imposición de una pena (y más aún de una tan estigmatizante como la privativa de la libertad) no tiene, en [los casos de pena natural], más que una función de *mero castigo innecesario e inconveniente*. La imposición de una pena para los supuestos de la llamada “pena natural”, violentaría abiertamente el principio de *estricta necesidad de la pena*. A su vez, importaría una reacción estatal verdaderamente cruel, con lo cual se estaría transgrediendo el principio de *prohibición de las penas crueles, inhumanas o degradantes*. Por supuesto que, a su vez, ello sería un modo ilegítimo de desconocer el principio de *racionalidad* de los actos de gobierno y de *razonabilidad* de las decisiones judiciales, resultando la pena en concreto una respuesta del Estado incapaz de servir para el cum-

plimiento del fin de “reinserción social” que las normas fundamentales le atribuyen a su ejecución (Vitale 1998, p. 118).

Los casos jurisprudenciales donde se ve materializada esta postura son abundantes⁵⁸. La sentencia ya citada “Paredes Roberto Marcial S/ homicidio culposo agravado” es un claro ejemplo de adopción de esta postura. Aquí, el juez debía decidir si condenaba a un sujeto por haber sido el responsable de la muerte de su esposa al intentar sobrepasar un camión mientras doblaba en una esquina. La sentencia declaró responsable al acusado y declaró la inconstitucionalidad –para el caso particular que se estaba juzgando– de la pena establecida en el Código Penal por resultar cruel, inhumana, desproporcionada, irrazonable y superflua.

En otra situación, al momento de analizar si correspondía dictar el sobreseimiento del acusado, un juez sostuvo:

Actuar con esta flexibilidad e interpretación amplia, se sustenta en la propia Constitución Nacional (principios de legalidad y humanidad), de los principios elementales del texto adjetivo (principio de inocencia) y de la necesidad de dar a cada uno lo suyo (principio de proporcionalidad), los cuales se verían seriamente vulnerados de avanzar en estas actuaciones contra BIANCHI SUÁREZ al dictar su procesamiento y estigmatizarlo aún más.⁵⁹

Por último, un claro ejemplo de aplicación del principio de humanidad se dio al momento de que un juez analizara el monto de la pena a imponer en un caso donde el acusado había sufrido severos daños en su salud:

(...) para dotar a este pronunciamiento de un margen elemental de racionalidad, en base a un umbral mínimo de respeto al principio

de humanidad, esas severísimas afecciones necesariamente deben ser consideradas al determinar judicialmente cuál debe ser, efectiva y concretamente, la sanción a imponer.⁶⁰

Recapitulando, para esta postura, el problema de la pena natural se encuentra en la discusión sobre la respuesta punitiva, es decir, al momento de la determinación de la pena. No es un problema de la teoría del delito. Aquí hay un delito que debe ser condenado. En casos donde la pena a aplicar deba ser menor que el monto mínimo establecido en la ley, corresponde su declaración de inconstitucionalidad. Particularmente, en los casos de pena natural, esto sucede por aplicación de los principios de proporcionalidad entre delito y pena o de irracionalidad mínima y de humanidad.

La clemencia o compasión judicial como fundamento de la *poena naturalis*

Es posible reconocer una tercera postura del status jurídico de la pena natural, la cual se caracteriza por no provenir del ámbito de la dogmática penal, sino de la filosofía. Entre sus exponentes, nos encontramos con filósofos como Alfonso Ruiz Miguel, Guillermo Lariguet y Luciana Samamé. Para estos autores la pena natural se encuentra profundamente relacionada con las emociones morales que tiene –o debería tener– el juez⁶¹. Más precisamente, la pena natural es producto de la compasión o clemencia judicial.

De manera particular, Ruiz Miguel (2018, p. 2) comienza señalando que:

La clemencia es una motivación de la gracia bien distinta de la equidad. Entendida en el estricto sentido de compasión, misericordia o piedad, la clemencia induce a moderar o a perdonar a al-

guien su delito más allá o al margen de las razones de justicia que le hacen merecedor de una determinada pena.

Ruiz Miguel (2018, p. 4) sostiene que esta emoción presenta un problema en el ámbito del derecho, más precisamente un dilema entre la clemencia y la justicia. En efecto, entendiendo la justicia como la aplicación del castigo merecido, la clemencia impediría que eso sucediera al disminuir o purgar la pena. El ejemplo que da es el de un juez que, si es indulgente por razones de equidad, no deja de ser justo porque la equidad es una forma de justicia, es decir, es una virtud que se debe ejercer por deber. Pero, si es indulgente por clemencia, entonces abandona el campo de la justicia y acciona injustamente. De aquí que, la clemencia sería incompatible con hacer justicia mediante el castigo merecido.

El filósofo del derecho español entiende que el problema de justificación de la *poena naturalis* es producto –en parte– de la heterogeneidad de las situaciones que la figura puede incluir y, sobre todo, a su oscura naturaleza conceptual. En particular, con respecto a la naturaleza, el problema es que, si es pena, entonces no es natural; y si es natural, entonces no es pena. Esto es así –sostiene el autor– porque, lo natural pertenece a la dimensión de lo fáctico y de las relaciones de causalidad, mientras que la pena, a la dimensión de lo normativo y de las relaciones de imputación. Solo si vemos a la pena natural como pena podemos relacionarla con la justicia y, en su caso, compensarla con la pena jurídica (Ruiz Miguel 2018, p. 9).

Esta distinción es importante en Ruiz Miguel porque permite diferenciar los planos en los que se analizan los daños derivados de la comisión de un delito. Si es una pena, entonces se encuentra relacionado

con la justicia. Por el contrario, si no está relacionada con la pena, se lo puede hacer con la clemencia. Más precisamente,

Si la consideramos propiamente pena, excluida la intervención deliberada de la divinidad o de la naturaleza, su imputación debe atribuirse a la imprudencia del agente, que con tal imprudencia se hace responsable de su propia mala suerte, pues debiéndola haber previsto se trata de una suerte asumida y, por tanto, merecida. Es verdad que se trata de una imprudencia no delictiva y, por ello, sin consecuencias jurídicas punitivas, pero de ahí a que, además, haya de tener consecuencias jurídicas favorables, descontándola de la pena forense por razones de justicia, hay un salto que no parece justificado. Si la pena natural se imputa por una imprudencia que se suma a la culpa de un delito, lo que tal pena “paga” es aquella imprudencia, claramente distinta de la culpa del delito, sea esta dolosa o a su vez imprudente (Ruiz Miguel 2018, p. 11).

Para el autor, un claro ejemplo de este salto argumentativo injustificado es la postura de Bacigalupo, quien no distingue las claras diferencias entre la compensación constructiva y la compensación destructiva de la culpabilidad. En la primera hay una compensación de la reprochabilidad del autor del injusto. La reprochabilidad es un antecedente necesario del castigo. Por ello, el perdón o el arrepentimiento –con el apoyo para su autopersecución– muestran menos reprochabilidad o maldad en el autor. Sin embargo, en la compensación destructiva, no se compensa la reprochabilidad, sino que se cancela el daño culpable, todo el delito. Esto es así porque la pena no solo debe ser proporcional a la reprochabilidad del autor, sino también a gravedad de la acción delictiva. Solo de la compensación constructiva corres-

ponde decir que reduce la significación originaria del delito y puede considerarse como atenuante (Ruiz Miguel 2018, pp. 12-13).

Con respecto a la compensación destructiva –donde ingresa la *poena naturalis*–, Ruiz Miguel entiende que le corresponden dos significados distintos de compensación: uno en el que la pena compensa en el sentido de que *cancela el daño*, y otro en el que *cancela la pena*. Es decir, en el primero se cancela el delito, mientras que en el segundo se cancela únicamente la pena. En este último se encontrarían las situaciones de prisión preventiva y las dilaciones indebidas del proceso, que constituyen una especie de deuda del Estado con el sujeto encontrado culpable del delito (Ruiz Miguel 2018, p. 13).

Frente a esta construcción teórica, el filósofo del derecho español propone concluir que la pena natural, tanto si se la considera como un mal natural y no una pena como si se la considera una pena moral que no exige compensación por razones de justicia⁶², puede ser un motivo de clemencia. Más aún, la justificación de la pena natural se encuentra en la compasión, más que en la justicia. En los casos de pena natural, los sujetos experimentamos compasión con respecto a la persona que sufrió un daño, con independencia del castigo estatal. Esta emoción daría cuenta de las distintas situaciones que ingresan en la pena natural y las que no. En sus palabras:

Un argumento adicional que muestra que el reconocimiento de la pena natural puede ser más una manifestación de compasión que de justicia es la que creo que es la actitud común ante infracciones que tienen una pena jurídica meramente simbólica o no especialmente grave (amonestación, multa leve, arresto breve, etc.), que son casos ante los que podemos mantener la compasión hacia el

condenado sin que nos parezca injusto que se aplique la pena forzosa. Pero si cuando la pena estatal se añade completa a la pena natural experimentamos un sentimiento de injusticia, seguramente se debe concebir ese sentimiento como meramente secundario o derivado de nuestra compasión, que sería la razón primaria por la que al menos en algunos casos tendemos a considerar el daño causado como retribuido en parte o en su totalidad (Ruiz Miguel 2018, p. 14).

Ahora bien, si la pena natural se encuentra justificada en la clemencia, esto traería problemas en el ámbito judicial. Los jueces no pueden justificar sus decisiones apelando a emociones, sino que lo deben hacer en base a normas o principios jurídicos. La solución de Ruiz Miguel es la positivización de esta emoción en normas jurídicas que establezcan criterios para identificar los casos de pena natural y la pena estatal sea disminuida o cancelada. De esta manera, dejaría de ser una cuestión de clemencia y pasaría a ingresar al campo de la justicia (Ruiz Miguel 2018, pp. 15-16).

Esta cuestión es reconocida por Lariguet y Samamé. Estos autores afirman que las emociones no solo se encuentran en el nivel de explicación de una sentencia, sino que también, dadas unas condiciones más específicas, podrían servir para justificar una decisión. En el nivel de explicación se encuentran las motivaciones internas del juez que no necesariamente sirven para justificar una decisión. Que yo me encuentre enojado tal vez impacte en que dicte condenas más severas, sin embargo, no se podría aceptar esto como un buen fundamento, y convertiría a la sentencia en una decisión arbitraria. El fundamento que se utilice para llegar a la conclusión, pertenece al nivel de justificación de una sentencia. Aquí, los jueces apelan a normas jurídicas

para resolver las controversias, sobre la base de los hechos probados en el proceso.

Enfocándose en la compasión, la que caracterizan –de manera general– como:

Una emoción esencialmente altruista, ya que hace referencia a nuestra susceptibilidad frente a la desdicha ajena y al interés concomitante de mitigarla, o cuanto menos, no aumentarla (...) requiere esencialmente de la identificación con el sufrimiento del que otros son objeto, al entrañar la creencia “podría ser yo”. Esto significa que la *creencia* de que también nosotros –o alguien cercano a nosotros– estamos expuestos al infortunio, permite a quienes experimentan compasión, ponerse en el lugar del otro. Semejante caracterización permite ver que la compasión envuelve a la vez componentes afectivos y cognitivos: por un lado, la capacidad de *sentir-con* y experimentar el sufrimiento ajeno; por el otro, tanto la *percepción* de la aflicción que aqueja a un semejante y el *deseo* de aliviarlo, cuanto la *creencia* de nuestra idéntica desprotección frente a la mala fortuna (Lariguet y Samamé 2017, p. 86).

Estos autores afirman que es posible reconocer que la compasión no solo se encuentra en el nivel de explicación, sino también en el de justificación. Es decir, la compasión puede tener un papel justificatorio en el razonamiento judicial. Esto es por dos razones: la primera tiene que ver con que el concepto de compasión involucra un valor de tipo moral que tiene carácter jurídico en tanto se encuentra reconocido implícitamente en el ordenamiento jurídico argentino. En otras palabras, es posible reconocer un *principio de compasión*, que se deriva del *principio de humanidad* y del reconocimiento doctrinal y jurisprudencial

dencial de la pena natural. La segunda razón es que, en determinados casos, la compasión funciona como una pieza normativa que mueve al juzgador a tomar una decisión. Para ilustrar esto, los autores analizan el caso “G. s/Homicidio Agravado por el Vínculo”⁶³ que tiene como acusado a G., por el hecho de haber causado la muerte de su hija de cuarenta y dos días de edad. La acción propiamente dicha consistió en suministrarle alcohol etílico a tal punto de causar una intoxicación que culminó en su deceso. El juez decidió sobreseer al acusado en razón de que no se probó una intención homicida, sino que la falta de instrucción, condición de vida, nivel económico y costumbres de G., permitían inducir que él no tenía el conocimiento ni la capacidad intelectual para poder determinar que se produciría tal evento – más adelante se profundizará este caso de manera particular. De esta manera –afirman Samamé y Lariguet (2017, pp. 95-96)– si el juez no hubiese mostrado sensibilidad ante la situación del acusado, seguramente no hubiera llegado a dicha conclusión.

Por su parte, es posible encontrar en la literatura anglosajona, algunos autores que sostienen que, casos como la pena natural encuentran su fundamento normativo en la compasión. Uno de los más prominentes teóricos en este sentido es Antony Duff (2007, p. 381), para quien la compasión no es una aplicación del derecho penal, pero implica una intromisión en dicha esfera por parte de los valores morales que no son materia de justicia. Posicionándose en una concepción comunicativa del castigo (que pone el foco en la dimensión comunicativa que tiene la pena tanto para el condenado como para la víctima y la sociedad, en el sentido de que reconoce el daño causado, la necesidad de su castigo y que éste sea respetuoso de la autonomía moral de los sujetos), sostiene que los jueces solo pueden ser compasivos cuando y

a causa de que sería inhumano o cruel insistir en el tipo de castigo que el derecho impone. Para ello, apela al principio de proporcionalidad: si el delito es menos serio que el sufrimiento, entonces se debe correr el foco del delito y ponerlo en el sufrimiento (Duff 2007, pp. 369-370).

En un sentido similar, John Tasioulas (2003, pp. 116-118) plantea que es necesario que entren en juego el problema del carácter del agente y su historia de vida. Si bien no desconoce que el sistema penal liberal obliga a tomar en consideración al delito y no al delincuente⁶⁴, esto no significa que ciertas circunstancias de vida no sean importantes al momento de juzgar una conducta. Esto es así, porque la compasión y los motivos que llevan a las personas a sentirla tienen que ver con una serie de circunstancias que exceden una mera conducta. En el caso particular del derecho penal, la compasión requiere que entren en juego no solo la conducta reprochada, sino también el carácter del agente y su historia de vida. De aquí que, situaciones como las contempladas por la *poena naturalis*, puedan ser consideradas como merecedoras de compasión y, en consecuencia, de una disminución de la pena correspondiente.

El filósofo australiano sostiene que deben distinguirse las condiciones de la compasión de las causas de justificación o las excusas. Aquí ingresarían todas las circunstancias de la teoría del delito que excluyen el delito, que son distintas a la compasión. Esto es así porque puede suceder un caso donde un sujeto efectivamente haya cometido un delito (no puede alegar alguna circunstancia que lo desincrimine o atenúe su pena) y, sin embargo, sea pasible de compasión (Tasioulas 2003, p. 121).

Por último, una autora que trabaja el problema de la compasión en las decisiones judiciales es Alwynne Smart (1968, pp. 345-350). Ella comienza su trabajo sosteniendo que hay casos que son intrínsecamente malos, mientras que hay otros –ella está pensando en los delitos

culposos- que son un campo fructífero para la compasión. Ella va a plantear que la aplicación de la compasión se encuentra injustificada cuando causa sufrimiento a una parte inocente, va en detrimento de la seguridad del acusado, ataca la autoridad de la ley, o cuando es claro que el acusado no se arrepiente o no quiere modificar su carácter delictivo. Si no suceden algunas de estas situaciones, entonces hay buenas razones para la compasión.

En resumen, para esta postura, el estatus jurídico de la pena natural se encuentra en la compasión *qua* emoción moral⁶⁵. Para los autores detallados hay ciertos casos donde la aplicación de la pena establecida en la ley, convertiría la sentencia en injusta. Esto es así porque una decisión justa obliga a aplicar la compasión y, en consecuencia, aplicar una condena menor a la establecida o no condenar al sujeto.

Algunas conclusiones provisionarias: los elementos esenciales del concepto de pena natural

En el capítulo anterior se reconstruyeron las distintas discusiones que hay en torno al concepto de pena natural. Los puntos discutidos en cada apartado dan cuenta de que no hay un acuerdo claro en torno a cuáles son los elementos del concepto de pena natural y cómo se relacionan. Sin embargo, permiten reconocer qué aspectos son esenciales a este concepto. Sobre estos aspectos se desarrollará la etapa interpretativa en los capítulos siguientes.

El primer elemento que surge con claridad es el daño o sufrimiento que recae sobre la persona. Las discusiones rondan sobre qué tipo de daño constituye el concepto. Tanto los teóricos como la jurisprudencia parten de la necesidad de que exista un daño o sufrimiento de tal entidad que obligue a tenerlo en cuenta al momento de dictar la sentencia.

El segundo elemento es la necesidad de que este daño esté relacionado con la comisión de un delito. Los casos analizados son reconocidos en el marco de juicios penales, donde se investiga la responsabilidad del acusado en la comisión de un delito determinado. Estos daños cobran relevancia en tanto impactan en la condena que le correspondería en caso de que fuera encontrado culpable.

El tercer elemento está relacionado con las normas que le dan sustento jurídico a la sentencia que reconoce a la pena natural. Si bien hay normas procesales que habilitan que un juez o fiscal prescinda de la celebración de un juicio o la imposición de una condena, éstas a su vez dependen de normas superiores o principios jurídicos que legitiman su funcionamiento. Con esto quiero decir que un aspecto importante en torno a la pena natural es que no dependen únicamente de una norma legislativa, sino de principios normativos que justifiquen moral, política y jurídicamente su funcionamiento.

Sobre estos tres elementos han transcurrido las discusiones que se reconstruyeron en los capítulos 1 y 2, y estas discusiones serán las que aborden en los capítulos siguientes. Más precisamente, a continuación corresponde interpretar estas prácticas para lograr una justificación que permita concluir por qué es valiosa en el derecho.

| CAPÍTULO 3 |

Elucidación de los elementos constitutivos de la pena natural

En los capítulos anteriores se reconstruyeron las distintas discusiones que hay en torno al concepto de pena natural y se identificaron los elementos principales de este concepto. Esta tarea, propia de la etapa preinterpretativa, permitirá que, a continuación, se pueda desarrollar la etapa interpretativa. Aquí se elaborará una justificación de cada elemento, a partir de resolver preguntas como ¿qué relación existe entre el delito y la pena natural? ¿La pena natural solo se puede dar en los casos de delitos culposos? ¿Cómo se relaciona la pena natural con el castigo? Luego de responder estas preguntas se determinará qué tipo de concepto es el concepto de pena natural.

El delito y su relación con la pena natural

El primer aspecto sobre el que conviene trabajar es la relación entre el delito o injusto y la pena natural. En efecto, al distinguirlos y establecer relaciones, estoy haciendo tres afirmaciones que pretendo sostener en este apartado: a) el injusto o delito es distinto de la pena natural; b) ambos están relacionados de manera dependiente, en el sentido de que la pena natural solo existe a partir de un delito (o injusto), pero no a la inversa; c) la pena natural afecta al cumplimiento de la pena, pero no a la responsabilidad por el hecho. En otras palabras, los casos de pena natural se dan en el marco de la comisión de un delito o injusto que debe ser condenado, pero cuya condena no nece-

sariamente implique una pena de prisión; hay responsabilidad por el hecho, pero la pena natural impide o disminuye el castigo legal. Estas afirmaciones son el primer paso que permite avanzar en la dilucidación del concepto de la *poena naturalis*.

Silva Sánchez (2018, pp. 156-157) distingue el daño sufrido por el agente, del delito que comete. Esto le permite brindar su definición de pena natural como “un dolor producto del azar, de un caso fortuito o de fuerza mayor, relacionado directamente en términos de causalidad natural con la previa comisión de un delito por parte de quien lo padece”. Más aún, este autor trata a la pena natural como un *equivalente funcional*⁶⁶ de la pena privativa de la libertad. Esto es, como una alternativa al cumplimiento de la pena de prisión. De la misma manera, Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002, p. 996), al definir la pena natural como el “mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste”, establecen una separación entre el delito y el daño sufrido por el autor, como la necesidad de la comisión de un injusto para que se constituya la pena natural. Por su parte, Choclán Montalvo (1999, p. 1) también confirma esta distinción, al afirmar que “la *poena naturalis* 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 sus bienes”. De esta manera, una primera afirmación que es posible realizar es que el concepto de pena natural se refiere al daño o sufrimiento que recae sobre el autor con motivo o en ocasión de la comisión de un delito. Este sufrimiento es lo que la caracteriza.

Sin embargo, esta distinción no parece tan clara en la jurisprudencia y en los desarrollos argumentativos de varios teóricos. Donde más claramente se observa esto es en lo relativo a cuál es la decisión que

toman los jueces con respecto al delito que cometieron los sujetos que sufrieron una pena natural. Por un lado, se encuentran sentencias que absuelven al acusado, mientras que, por el otro, hay jueces que deciden condenar a los acusados, pero los eximen del cumplimiento de la pena. Parecería que se está frente a la situación que se evidenció en el capítulo 2: mientras que para algunos autores como Zaffaroni, Alagia, Slokar y Vitale la *poena naturalis* es un problema de punibilidad y no de la teoría del delito, para otros, es una cuestión que impacta en la teoría del delito, a través de la aplicación del principio de culpabilidad.

En efecto, el problema es que, si un sujeto es absuelto, significa que se lo ha encontrado inocente de los delitos por los que lo acusó. Y si esa absolución se fundamenta en la pena natural, quiere decir que es una cuestión que excluye el delito. En otras palabras, la pena natural funcionaría como alguna causal que permitiría afirmar que el acusado no ha cometido un delito. La legislación procesal es clara en este sentido. El artículo 269 del nuevo⁶⁷ Código Procesal Penal de la Nación, al referirse a la deliberación de los jueces en torno a la responsabilidad del acusado, textualmente establece:

Cerrado el debate los jueces pasarán, de inmediato y sin interrupción, a deliberar en sesión secreta todas las cuestiones relativas a la determinación de la responsabilidad penal y, eventualmente, la civil.

Si los jueces encontrasen inocente al imputado, deberán dictar sentencia absolutoria sin más trámite (...)

La pregunta que debe responderse es cómo los jueces, en los casos de pena natural, llegan a la conclusión de la absolución. De manera particular, en “Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas” (en adelante “Almendras”), se juzgó un caso de homicidio culposo. Los

hechos pueden resumirse de la siguiente manera: luego de una práctica de tiro, un grupo de soldados ingresó a la armería para realizar el desarme y limpieza del armamento utilizado. Durante la limpieza, el acusado disparó –sin intención– a la cabeza de su mejor amigo, produciendo su muerte. En el juicio se probó que el acusado cargó con muchísimo sufrimiento por este hecho. Su estado psicológico, según los profesionales en salud mental que lo asistieron, consistía en un cuadro severo de culpa, angustia y depresión, incluso con ideas suicidas. Más aún, en ocasión de utilizar la última palabra en el debate, quebrado en llanto de forma permanente, con un gesto apocado y absolutamente caído, explicó su sufrimiento pasado y actual a partir de haberle dado muerte a su amigo. Es de destacar que la familia de la víctima, de manera inmediata al hecho delictivo ofreció cobijo al acusado para poder llevar adelante, de manera conjunta, el recíproco sufrimiento que les tocaba enfrentar. En ningún momento elevaron acusación en contra del acusado y, con respecto a la reparación civil⁶⁸, ella se dirigió en contra del Ministerio de Defensa.

A partir de estas circunstancias, los jueces se enfrentaban ante dos peticiones. Por un lado, el fiscal, apelando a la existencia de una pena natural, solicitó que se condene al acusado a la pena mínima de prisión de seis meses en suspenso, inhabilitación absoluta por el término de siete años para utilización de armas de fuego y costas procesales. Por su parte, la defensa también alegó por la pena natural, pero reclamó la absolución de su pupilo.

La decisión del tribunal fue absolver al acusado. Para ello, apelaron a que, frente a esta situación, donde ambas partes reconocen haber vivido una tragedia y la familia de la víctima, lejos de pedir castigo,

cobijó y contuvo al acusado, el castigo era totalmente innecesario. En palabra de los jueces:

Por tanto, una vez más me pregunto y por ende consulto al honorable Cuerpo que presido lo siguiente: ¿Qué razón humana y, en lo que nos concierne, que fundamente (sic) legal puede tener una pena estatal cuando gestos como el explicado hablan desde la inmensidad del dolor común y, sobre todo, del camino del perdón y del olvido emprendido, camino fundado, paradójicamente, en el amor y recuerdo del ser querido trágicamente desaparecido por la acción de uno de ellos? Ciertamente no existe fundamento alguno para la sanción penal y claramente sobramos como rama del gobierno requerida en la dilucidación de un conflicto. Y esto es así porque el conflicto es justamente inexistente, aunque cierta y trágicamente real.⁶⁹

Otro caso donde, apelando a la existencia de una pena natural, se absolvió al acusado es la ya citada causa “Barrios”, donde se juzgó al acusado por un robo con arma en grado de tentativa. En el marco de la comisión de este delito, Barrios fue brutalmente golpeado por los empleados de la heladería que intentó robar, lo que generó que sufriera daños muy serios en su cuerpo y salud.

Los argumentos del juez para dictar el sobreseimiento, no se limitan a los daños en la salud del acusado, sino también a que tuvo que soportar una prisión preventiva y una extensión irrazonable de los plazos del juicio⁷⁰, sin que se tuviera en cuenta su grave estado de salud:

No solo debo considerar, bajo el concepto de “pena natural” que el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico que torna innecesaria y desproporcionada la aplicación de una

pena, sino que debo evaluar cómo a (sic) aplicación de un encierro carcelario durante el proceso agravó groseramente su situación personal, generando un sufrimiento innecesario.

Ese plus de sufrimiento no solo radica en la disminución de la vista, sino que también es relevante considerar que esa imposibilidad de visión binocular (lo que nos permite la visión estereoscópica) ha sido inmediatamente anterior a su detención, por lo que el proceso psíquico de aceptar y adaptarse a esa situación estaba en pleno inicio.⁷¹

En concreto, al momento de argumentar la decisión final, el juez de juicio sostuvo:

Adviértase que la imposición de una condena, entre otras cosas, implicaría que los efectos que (sic) ese antecedente se prolonguen por los próximos diez años, en los términos del art. 51 CP. Ello no solo tiene efectos en el ámbito jurídico penal (art. 26 y 76bis, entre otros), sino que poseen directa relación con la mayor o menor posibilidad de inserción laboral en un mercado cada vez más restrictivo y excluyente.

(...) Cabe recordar nuevamente aquí que la pérdida de la visión completa, indudablemente afectará a Barrios entre otros ámbitos, en su posible desempeño laboral, máxime considerando que solo cuenta con el ciclo primario completo y que tiene 23 años de edad. En efecto, el hecho de haberlo encarcelado preventivamente más de dos meses, en una cárcel común, y en las condiciones descritas, implicó un plus de sufrimiento injustificado que, sumado a las lesiones recibidas, y comparado con la entidad de la conducta en juzgamiento, me conduce a tomar la decisión de absolución. Es decir, no es posible, a mi criterio, disponer la aplicación de una pena

por mínima que ella fuere, sin legitimar la aplicación de un poder punitivo groseramente desproporcionado.⁷²

Teniendo en cuenta estos dos casos, es necesario analizar qué tienen en común para llegar a la misma solución. En primer lugar, es claro que los dos son muy diferentes. Se juzgan delitos distintos, en jurisdicciones con normas procesales propias y en circunstancias totalmente disimiles, que llevan a que los argumentos utilizados tengan una base fáctica y normativa no necesariamente equiparable. Sin embargo, es posible afirmar que los jueces de los dos casos coinciden en su valoración de la condena penal. En efecto, la observan como un hecho negativo en la vida de las personas.

Esta concepción no es nueva y, siguiendo las posturas de los jueces, puede hallar anclaje en la concepción de Eugenio Zaffaroni y Luigi Ferrajoli. El primero construye la *teoría negativa o agnóstica de la pena*, que define a la pena como “(a) una coerción, (b) que impone una privación de derechos o un dolor, (c) que no repara ni restituye y (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes” (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2002, p. 45). El segundo es un reconocido defensor de lo que se conoce como *derecho penal mínimo*. Este modelo sostiene que la única justificación racional del derecho penal es que permite reducir la cantidad y calidad de violencia en la sociedad. Esto abarca no solo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones ante los delitos (Ferrajoli 2010, p. 194).

Es posible reconocer que los jueces, al momento de decidir, tenían concepciones similares a las citadas. En el caso “Almendras”, el tribunal expresamente reconoce que su actuación lejos se encuentra de solucionar algún conflicto. En primer lugar, porque el conflicto es

inexistente. Los familiares de la víctima, uno de los principales interesados en cómo se dirima el caso, no ven al acusado como alguien que se deba castigar. Por el contrario, desde el inicio le brindaron apoyo y contención ante la tragedia que vivieron. En segundo lugar, porque como jueces, la respuesta que deberían dar –en términos formales⁷³– sería una condena que aumentara la angustia y la violencia que actualmente estaba sufriendo el acusado.

En el “caso Barrios”, el juez es más enfático en remarcar el carácter negativo, no solo de la pena, sino también de la condena. No se limita a la pérdida de libertad. El solo hecho de condenar al acusado, impactará de manera negativa en un sinnúmero de situaciones ajenas a las meramente jurídicas (el juez nombra las laborales) que, sumado a los daños recibidos por parte de los empleados de la heladería, implicarían una pena cruel, inhumana y degradante.

Ahora que conocemos el porqué de la absolución, corresponde analizar cómo se relaciona con la pena natural. Más precisamente, qué papel juega la pena natural en el razonamiento de los jueces. Como primer paso, es necesario reconocer que, en ambas sentencias, los jueces reconocen expresamente que el acusado es un autor responsable del delito por el que se los acusa:

(...) no albergo la más mínima duda acerca del injusto imputado a José Alberto ALMENDRAS, resultando ser autor responsable desde el punto de vista personal, histórico y material del suceso materia de reproche, en todo de acuerdo con la imputación formulada de manera congruente por el Sr. Juez de Sección, el fiscal de aquella instancia y su par ante este Tribunal Oral Federal.⁷⁴

(...) el hecho típico ha sido además antijurídico y culpable (...) ⁷⁵

(...) al igual que ocurre en el proceso penal juvenil, correspondería declarar que Barrios es responsable del hecho aquí atribuido, pero que no es posible dictar una condena que genere nuevos efectos en términos de privación de derechos.⁷⁶

Ahora bien, la postura tomada en estas dos sentencias no parece superar a la que propugna condenar a los acusados sin cumplimiento de pena. En esta otra opción, explícitamente se reconoce la responsabilidad de los acusados por el hecho que se los juzga, pero también se reconoce que han sufrido una pena natural y por eso se los exime de prisión.

En resumen, la pena natural y la existencia de un injusto se encuentran relacionados. Hay dos posturas que interpretan de manera diferente cómo es esta relación. La primera se podría plantear de la siguiente manera: que un sujeto sea responsable por la comisión de un delito no significa que deba ser condenado por ello. Aquí entrarían los casos en que se condenó a los acusados, pero se los eximió de prisión. La segunda postura plantea que, si un sujeto es responsable por la comisión de un delito, puede ser absuelto por él.

En ambas posturas la premisa que permite llegar a la conclusión es la existencia de una pena natural. Es decir, el sufrimiento que recae sobre el autor es determinante para la decisión que toman los jueces. En efecto, los jueces no solo se limitan a evaluar si el acusado cometió la conducta delictiva que se le achaca, sino que toman en consideración las circunstancias posteriores que rodean ese hecho delictivo. El daño físico y sus secuelas, la angustia, el papel de la víctima y sus familiares, entre otras cuestiones son determinantes para que los jueces ordenen la eximición de prisión o la absolución.

Sin embargo, la postura que propugna la absolución del acusado es claramente contradictoria y, por ende, no puede presentarse como una conclusión válida. No se puede aceptar el razonamiento que afirma que el sujeto culpable de la comisión del delito debe declararse inocente. Hay acuerdo entre los teóricos que la pena natural tiene una relación de dependencia con un injusto o delito. Si el agente es responsable de su comisión, no se puede negar dicha responsabilidad. Pero si se puede reconocer como un eximente de condena.

Ahora bien, esto no permite concluir que las sentencias que deciden la absolución sean arbitrarias. Por el contrario, en los dos casos analizados, si bien se está ante una pena natural, no es esta la que habilita la absolución, sino que son consideraciones de otra índole. En “Almendras” el fundamento se lo puede hallar en el perdón del ofendido o la falta de justificación para llevar adelante un proceso penal donde todas las partes reconocen estar frente a una tragedia cuya solución ha tomado otros cauces diferentes al proceso penal. En “Barrios”, por el contrario, el fundamento se podría encontrar en que la condena lejos de terminar un conflicto –o disminuir la violencia de un conflicto– termina agravándolo. El juez es enfático en señalar las consecuencias negativas que tiene una condena penal en el futuro laboral de un joven de veintitrés años de edad que ha perdido parte de su vista y que solo cuenta con el primario completo.

Estas consideraciones se suman a la pena natural y son las que permiten que los jueces dicten la absolución de los acusados. Si no estuvieran, correspondería que se los declare culpables y se los exima del cumplimiento de la pena⁷⁷. Estas dos consecuencias, aunque parezcan similares, solo lo son en que el acusado no cumplirá una condena. Sin embargo, tienen diferencias significativas. Si una persona es condena-

da –aunque se lo exima de pena– es declarada culpable y así figurará en los registros y archivos. De esta manera, la persona estará impedida –o se le dificultará– realizar actividades que requieran no tener antecedentes y si comete un nuevo delito, será considerada reincidente⁷⁸.

Es necesario aclarar que esta distinción no solo se fundamenta en cuestiones netamente jurídicas. Como se verá el capítulo siguiente, hay buenas razones morales que justifican declarar al acusado culpable del delito que se le imputa. No es posible hacer oídos sordos ante una conducta típica, antijurídica y culpable, es decir, un sujeto que cometió una conducta prohibida por la ley, sin estar autorizado por el sistema normativo y con plena capacidad de acción no puede ser tratado de la misma manera que si hubiera actuado correctamente. Tanto al sujeto, a la víctima y a la sociedad se les debe comunicar que la conducta cometida es incorrecta. Harina de otro costal es el castigo que le corresponde. Al mediar una pena natural, los jueces disminuyen o eximen de pena a fin de no castigar de manera desproporcionada un delito ni castigar por el solo hecho de castigar.

Dejada en claro esta distinción y la función de la pena natural en el razonamiento judicial, se está en condiciones de retomar las afirmaciones con las que se inició este apartado, a saber: a) el injusto o delito es distinto de la pena natural; b) ambos están relacionados de manera dependiente, en el sentido de que la pena natural solo existe a partir de un delito o injusto, pero no a la inversa; c) la pena natural afecta al cumplimiento de la pena, pero no a la responsabilidad por el hecho.

A lo largo del desarrollo se vio con claridad que los casos de pena natural se caracterizan por la existencia de un delito cuyo autor ha sufrido un daño o sufrimiento significativo. Este sufrimiento adquiere entidad en el proceso penal porque habilita la eximición o disminu-

ción de pena. De esta manera, se distingue el delito o injusto de la pena natural. Ambos están relacionados ya que la pena natural solo existe a partir de un delito, pero no a la inversa. No es posible afirmar que ante la muerte de un ser querido por causas naturales o una tragedia sin responsables, surja un delito. Por el contrario, si por la comisión de un delito (v-g- homicidio culposo por accidente de tránsito) el responsable causa la muerte de un ser querido, sí se podría afirmar que se está ante una pena natural. Por último, la pena natural no afecta la responsabilidad por el delito. El sujeto es culpable y debe ser condenado. Pero al sufrimiento que carga no se le puede sumar una pena estatal. De aquí que la pena natural no afecte a la responsabilidad, pero sí a la pena.

Estas conclusiones no afectan aquellos casos que no han llegado a juicio, sino que se ha dictado el sobreseimiento de los acusados. Como es sabido, el sobreseimiento y la absolución son dos conceptos diferentes, utilizados en distintas etapas del proceso penal y cada uno cuenta con efectos y fundamentos propios. La absolución se puede dictar al finalizar el juicio. Su función es declarar la inocencia del acusado. Es una sentencia que decide sobre el fondo de la cuestión, es decir, lo relativo al delito y la responsabilidad por él. El sobreseimiento, por su parte, se dicta en la etapa de instrucción o investigación, es decir, corresponde a la etapa donde se produce la investigación en torno a la comisión de un injusto. Se puede dictar durante esta etapa. Es una decisión judicial que resuelve sobre la forma del proceso y donde no se declara la existencia o inexistencia de delito ni responsabilidades, sino que, por el contrario, resuelve sobre la conveniencia o no de celebrarse el juicio. El anterior Código Procesal Penal Federal, en su artículo 336, establecía las causales por las que se debía dictar el sobreseimiento:

Procedencia

Art. 336. - El sobreseimiento procederá cuando:

- 1º) La acción penal se ha extinguido.
- 2º) El hecho investigado no se cometió.
- 3º) El hecho investigado no encuadra en una figura legal.
- 4º) El delito no fue cometido por el imputado.
- 5º) Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria.

En los incisos 2, 3, 4 y 5 el juez hará la declaración de que el proceso no afecta el buen nombre y honor de que hubiere gozado el imputado.

Asimismo, el nuevo código, aumenta las causales y establece:

Artículo 236.- *Causales del sobreseimiento.* El sobreseimiento procede si:

- a) El hecho investigado no se ha cometido;
- b) El hecho investigado no encuadra en una figura legal penal;
- c) El imputado no ha tomado parte en él;
- d) Media una causa de justificación, inculpabilidad o ausencia de punibilidad;
- e) Agotadas las tareas de investigación, no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y no hay fundamentos suficientes para requerir la apertura del juicio;
- f) La acción penal se ha extinguido;

g) Se ha aplicado un criterio de oportunidad, conciliación, reparación o suspensión del proceso a prueba, y se han cumplido las condiciones previstas en el Código Penal y en este Código.

Ahora bien, aclarado este punto, al observar las sentencias⁷⁹ dictadas en la etapa de investigación que ordenan el sobreseimiento del acusado, se encuadran normativamente en el inciso 5 del viejo código. En efecto, los jueces explícitamente reconocen la pena natural como una *excusa absolutoria*. La doctrina argentina trata bajo este concepto a aquellos obstáculos que excluyen o cancelan la punibilidad (Zaffaroni, Alagia y Slokar 2002, p. 684). De esta manera, los jueces no reniegan sobre el hecho y la participación, sino que reconocen que, al haber mediado una pena natural, el culpable del injusto no debería cumplir la condena impuesta.

En concreto, tanto la doctrina como la jurisprudencia son contes-tes en reconocer que la pena natural tiene una relación de dependencia con la comisión de un injusto. La función de la pena natural es actuar como premisa que permita concluir que, si bien un sujeto es culpable de la comisión de un delito –o hay pruebas suficientes para creerlo de esta manera– a su sufrimiento no se le puede sumar el efectivo cumplimiento de la pena.

La pena natural y su relación con los delitos de imprudencia

Una de las cuestiones que se abordaron en el capítulo uno, fue el aspecto subjetivo del delito y su relación con la pena natural. Más precisamente, si efectivamente se podía hablar de casos de pena natural en el marco de un delito doloso o solamente correspondía a los delitos culposos. En este punto, la jurisprudencia y la doctrina se muestran

más abiertos a esta segunda opción. Así también se observa en las diferentes legislaciones procesales. Sin embargo, esto no quita que existan teóricos y jueces que sostienen la postura contraria.

Si bien es claro que el injusto o delito es diferenciable analíticamente de la pena natural, también lo es que existen una serie de intuiciones que parecerían inclinar la balanza hacia la postura que solo admite reconocer la pena natural en el marco de delitos culposos. En efecto, se podrían enumerar una serie de razones e intuiciones jurídicas que logran esto:

1. En la legislación, los delitos culposos tienen una pena en abstracto menor que sus correlatos dolosos.
2. La disminución de la escala penal en estos delitos se fundamenta en el menor reproche que merece un delito cometido por imprudencia.
3. Nos resultaría difícil aceptar una disminución o cancelación de castigo ante daños que fueron buscados o eran esperables.
4. En los delitos dolosos, el agente tiene la intención de cometer el delito.
5. Esto último podría habilitar a suponer que el daño o sufrimiento que recae sobre el autor de un delito doloso eran esperables por el agente y sin embargo eso no lo detuvo.

El punto 3 explica por qué, a grandes rasgos, la pena natural se encuentra vinculada a daños no queridos por el agente. Más precisamente, el sufrimiento, producto de la comisión del injusto, debe ser consecuencia de un accionar imprudente o culposo. Así lo ha manifestado Choclán Montalvo (1999, p. 1) al caracterizarla como un perjuicio no asumido por el autor como consecuencia de su acción al tiempo

de ejecutar el hecho; y Silva Sánchez (2015, p. 268 y 2018, p. 157), al referirse a ella como una *autopunición imprudente*.

Tal vez, la postura que mejor ejemplifique esto sea la de Günter Jakobs (1992, pp. 1.066-1.067). El jurista alemán sostiene que la *poena naturalis* puede surgir por imprudencia o ignorancia de prohibición de alguna norma. Quien comete un delito bajo estas circunstancias, puede sufrir un gran pesar que los jueces no pueden desconocer al momento de dictar una condena. Pero también es cierto que las personas reaccionamos de manera diferente ante estas situaciones y puede haber gente que sufra más que otras o no lo manifieste de la misma manera, etc. Por ello, Jakobs propone el criterio objetivo de limitarlo al sufrimiento por las personas cercanas y a los delitos de imprudencia, es decir, culposos.

A su vez –como ya se observó en el capítulo 1– los códigos procesales que regulan la aplicación de la pena natural, la limitan a los delitos culposos, al monto de la pena en abstracto, y haciendo especial referencia al resarcimiento de los daños causados y a la opinión de la víctima del delito. En este punto, parecería que existe un temor, por parte de los legisladores y los doctrinarios, a la discrecionalidad judicial.

Ahora bien, más allá de esta discusión jurídica sobre las razones e intuiciones de habilitar la pena natural únicamente para los delitos dolosos, parecería que hay una serie de consideraciones morales en el trasfondo de este problema. En efecto, Alwynne Smart (1968 pp. 345-347) afirma que los delitos premeditados son moralmente peores que los imprudentes⁸⁰ y por ello, en los homicidios culposos es donde hay una gran variedad de circunstancias que permiten la atenuación o perdón de la pena.

Sin embargo, como se vio en los capítulos anteriores, autores como Zaffaroni, Alagia y Slokar no realizan esta limitación y habilitan que todo tipo de daño sea considerado pena natural, sin importar si el injusto cometido fue culposo o doloso. Aunque existan muy pocas, hay sentencias en los que se ha reconocido una pena natural en el marco de juicios por delitos dolosos.⁸¹

Ahora bien, dadas todas estas situaciones y posturas, es necesario ingresar al análisis exhaustivo sobre el aspecto subjetivo del injusto y de los daños causados. Como se observa, lejos de haber un acuerdo general, parece que hay una serie de posturas que no son compatibles entre sí.

El punto por el que hay que comenzar es el de los daños sufridos producto de la comisión del delito. En efecto, tal como se sostuvo en el apartado anterior, aquí es donde se encuentra el nudo del problema. Sin embargo, hay una relación entre estos daños y el delito cometido. Esto se ve claramente en dos cuestiones diferentes que se relacionan profundamente con el problema que se aborda: la proporcionalidad entre la pena estatal y los daños sufridos, y el arrepentimiento del acusado.

Proporcionalidad entre el delito y los daños sufridos

El discutir y analizar sobre el dolo y la culpa permite reconocer que no hay un acuerdo claro sobre cuándo procede la pena natural, pero también hace patente que hay una serie de elementos paradigmáticos que son aceptados por los participantes de la red conceptual jurídica. Una de ellos es la proporcionalidad.

En efecto, hay un acuerdo generalizado en la doctrina argentina y los teóricos anglosajones y españoles acerca de la importancia de la proporcionalidad entre los daños sufridos por el agente y la pena que

le correspondería si es condenado por el delito cometido. Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002, p. 996) lo hacen explícitamente en su ya citada definición de pena natural:

Se llama *poena naturalis* al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un *quantum* que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena (...) (El subrayado me pertenece).

Lo que remarcan estos autores es que la imposición de una pena estatal, sin tener en cuenta los daños que ha sufrido el agente –la pena natural– generaría una clara violación al principio de proporcionalidad entre el delito y la pena. En otras palabras, el Estado no puede hacer oídos sordos ante las circunstancias que rodean un delito. En efecto –tal como se abordó anteriormente, al analizar la postura de estos autores en capítulo 2– la obligación de los jueces de observar estas circunstancias se encuentra en los artículos 40 y 41 del Código Penal que establecen una serie de características del hecho y del agente que deben ser tenidos cuenta al momento de dictar la sentencia.

Enrique Bacigalupo (1998, pp. 145-146), si bien no lo dice de manera explícita, al plantear la idea de la *compensación destructiva de la culpabilidad*, reconoce que la pena no puede pasar por alto los daños sufridos, sino que deben ser compensados. De aquí que deba existir una proporción entre el castigo estatal y el sufrimiento del autor; si este último supera al primero, la compensación es completa, de lo contrario es solo parcial.

El planteo de estos autores tiene sentido y encuentra aceptación porque es un claro presupuesto de la pena natural. Solo reconocemos

como pena natural a aquellos daños que son significativos en relación al delito cometido y a la pena estatal que corresponde ante su comisión. Si se nos presenta un caso donde un homicida pretende que se reconozca como pena natural que la víctima le haya dado un golpe que rompió su remera o que lo haya lastimado por un rasguño, todos estaríamos de acuerdo en negar estos hechos como significativos. Si bien los podemos reconocer como daños, estos son insignificantes en relación al delito cometido. Por el contrario, si se nos presenta un caso en que el autor de un robo queda cuadripléjico al sufrir un disparo por parte de otra persona que intenta detenerlo, la respuesta será otra. Evidentemente aquí estamos frente a un daño que tendrá efectos durante toda la vida del agente y cuyo sufrimiento sobrepasa con creces la pena establecida en el código penal (un mes a seis años de prisión).⁸² La proporcionalidad en estos casos tiene anclaje en una noción –aunque sea mínima⁸³– de justicia. Aun en los casos en los que no se apela a la pena natural, una condena que exceda con creces la culpabilidad del acusado sería notoriamente injusta, como también aquella que fuere por demás leve (Politoff 1998, p. 11).

Las situaciones que se observan en los casos de pena natural son bastante más claras cuando están vinculadas a delitos culposos, donde no solo se está ante un delito de imprudencia, sino ante una condena que es mucho menor que la que corresponde si hubiera sido con intención. En efecto, los casos que se conocen de pena natural han tenido como fundamento fáctico que el autor del delito sufrió severos daños en su salud, que han llegado a hospitalizarlo en terapia intensiva y han generado consecuencias sumamente gravosas como una discapacidad o una deficiencia permanente o transitoria⁸⁴; otros se basan en que el delito imputado tiene como base fáctica el haber causado la

muerte del mejor amigo por un error o descuido⁸⁵; o la muerte de un familiar por la imprudencia en el manejo⁸⁶.

Es particularmente ilustrativo el caso “Causa N° 992/2015 (registrada en la Secretaría única de este Juzgado bajo el N° J-0007259), seguida a Silvia Beatriz Espínola por el presunto delito de homicidio culposo”, donde a la acusada se le imputa el delito de homicidio culposo agravado por la conducción imprudente de vehículo automotor (arts. 45 y 84, segundo párrafo del Código Penal). El hecho juzgado fue que la acusada, al intentar egresar del garaje con su automóvil, creyendo que había puesto la marcha atrás, acelera el vehículo y enviste a su madre que se encontraba cerrando el portón de la casa. A consecuencia del choque, la mujer padeció lesiones de tal entidad que le ocasionaron la muerte.

Las declaraciones testimoniales en el juicio dan cuenta de que la acusada, al momento del hecho y mientras esperaba que llegara la ambulancia, estuvo en estado de shock, no paraba de temblar ni llorar, ni de repetir “me quiero morir”. Luego de este hecho estuvo con tratamiento psiquiátrico y psicológico. En el juicio se acreditó que la acusada tuvo el apoyo y sostén de toda su familia. Asimismo, presentaba angustia constante con caídas en pozos depresivos. Esto se suma –o explica– a que en vida ambas tenían una relación muy estrecha y unida.

Teniendo en cuenta todas estas circunstancias, la jueza expresamente sostuvo:

Por las consideraciones y fundamentos dados respecto de la conducta desplegada por Silvia Beatriz Espínola, la encuentro merecedora de un reproche penal que desemboca indefectiblemente en la imposición de una pena. Mas el inconveniente radica en determinar si el monto a imponer se condice con los principios

constitucionales de proporcionalidad y culpabilidad, esto es por las especiales circunstancias del caso traído a estudio. Asimismo, la imposición de una pena estatal en casos de extrema gravedad como éste, aparecería como innecesaria ya que las pérdidas y sufrimientos padecidos por la imputada a consecuencia del hecho en sí, trasciende con creces la finalidad misma de la pena.⁸⁷

Las circunstancias que rodean el caso hacen que se ponga en duda la plena aplicación de la pena establecida en la ley penal. En efecto, el delito por el que se la acusa tiene una pena de dos a cinco años de prisión, sin embargo, el peso del sufrimiento con el que tiene que cargar se observa por demás superior.

Si bien en los delitos de imprudencia se observa con más claridad esta relación, esto no significa que en los delitos dolosos no suceda. Los ejemplos dados anteriormente no discriminaban entre delitos culposos y dolosos. Más aún, los casos donde se juzga un robo⁸⁸ constituyen ejemplos típicamente dolosos, ya que no existe el robo imprudente. Para cometer el delito se debe tener la intención de apoderarse con violencia de alguna cosa que sea propiedad de otra persona. Aquí la proporcionalidad sigue estando vigente, pero lo es porque los daños que sufre el agente son por demás superiores. Los ejemplos y los casos jurisprudenciales hacen mención a serios problemas de salud que afectan significativamente la vida de las personas.

El problema se hace más concreto si pensamos en un caso de homicidio doloso. Aquí las intuiciones parecen decantarse por negar la aplicación de la pena natural. Un caso que es ilustrativo para pensar esto es “G. s/Homicidio Agravado por el Vínculo”, donde se reconoció una pena natural, pero luego de determinar que no se estaba frente a

una conducta dolosa. En este caso se juzgó un homicidio agravado por el vínculo y por la participación de un menor de edad (arts. 41 quater, 45 y 80 inc. 1 del Código Penal). El caso tiene como acusado a G., por el hecho de haber causado la muerte de su hija de cuarenta y dos días de edad. La acción propiamente dicha consistió en suministrarle alcohol etílico a tal punto de causar una intoxicación que culminó en su deceso. Al momento en que esto sucedió, el acusado se encontraba cuidando al bebé junto con su pareja –la madre del bebé– de diecisiete años de edad⁸⁹.

La defensora del acusado esgrimió falta de intención homicida, es decir, de dolo y para ello argumentó que la falta de instrucción, condición de vida, nivel económico y costumbres de G., permitían inducir que él no tenía el conocimiento ni la capacidad intelectual para poder determinar que se produciría tal evento.

El juez, haciendo eco de esto, sostuvo:

La historia pasada y presente del imputado, el desarrollo de su vida, sus temores y sus limitaciones; la trasmisión que realizó de su profunda angustia recordando todos los días lo sucedido, no puede pasar desapercibida para la Justicia (sic); ya que debe analizarse minuciosamente y contraponerla al contexto, para eventualmente tomar las decisiones, que ineludiblemente repercutirán en la vida del justiciable.

Entiendo que estas consecuencias del hecho, han perjudicado notablemente la forma de vida de G., por lo que se hace innecesaria la persecución penal, el juicio oral y público, y una posible pena en expectativa.⁹⁰

Luego, afirmó:

Entiendo que G. al perder a su pequeña hija, grabó una huella, entendidamente difícil de superar para cualquier ser humano y a partir de lo sucedido, se encuentra perturbado, con la necesidad imperiosa de trabajar día y noche, para cubrir las necesidades de su hija viva y del pequeño que se encuentra por nacer, atormentándose cotidianamente con el miedo de que a ellos no les suceda nada malo (...) ⁹¹

Ahora bien, en este caso los argumentos que se dieron para la aplicación de la pena natural son tres. El primero es la falta de dolo en el obrar del acusado. Como no hubo una acusación subsidiaria por un homicidio culposo, al no encontrarse acreditado el presupuesto intencional del delito, se cae la investigación y corresponde dictar el sobreseimiento. El segundo es el fundamento de la falta de dolo, donde se observan las características individuales y contextuales del acusado: una persona sin formación, de bajo nivel económico y en condición de vida humilde. Por último, ingresa el dolor y la aflicción de cargar con la muerte de un hijo. El juez es muy claro al sostener que esto no puede ser dejado de lado y, aunque hubiera habido una acusación subsidiaria, el desarrollo de un juicio sería desproporcionado, superfluo e inapropiado.

Los ejemplos dados abordan juicios sobre delitos, en los que las circunstancias que los rodean permiten a los jueces apelar a la pena natural para cancelar la pena estatal. La idea de proporcionalidad entre el sufrimiento y la pena merecida se vuelve patente en cada uno de ellos. En este sentido, Antony Duff (2007, pp. 366-367) propone un ejemplo extra legal que permite realizar un paralelismo con los casos legales. El caso es sobre una persona A que le produce un mal medianamente serio a su amigo, B. Cuando B va a confrontar a A y reclamarle por esto, A le cuenta que su esposa falleció. En esta circunstancia, sería inhumano por parte de B continuar con el reclamo sin

que importe la situación de A. Ante esta situación, Duff sostiene que la noción de proporcionalidad tiene un rol fundamental. Si el daño sufrido es menor que el sufrimiento del causante del daño, entonces no corresponde anteponerlo. Pero hay situaciones en las que esto no es así. Lo que el autor remarca es que, la respuesta más natural ante el amigo que está sufriendo –y me ha causado un mal– no es disminuir su sufrimiento, sino dejar de lado el reclamo que le iba a realizar o, en todo caso, moderarlo.

Este ejemplo sirve para pensar el rol que juega la proporcionalidad en el castigo penal: si el delito es menos serio que el sufrimiento, entonces se debe correr el foco del delito y ponerlo en el sufrimiento⁹². Pero hay delitos que no pueden dejarse de lado. Aquí es donde entra en juego la mitigación de la pena (Duff 2007, p. 368). En otras palabras, el sufrimiento no cancela el delito. Puede haber situaciones en las que el sufrimiento sea mucho mayor que el delito, tal como los casos de homicidios culposos analizados anteriormente, donde el sufrimiento es tal que se debe dejar de lado el delito y su pena estatal; pero hay otros en los que el sufrimiento no alcanza a estos niveles, y solo permite una mitigación de la pena. Aquí encontramos el ya citado caso “Paredes Roberto Marcial S/ homicidio culposo agravado” donde el juez decide condenar a la pena de inhabilitación para conducir, dejando de lado la pena privativa de libertad que ordena el código penal. Por su parte, en “Zeni, Cristian Maximiliano s/recurso de casación”, se debía resolver un recurso de casación en contra de una sentencia condenatoria. En su voto, el juez Mariano González Palazzo, apelando a la existencia de una pena natural, propuso disminuir la pena establecida, pero sin perforar el mínimo establecido en la legislación penal. Para ello, se basó expresamente en el principio de proporcionalidad.⁹³

Ahora bien, la proporcionalidad no puede ser establecida entre cualquier daño o sufrimiento. Si, v-g- el agente que luego de cometer un asesinato es diagnosticado con una diabetes severa que tiene como consecuencia la amputación de ambas piernas y la adaptación a un régimen de vida adecuado para sobrellevar la enfermedad, ello no puede ser considerado como un caso de pena natural. Tal vez el sujeto no sea condenado o tenga una condena “más amigable”, como una prisión domiciliaria. Pero esto obedece a otras consideraciones normativas, vinculadas con la ejecución penal o cuestiones procesales de cómo llevar –o no– adelante el juicio.

Es claro que el sufrimiento debe ser causado con motivo de la comisión del delito –tal como lo afirman los juristas al definir o caracterizar la *poena naturalis*–. Más precisamente, la pena natural tiene la característica de no ser imprevisible *ex ante* y tiene *ex post* una clara conexión con el hecho base. De aquí que sea posible diferenciar los daños que constituyen la pena natural de los accidentes o sufrimientos que no lo son (Silva Sánchez 2018, p. 141).

Ahora bien, luego de todo este desarrollo es posible afirmar que el dolo o la culpa en el accionar delictual del agente no es determinante para el reconocimiento de la pena natural. Por el contrario, lo que sí es necesario es la proporcionalidad entre el daño recibido –*poena naturalis*– y la pena que correspondería aplicar por la comisión del delito –*poena forensis*–. Con esta afirmación se entiende por qué la zona de los delitos de imprudencia es más fructífera para la pena natural: las penas en abstracto son menores que los delitos intencionales, por lo que la proporción se puede visualizar más fácilmente. A su vez, en estos casos hay un campo más amplio para el arrepentimiento, como

se verá en el próximo subapartado. Sin embargo, esto no desecha de plano los delitos dolosos.

Esta afirmación parece enfrentarse con un problema: en el apartado “El aspecto subjetivo del delito en la normativa procesal existente” del capítulo 1, se enumeraron minuciosamente las distintas legislaciones que se abocan o refieren a la pena natural, y la gran mayoría limita su aplicación a los delitos culposos o que tienen una pena en abstracto baja. Esto se ve afirmado en la voz de los jueces que se niegan a reconocer la existencia de una pena natural cuando no se cumplen los requisitos establecidos en los códigos procesales⁹⁴ y la gran cantidad de teóricos que sostienen la necesidad de dictar una normativa limitada a estos delitos – algunos lo limitan aún más: a los accidentes automovilísticos. Sin embargo, no existe tal conflicto. La limitación que establecen los códigos procesales es en función de políticas legislativas o razones de índole pragmático a fin de facilitar la aplicación de la pena natural y limitar la discrecionalidad judicial. Con una legislación clara, se facilita la tarea judicial en el sentido de que, acreditados los presupuestos fácticos, se aplica la norma y se obtiene la resolución. De lo contrario, los jueces se ven obligados a realizar argumentaciones más complejas, donde deben apelar a la aplicación de principios jurídicos para fundamentar las premisas normativas y fácticas.⁹⁵ Aquí es donde surgen los miedos a que no existan límites a su aplicación, ya que podría suceder que algún juez argumente que v-g- los rasguños causados a un homicida ser considerados como una pena natural.⁹⁶

Estas políticas no afectan al núcleo conceptual de la *poena naturalis*, ya que su función no es conceptual. Tal como se afirmó, los delitos culposos se presentan como el campo más fructífero de aplicación de la pena natural, así también los delitos de baja pena en abstracto, por

lo que si los legisladores deciden determinar que, acreditados determinados presupuesto de hecho –sufrimiento producto de la comisión del delito– se debe dictar el sobreseimiento y no continuar el juicio para no generar un gasto innecesario de recursos estatales, entonces estamos ante una solución de índole pragmática, de eficiencia estatal. Lo que no podrían hacer, de manera legítima⁹⁷ los legisladores –tal como se verá más adelante– es limitar el reconocimiento de la pena natural a estos aspectos, porque estarían violentando los principios jurídicos de humanidad de la pena, culpabilidad, proporcionalidad, racionalidad de los actos del Estado, entre otros.

Por último, para cerrar este subapartado, soy consciente de que la proporcionalidad, tal como la he abordado, no necesariamente es un concepto jurídico. Esto dificulta la aplicación judicial, es decir, tal como se ha formulado carece de premisas que permitan su utilización por parte de los jueces. Para hacerlo tiene que tomar la forma de una norma jurídica. Esto será abordado en el capítulo 5 referido al estatus jurídico de la pena natural.

Arrepentimiento

El segundo elemento que es necesario abordar es el arrepentimiento. Este tiene una función de vital importancia en la pena natural, ya que en las argumentaciones judiciales tiene un rol fundamental y decisivo para la disminución o cancelación de la pena. Esto es así porque no solo es necesario que haya una desproporción entre el sufrimiento y la pena estatal, sino que debe observarse que el acusado se encuentre arrepentido de su accionar.

Una primera observación que surge al abordar esta cuestión es que no nos parece igual el caso de un sujeto que cometió un delito y se arrepiente que el caso de un agente que, luego de cometer un delito, no acepta su obrar incorrecto y continua su vida sin modificar sus prácticas o su carácter (Smart 1968, p. 357). Este arrepentimiento no consiste en su mera enunciación, sino que debe plasmarse en acciones concretas, tales como la reforma del carácter del agente, intentar reparar el daño causado a la víctima y con ello reconciliarse con ella y/o la sociedad.

Es claro que la reparación del daño y la reconciliación no pueden ser exigencias *sine qua non*. Por un lado, hay delitos o injustos que simplemente no admiten reparación o cuyo daño es inconmensurable, tal como una muerte ¿Cómo se repara la muerte de un ser querido? Es una pregunta que lejos se encuentra de ser respondida, por lo menos en términos generales, porque los criterios a tener en cuenta se muestran inabarcables por una argumentación clara y racional. Por otro lado, el concepto de reconciliación se encuentra constituido por: a) una relación previa, ya sea de amistad, de pareja, institucional o –más general– una relación social basada en la confianza; b) la ruptura de esa relación ya sea por culpa de uno, algunos o todos los que son parte de esta relación; c) el reconocimiento del error por parte de los que obraron mal; d) el perdón de la parte ofendida; y e) el restablecimiento de la relación. Ahora bien, el valor deóntico que tiene la reconciliación es facultativo; resulta complicado pensar una situación donde el agente se vea obligado a reconciliarse con su ofensor. Por el contrario, reconocemos que hay ciertas ofensas que son claramente imperdonables⁹⁸ o, cuando se cumplen los puntos a) a d) (es decir, cuando hay un reconocimiento del error y un perdón por parte del ofendido) la relación ya no puede restablecerse porque la confianza se ha quebrado.

Ahora bien, esto no quita importancia al perdón. Por el contrario, éste tiene una función esencial en el arrepentimiento; tan es así que, si no se logra el perdón interpersonal – de la víctima o de los afectados por la comisión del injusto – es necesario que el agente se auto perdone. El auto perdón es un proceso teleológico por el cual hacemos las paces con nosotros mismos por los errores cometidos, lo cual es esencial para mantener nuestra agencia moral. Luego de realizar una acción moralmente incorrecta, es necesario reconocer y aceptar nuestras imperfecciones, y perdonarnos por ello. Esto no significa crear excusas o racionalizar nuestros errores, ni caer en la resignación, sino que implica una actitud optimista para cambiar nuestras acciones y carácter. Este cambio surge de reconocer que mi acción incorrecta tiene como causa mi carácter personal, comportamientos o disposiciones actitudinales (Snow 1993, pp. 75-77).

Como afirma Nancy Snow (1993, pp. 79-80), el auto perdón puede presentarse como el “segundo mejor” o subsidiario al perdón intersubjetivo, cuando este último no se puede lograr y es necesario recuperar la capacidad de ser un agente moral luego de haber dañado a otros. De aquí que el perdón se encuentre profundamente relacionado con el arrepentimiento, pero no necesariamente debe encontrarse logrado por la persona; puede suceder que el accionar incorrecto sea de tal gravedad que el mismo agente se niegue a perdonarse, aunque el resto de las personas lo haga. Un claro ejemplo es el que sucedió en la causa seguida a Espínola, donde ella es acusada por haber atropellado a su madre que estaba cerrando el portón. De la misma manera, en la mayoría de las causas judiciales abordadas en este trabajo, cuando al agente se le acusa el haber sido responsable de la muerte de un familiar o un amigo, se repite esta situación: mientras su entorno lo per-

dona, él no. De aquí que, la generalidad de las veces, se encuentre bajo tratamiento psicológico y psiquiátrico que lo ayuda a afrontar esto.

Con esta afirmación no intento restarles valor a las normas procesales relativas al principio de oportunidad, donde si la víctima expresa su voluntad de no querer continuar con el juicio, éste se termina con la libertad del acusado. Esto es un ámbito totalmente diferente y obedece, no al concepto de pena natural, sino a una cuestión de oportunidad. Es claro que algunas situaciones caracterizables como pena natural, lleguen a la cancelación del juicio en razón del perdón de la víctima. Pero esto es equiparable con que la parte acusadora –el fiscal– tome la misma decisión por las mismas razones o porque, simplemente, no tiene pruebas suficientes o no le parece que el delito cometido sea de entidad suficiente para ser juzgado.

Dejado en claro esto, también se puede reconocer que el concepto de arrepentimiento tiene una clara relación de familia con el concepto de *remordimiento*; este está compuesto por dos aspectos: el cognitivo, que es el reconocimiento de haber obrado mal; y el emocional, que es el sentimiento de culpa, el peso de esa obra sobre la conciencia. Esto conlleva el cambio de perspectiva del agente por el de la víctima dañada, del orden vulnerado o de ambos. Si no sucediera esto –y el agente mantuviera su punto de vista– entonces tenderá a construir una autojustificación que lo tranquilice moralmente (Silva Sánchez 2018, pp. 131-132). En otras palabras, el remordimiento solo se hará presente si el agente puede figurarse el daño que ha cometido y lo reconoce y valora de manera negativa.⁹⁹

De esta manera, el concepto de arrepentimiento se encuentra conformado por el reconocimiento de haber obrado mal, de manera incorrecta o –en términos jurídicos– antijurídicamente. Este recono-

cimiento tiene como consecuencia el sentimiento de culpa y, por lo tanto, el arrepentimiento propiamente dicho. En otras palabras, estar arrepentido implica la cancelación del orgullo o de la autojustificación de ese obrar, y la aceptación de que la acción cometida era incorrecta y por lo tanto no debió haber sido realizada.

La importancia del arrepentimiento se vuelve palpable en cada sentencia que acoge la pena natural. Los jueces remarcan la situación de dolor, sufrimiento, pesar, depresión y culpa que sienten los acusados. Este dolor es producto de reconocerse responsables de los delitos que se les endilgan. Estas emociones o estados de ánimo ingresan en la argumentación judicial mediante diferentes medios de prueba, entre los que destacan los informes de los psicólogos y de los psiquiatras, y las declaraciones testimoniales que dan cuenta de cómo afectó el hecho al acusado. Estas pruebas permiten acreditar el sufrimiento y el dolor. Esto debe ser sopesado con la pena estatal para poder determinar si hay desproporción o no. En caso de desproporción, se está ante una pena natural.

Esto se vuelve más claro al analizar sentencias que rechazan la aplicación de la pena natural. Un caso ilustrativo es “Benítez, Rafael Salvador s/recurso de casación” dictado por la Cámara Federal de Casación Penal. En esta causa, el tribunal resolvió un recurso de casación¹⁰⁰ que presentó la defensa del acusado en contra de la sentencia que lo condenó a una pena de siete años de prisión por el delito de fabricación de estupefacientes (art. 5 inc. “b” de la ley 23.737 y art. 45 del Código Penal). Los hechos son los siguientes: la causa se inicia por el ingreso de una joven con gran parte de su cuerpo quemado al hospital de Concordia, Entre Ríos. El nombre de la paciente era “Eli” Tamay y su vida terminaría tres días después de su ingreso al nosocomio. La misma había sido

transportada hasta allí por otras dos mujeres en un utilitario de color blanco. Estas se retiraron inmediatamente sin darse a conocer.

Ya en el hospital, se presentó una persona que se identificó como Alejandro Quiroz e informó a la policía que la paciente era oriunda de Chajarí y que él se encargaría de avisarles a los padres; luego se retiró del lugar. Los padres de Tamay arribaron al hospital esa misma mañana e informaron el domicilio de su hija y refirieron que Rafael Benítez, el novio de su hija (que se presentó en el hospital con el nombre falso de Alejandro Quiroz) se había comunicado con ellos. Indicaron que Benítez les había pedido que llevaran a Elizabeth Tamay a Buenos Aires y les había entregado dinero para cubrir esos gastos.

Con esta noticia, el juez de garantías de Concordia libró una orden de allanamiento para ese domicilio. Al ingresar a la vivienda, el personal policial advirtió que allí se había producido una gran explosión –de la que fue víctima Tamay– y que en la vivienda funcionaba una cocina de clorhidrato de cocaína.

Ahora bien, en el recurso de casación, Benítez solicitó que la muerte de Tamay sea considerada una pena natural, ya que significaba nada más y nada menos que la pérdida de su pareja, producto de la explosión de la cocina en la que fabricaba estupefacientes. Al momento de tratar esto, si bien los jueces tuvieron por acreditado que eran pareja y convivían en la vivienda, esto no permitía concluir que el fallecimiento de Tamay haya significado un sufrimiento de entidad que impacte en la pena impuesta del acusado. Es sumamente ilustrativa la palabra del juez Hornos:

La relación ahora invocada como profunda fue sistemáticamente negada y rechazada por Benítez durante el transcurso del debate

oral a punto tal que sobre ella se cimentó toda su estrategia defensiva, por consiguiente, aparece inverosímil asignar tal entidad a la relación a los efectos de aminorar la pena.

Por el contrario, lo que sí quedó debidamente acreditado en autos, conforme declararon los padres de Elizabeth Tamay en la audiencia, es que entre Tamay y Benítez existía una relación sentimental tortuosa dominada por los celos de Benítez, en la cual él ejercía violencia física y moral sobre ella (declaración de Elda Mariela Pérez en cuanto sostuvo que su hija reconoció que Benítez la “pellizcaba” y que le dejaba marcas y que incluso la golpeaba y que era celoso; en el mismo sentido declaró Horacio Rafael Tamay (...). Asimismo, que Benítez se aprovechaba de la situación de vulnerabilidad de Elizabeth Tamay, marcada por su historia personal (fue víctima de trata de personas) y por la acentuada diferencia de edad que los separaba.

En efecto, en este punto el Tribunal afirmó... que “ (...) se ha probado (...) que la joven Elizabeth Tamay había sido registrada por la policía como alternadora en la whiskería Las Palmeritas en el mes de agosto de 2010, fecha que coincide con aquella en que se fue de su casa (...) La tortuosa relación que, según explicaron sus padres, ‘Eli’ mantenía con el imputado Benítez la ubica por cierto en una situación de sometimiento a éste y de vulnerabilidad que resulta impropia de una conducta como la que reclama el objeto de las presentes (...)”¹⁰¹.

Recapitulando, los jueces tuvieron acreditados los siguientes extremos: en primer lugar, que Tamay y Benítez convivían en la vivienda donde se produjo la explosión; que esa relación estaba marcada por la dominación patriarcal de Benítez, en cuanto constantemente

sometía a Tamay mediante violencia física y moral; esto se ve acrecentado por la marcada diferencia de edad entre ambos (cuarenta y siete años, él y veinte, ella) y el pasado de Tamay como víctima de trata de personas; a su vez, los jueces destacan que en todo el juicio Benítez negó constantemente la relación con Tamay, afirmando que estaba casado y tenía seis hijos, es recién al momento de presentar el recurso de casación que –de manera totalmente contradictoria– admite esta relación y alega un profundo sufrimiento por la muerte de su pareja.

La diferencia con los casos que si aplican la *poena naturalis* es significativa. No solo porque aquí faltan las pruebas que acrediten el sufrimiento y el arrepentimiento del acusado, sino –y sobre todo– porque las pruebas acreditan todo lo contrario. Se está frente a una situación de dominación, de aprovechamiento de la vulnerabilidad de Tamay. Tan es así que la solicitud de pena natural se muestra oportunista, en el sentido de que, como se encuentra acreditada la convivencia, debe reconocerse el sufrimiento. Los hechos demuestran una situación totalmente diferente, donde el sufrimiento no puede presumirse.

Otra cuestión a tener en cuenta es que el arrepentimiento por sí solo no puede constituir una pena natural. Deben encontrarse acreditados los demás requisitos, como el sufrimiento, la proporcionalidad y la comisión de un delito o injusto. Un caso realmente ilustrativo de esto es “Braslavsky, Luis Alberto s/ recurso de casación” en el que la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió un recurso de casación en contra de la sentencia que condenó a Luis Alberto Braslavsky a la pena de diecisiete años de prisión por haber asesinado a su esposa de un disparo, frente a sus dos hijos menores de edad.¹⁰² La defensa pidió que se tuviera en cuenta el arrepentimiento inmediato del condenado, su colaboración brindada durante el proceso al confesar

su delito y que, de manera voluntaria, hubiera comenzado tratamiento psicológico. Sin embargo, los jueces no acordaron con esto porque estas acciones no son suficientes en relación a la gravedad del hecho, por lo que no alcanzan para considerar irrazonable la condena.¹⁰³

¿Qué tipo de concepto es el concepto de pena natural?

A partir de lo desarrollado en este capítulo, en el que se determinaron los rasgos elementales de la pena natural, corresponde analizar qué tipo de concepto es la *poena naturalis*. En la introducción, apelando a la terminología dworkiniana, postulé la hipótesis que, *prima facie*, éste concepto es interpretativo. En este momento estoy en condiciones de confirmarlo. Los elementos constitutivos del concepto de pena natural descartan que esta sea un concepto criteriológico, el cual se caracteriza por el hecho de que hay un acuerdo sobre los criterios de aplicación (Dworkin 2006, p. 9 y 2011, p. 158). El ejemplo más claro de un concepto de este tipo es el concepto de triángulo equilátero, que solo es tal si tiene tres lados iguales; si alguien se refiere a este objeto como uno que tiene cuatro lados, estará equivocado. Por el contrario, en el concepto de pena natural no hay un acuerdo claro sobre sus criterios de aplicación. Como se vio en el capítulo 1, las discusiones y los desacuerdos sobre su aplicación son diversos, a tal punto que no hay un acuerdo compartido sobre cuándo debe aplicarse la pena natural.

Tampoco es un concepto de clase natural, caracterizado por tener una naturaleza fija que los participantes compartan. Estos son conceptos utilizados para referirse a algún animal, vegetal o material determinado (Dworkin 2006, p. 9). Aunque no compartamos los criterios para referirnos al mismo animal, si hay aceptación sobre el objeto al

que nos referimos. Un ejemplo sería el referirnos a un gato; mientras algunos dirán que es un animal de cuatro patas, cola y que maúlla, otros apelarán a su ADN, otros a la especie a la que pertenece, etc. Son diferentes criterios para referirse al mismo objeto; disentimos en los criterios, pero acordamos en su referencia. Esto no sucede en la pena natural, donde los desacuerdos no solo son criteriosales, sino también sobre el fondo de la cuestión: no hay un acuerdo sobre qué es la pena natural, algo que quedó claro en los desarrollos realizados hasta aquí. El hecho de que haya autores que, en sus análisis, entremezclen la pena natural con el delito, da cuenta que no hay una referencia clara a la que se esté apelando con diferentes criterios. Por lo que la pena natural no es un concepto de clase natural.

Descartados estos dos, quedan los conceptos interpretativos caracterizados por ser usados para reflexionar y cuestionarnos nuestras prácticas. La práctica que es necesario que los participantes compartan es, precisamente, la de tratar el concepto como interpretativo. Esto no significa que tengan que converger en la aplicación de un concepto. Pueden compartir un concepto interpretativo, aunque disientan dramáticamente sobre sus ejemplos de aplicación (Dworkin 2006, pp. 10-12). En otras palabras, lo que sucede aquí es que no acordamos las circunstancias de aplicación de los conceptos interpretativos, pero entendemos que su correcta aplicación está determinada por la mejor interpretación de las prácticas en que ella figura (Dworkin 2011, p. 160). De acuerdo con Dworkin, en esta categoría se encuentran los conceptos del derecho, los políticos y los morales. Dado lo considerado previamente en la investigación, es aquí donde debe situarse el concepto de pena natural. Hay una clara aceptación que este concepto es interpretativo porque, tanto jueces como teóricos apelan a una se-

rie de argumentaciones para demostrar por qué la *poena naturalis* es lo que ellos afirman que es.

En cuanto concepto del derecho que, a su vez se encuentra empapado de consideraciones morales y políticas, la pena natural requiere de una interpretación que reconozca su funcionamiento y demuestre que se refiere a una práctica valiosa para la sociedad. Tanto los jueces como los doctrinarios no se limitan a describir *qué* características debe tener un daño o sufrimiento para ser considerado una pena natural, sino que se preocupan por demostrar *por qué* es importante que se tengan en cuentas estas características. De la misma manera, al referirse a la función del juez u órgano decisor, no se limitan a señalar en *qué* normas o fundamentos debe basarse, sino a mostrar *por qué* estas normas permiten su aplicación y *por qué* el juez debe decidir su aplicación. En concreto, la argumentación que llevan adelante estos agentes busca demostrar que la mejor aplicación del concepto de pena natural está determinada por la mejor interpretación de las prácticas en que ella figura y esa interpretación es la que ellos afirman en ese momento.

Para finalizar este capítulo voy a recapitular las conclusiones a las que se llegaron en su desarrollo. En primer lugar, el reconocimiento de la pena natural no depende del aspecto subjetivo del hecho base, es decir, no necesariamente se relaciona con la culpa o el dolo del delito o injusto cometido. Por el contrario, lo que la jurisprudencia y la doctrina marcan como aspecto determinante de la *poena naturalis* es la *proporcionalidad* entre el sufrimiento del acusado y la pena estatal que correspondería aplicar, y el *arrepentimiento* de aquel. Tal como quedó determinado en los apartados anteriores, la pena natural se diferencia del delito y es esta relación la que se debe evaluar. La proporcionalidad permite afirmar que lo importante no es la imprudencia o la

intención del acusado en la comisión del delito, sino si el daño o sufrimiento excede, iguala o es insignificante, en relación a la pena que se le debería imponer. El arrepentimiento, por su parte, abarca una serie de emociones como la reconciliación, el perdón y el remordimiento, que se caracterizan por el reconocimiento del malhechor de haber obrado mal, el pesar por el accionar y la necesidad de aceptarlo, para poder cambiar su carácter, comportamientos o disposiciones actitudinales. Una vez elucidados estos elementos, se pudo determinar que el concepto de pena natural es interpretativo, lo que obliga a construir o pensar una teoría que resulte apropiada para analizar el concepto y sus condiciones de verdad; esta teoría será la concepción comunicativa del castigo propuesta por Antony Duff, la que se abordará en el capítulo siguiente.

| CAPÍTULO 4 |

La *poena naturalis* en el marco de la concepción comunicativa del castigo

El desarrollo realizado hasta el momento permite las siguientes afirmaciones: el concepto de pena natural se refiere a los daños o sufrimientos que recaen sobre un agente, con motivo o en ocasión de haber cometido un delito o injusto. Estos daños son analíticamente diferenciables del delito y entre ellos dos hay una relación de dependencia, en el sentido de que la pena natural solo existe a partir de un delito (o injusto), pero no a la inversa. Al no cancelar la existencia del delito –sino que, por el contrario, la afirma– la pena natural afecta al cumplimiento de la pena, pero no a la responsabilidad por el hecho. Los rasgos prototípicos de su constitución son la proporcionalidad entre el daño recibido y la pena estatal que correspondería aplicar, y el arrepentimiento del acusado. El análisis de estos aspectos permitió concluir que el concepto de pena natural es de tipo interpretativo.

Teniendo en cuenta esto, en este capítulo se continuará trabajando en la etapa interpretativa. Para ello, se comenzará proponiendo una serie de premisas que debería respetar una teoría adecuada para el concepto de pena natural que sea respetuoso del principio de integridad política. La teoría que permite dar cuenta de los rasgos esenciales de la pena natural es la concepción comunicativa del castigo propuesta por Antony Duff. Por esto, se procederá a reconstruir su dimensión liberal y comunitaria, por un lado; y la dimensión comunicativa, por el otro. Por último, se mostrará cómo esta teoría da cuenta

de los tres rasgos elementales de la pena natural: la distinción entre sufrimiento y delito; la proporcionalidad y el arrepentimiento.

El principio de integridad política: premisas para pensar el castigo

La determinación del tipo de concepto que se aborda corresponde al nivel semántico del análisis conceptual. Una vez realizado esto, se debe ingresar al nivel iusfilosófico para construir una teoría que resulte adecuada para analizar las distintas interpretaciones del concepto. Aquí cobra especial relevancia el *principio de integridad política*, según el cual el Estado debe gobernar a través de un conjunto coherente de principios políticos, en beneficio de sus ciudadanos (Dworkin 2006, pp. 10-13). En este punto ingresan una serie de consideraciones políticas y morales a fin de lograr una interpretación completa de la práctica, esto es, hacer que la práctica se inserte en las prácticas establecidas y sea valorada favorablemente por la comunidad política.

Para realizar esto no es necesario explicitar todas las consideraciones políticas y morales que atraviesan al derecho. Lo que se debe fundamentar es el castigo (y el no castigo). Enfocados en la pena natural, corresponde responder la pregunta ¿Cómo se enmarca y por qué es valiosa? En este punto, voy a partir de una serie de presupuestos cuya aceptación es generalizada en el ámbito jurídico y político. No solo eso, sino que también se han constituido en pilares sobre los que se desarrolla la actividad jurídica y, con ello, la red conceptual en donde adquieren sentido los conceptos del derecho.

El primero y más importante es la superioridad normativa de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional¹⁰⁴. Esto significa que las normas estable-

cidas en estos instrumentos no pueden ser contradichas u obviadas por los funcionarios del Estado. De aquí el mecanismo de control de constitucionalidad que ejercen los distintos poderes del Estado, en especial el Poder Judicial, con la declaración de inconstitucionalidad (Ferrajoli 2010, pp. 65-66). En otras palabras, estamos frente a un Estado de Derecho, en el que la Constitución Nacional tiene un papel fundamental.

El segundo acuerdo es el sistema democrático y republicano de gobierno. Esto se encuentra establecido en la constitución de manera expresa¹⁰⁵, y tiene su correlato en los derechos, libertades y garantías que permiten la participación política de los ciudadanos. Además, el sistema republicano de gobierno se encuentra determinado por la división de poderes y competencias que asigna a cada poder una función específica. De manera particular, los teóricos y los jueces parten del sistema democrático y republicano como presupuestos necesarios de sus producciones teóricas y de sus sentencias.

En tercer lugar, existe un amplio y razonado acuerdo acerca de que la mejor reconstrucción del Estado de Derecho en materia penal es a partir de una doctrina liberal, donde se reconoce que la persecución y castigos penales son intrínsecamente malos. Por esta razón, la actividad judicial, las normas legislativas y la actuación de las agencias de seguridad, deben someterse a las normas constitucionales (Ferrajoli 2010, pp. 192-193). Este sometimiento implica una minimización de este poder, a tal punto que es reconocido como la *ultima ratio* del sistema.

Estos son los presupuestos normativos en los que se tiene que insertar el concepto de pena natural que vamos a defender. Ahora bien, este es un concepto que forma parte de la red conceptual jurídica. El enganche con esto es su estatus jurídico, donde se determina qué es la pena natural para el derecho. Antes de llegar a este nivel, es necesario

dar una fundamentación teórica, en el marco de una teoría más o menos amplia, que fundamente los rasgos principales de la pena natural, a saber: la distinción entre delito y sufrimiento, su proporcionalidad y el arrepentimiento del agente. Una postura que los habilita –lo que no significa que sea la única¹⁰⁶– es la *concepción comunicativa del castigo*, propuesta por Antony Duff.

La dimensión liberal y comunitaria de la concepción comunicativa del castigo

La elección por esta teoría no es arbitraria. Tal como se verá en el desarrollo de este capítulo, la concepción comunicativa del castigo da cuenta de los tres rasgos elementales de la pena natural. Los conceptos de proporcionalidad y arrepentimiento se alzan como pilares de esta concepción, toda vez que funcionan como elementos fundamentales para pensar el castigo. Por su parte, las circunstancias personales del acusado y su dolor o sufrimiento que son tenidos en cuenta por los jueces al momento de reconocer una pena natural, son abordadas de manera minuciosa por esta concepción.

La propuesta de Duff es una teoría normativa del derecho penal y procesal penal para sistemas reales. Esto presenta una superación de las teorías netamente abstractas que se construyen sobre presupuestos como la racionalidad o los fines de la pena (retribución, prevención, etc.). El profesor escocés presta atención a los valores morales, observa las prácticas sociales bajo su mejor luz y propone las modificaciones o ajustes necesarios para que sean coherentes con un sistema de valores democráticos y liberales. Esto permite que no sea una teoría particularista, aplicable a un sistema determinado, sino a todos

los sistemas jurídicos existentes en sociedades plurales y democráticas (Roth 2015, p. 15).

Por otro lado –para Duff (2001, pp. xvii-xviii)– buscar *la* justificación del derecho penal (con el castigo y el proceso penal), apelando a teorías unitarias es inadecuado por las diversas complejidades que tiene todo sistema de castigo penal. Para empezar, hay una gran variedad de crímenes y castigos que impide realizar una única justificación racional para todos ellos. Además, el conflicto de valores –que es común en la moral– nos demuestra que no hay un set de valores coherentes que nos permita guiar nuestra vida y encontrar el curso de acción correcto que se deba seguir en cada ocasión¹⁰⁷. Esto también se da en el derecho y en el castigo penal. La propuesta de Duff es que el castigo penal debe comunicar al ofensor la censura que merece por su crimen, que con ella se busca persuadirlo para que se arrepienta de su accionar delictivo, que trate de reformar su carácter y que se reconcilie con la víctima¹⁰⁸. Duff no pretende que los sistemas penales se estructuren de esta forma –sería imposible– sino que esto provea una concepción ideal del castigo penal en nuestro entendimiento normativo del castigo.

Esta teoría se encuentra enmarcada por dos perspectivas diferentes: la liberal y la comunitaria (o democrática).¹⁰⁹ La primera perspectiva se caracteriza por el reconocimiento del estatus moral y los derechos de los agentes individuales como agentes que son o tienen el potencial de ser autónomos; la prohibición de utilizar el castigo penal como una herramienta de reforma del carácter de los individuos para hacerlos moralmente mejores o que el Estado refuerce alguna concepción particular del bien; y que el castigo se guíe y limite al principio del daño y en las acciones externas –no internas, como los motivos y actitudes– de los agentes. En particular, esta perspectiva tiene base

en el contractualismo de corte rawlsiano (Rawls 1971 y 1991), donde los términos del contrato social se encuentran aceptados por todos los ciudadanos sobre bases de deliberación racional; los participantes del contrato son extraños, en el sentido de que conviven con personas que no son cercanas y no se encuentran obligadas (ni se las puede obligar) a intimar con ellas; por último, este contrato define los límites de la relación con el gobierno (Duff 2001, pp. 36-39).

Con respecto al marco comunitarista de la posición de Duff, ésta es una perspectiva que se caracteriza por el uso de una retórica inclusiva que incluye y, en consecuencia, también excluye a sus integrantes. Más precisamente, mientras que genera lazos de pertenencia y de inclusión de los sujetos que son v.g. nacidos en la ciudad de San Luis, excluye a los que no lo son. A su vez, apela o tiene en cuenta una comunidad pequeña, con integrantes cercanos entre sí y donde hay un acuerdo sobre la idea del bien. Sin embargo, esto no impide que se pueda pensar en una *comunidad política liberal*, caracterizada por el respeto de los derechos liberales, la autonomía de los sujetos, el pluralismo de valores, la libertad y la privacidad. Asimismo, los miembros de esta comunidad son, entre sí, extraños relativos; la comunidad no implica intimidad y las personas formamos parte de diversas comunidades (religiosas, culturales, académicas, familiares). Lo que importa aquí es que nos reconozcamos parte de la comunidad política. Somos individuos que vivimos en una comunidad tal que no exige la subordinación de los individuos a la comunidad. Por último, los derechos individuales se encuentran socialmente constituidos (no se puede entender la autonomía en abstracto, sino que debe estar inserta en una sociedad determinada), pero esto no significa que sean bienes colectivos. Como ciudadanos de una comunidad política liberal, deberíamos

preocuparnos por extender a todos los demás la libertad, autonomía y privacidad (Duff 2001, pp. 39-56).

Como se observa, la propuesta teórica del filósofo escocés pertenece al ámbito de la filosofía práctica. Más aún, en esta concepción interesan las acciones que son reconocidas como moralmente incorrectas por la comunidad, porque hay buenas razones (rationales y razonables) para así catalogarlas. Además, esta moralidad no es individual, sino que es pública y, por lo tanto, política. De aquí la importancia de partir de una comunidad política liberal, donde los integrantes sean reconocidos como ciudadanos activos de la comunidad política. En consecuencia, el derecho penal es presentado como un derecho colectivo, es *nuestro*¹¹⁰ derecho penal, porque nos lo imponemos a nosotros mismos y unos a otros, como miembros en pie de igualdad del sistema político. A diferencia de la noción kantiana que pone el foco en el primer sujeto singular (yo), aquí el foco está en el primer sujeto plural (nosotros) (Duff 2015, pp. 29-30).

Un aspecto interesante y fundamental para esta perspectiva es el lugar que tiene la ley penal en el razonamiento práctico de los ciudadanos. Duff deja en claro que la ley no puede ser una razón independiente para actuar. No es válido –en esta propuesta– que alguien afirme “hago esto porque la ley lo ordena”. Por el contrario, el filósofo escocés propone hablar de *observancia* en vez de *obediencia*. La primera requiere de un ciudadano crítico, que buscará comprender y debatir sobre el derecho. El buen ciudadano no es el que cumple la ley porque ella lo ordena. La ley brinda nuevas razones (complementarias) para el actuar moralmente correcto (Duff 2015, pp. 32-33). Para justificar tal distinción, apela al concepto de conductas *mala in se*, caracterizadas por ser conductas incorrectas, independientemente de que sean

delitos tipificados en la ley. Ahora bien, es claro que ellas son producto de los valores compartidos de la sociedad que guían la conducta de los sujetos. Dado esto, puede reflexionarse sobre la relación entre la ley penal y esos valores compartidos; la ley penal no *crea* ofensas, sino que *reconoce* que ciertas conductas son incorrectas en los términos de la comunidad y, por lo tanto, que son públicamente incorrectas (Duff 2001, pp. 59-60). Por su parte, las conductas *mala prohibita* no son simples declaraciones de que una conducta está prohibida por la ley, sino que son determinaciones que complejizan las normas de acción de los ciudadanos y, como tales, deben ser razonables. Por ejemplo, matar a otra persona sin tener una justificación para hacerlo es una *mala in se*; la prohibición de manejar luego de haber bebido bebidas alcohólicas es una *mala prohibita*. La tipificación de los delitos de homicidio, homicidio en ocasión de robo, homicidio culposo e instigación al suicidio son *mala prohibita* porque individualizan conductas que son reconocidas como *mala in se*. En otras palabras, estos delitos surgen de reconocer que matar es incorrecto, por lo que individualizan conductas que son categóricamente incorrectas.

A partir de esto, surge el concepto de crimen como aquellas conductas incorrectas que hacen que un agente sea merecedor de un castigo. Estas conductas son públicas, no porque sean en contra del público, sino porque el público –la comunidad política– se encuentra interesado en ellas. Este interés tiene dos fundamentos: a) primero, porque implica una condena comunal y autoritativa a estas conductas que lejos se encuentran de ser cuestiones de conciencia privada o que solo involucran a sus protagonistas (actor y víctima), sino que la comunidad entera tiene un interés directo en el cumplimiento de la ley y el respeto de los valores; b) estas conductas deben ser juzgadas por la comunidad en un proceso público, en el que las personas que

han obrado mal, rindan cuentas ante la comunidad y sea ésta quién decida cómo responder. De aquí que las conductas incorrectas deben ser categóricamente incorrectas, es decir, que deben ser aquellas con las que los ciudadanos, a lo largo de sus vidas, no esperan encontrarse –obviamente hay riesgos que son esperables, pero para eso están el derecho civil y las compensaciones–. En concreto, la comunidad está interesada porque, si bien hay una víctima directa del delito, es una víctima en cuanto integrante de la comunidad (Duff 2001, pp. 60- 64).

La dimensión comunicativa de la concepción comunicativa del castigo

Teniendo presente estos presupuestos liberales y comunitarios, solo resta abordar la parte comunicativa. Esta se hace presente en toda la obra, desde el momento en que se reconoce que, a diferencia de la expresión, la comunicación necesita de otra persona con quien comunicarnos. Hay dos sujetos que participan activamente en el proceso comunicativo apelando a las razones que mutuamente se dan para comprenderlas y contestarlas. Para que esto suceda la comunicación requiere que se trate a la otra persona como un agente racional (Duff 2001, pp. 79-80).

El derecho penal y el proceso penal en una sociedad liberal son empresas comunicativas dirigidas a los ciudadanos, *qua* agentes morales racionales, en el lenguaje normativo de los valores de la comunidad. El juicio penal es una empresa comunicativa en la que los ciudadanos son llamados a responder y –en su caso– a defenderse de las acusaciones por los delitos que se cree que cometieron. Si ya está condenado, la condena busca comunicarle que su delito ha sido digno de reproche y que se espera que él, como miembro pleno de la comunidad, entienda y acepte que dicha reprobación está justificada (Duff 2001, pp. 80-82).

La capacidad para ser responsable tiene que ver con las razones. La persona responsable es sensible a razones: es capaz de reconocer razones, deliberar sobre ellas y ser guiada (o guiarse) por ellas. En el contexto de la responsabilidad penal, las razones son razones para la acción. El derecho penal se dirige a los ciudadanos como razones autoritativas para actuar, que no suplantán las razones morales, sino que las complementan. Por ello, el agente para ser responsable, debe tener las capacidades requeridas para ello; y debe reconocer que su acción no solo es moralmente incorrecta, sino que es ilegal o tiene como consecuencia un castigo penal (Duff 2015, pp. 103-104). La reflexión del condenado no debe ser que solo quebró la ley (no se busca que se siga la ley por ser la ley), sino que reconozca su conducta como moralmente incorrecta¹¹. Esto, según Duff, solo puede ser logrado a través de un proceso comunicativo.

De esta forma, el castigo puede justificarse como una empresa comunicativa enfocada en el delito ya cometido en el pasado. El castigo comunica la reprobación que es merecida, pero también se enfoca en el futuro, al ser un medio intrínsecamente –y no solo instrumentalmente– necesario (Duff 2001, p. 89). En concreto, con la denuncia se reconoce al que comete un delito como un agente capaz de realizar una deliberación moral; para la víctima, el castigo público vindica su estatus de agente que demanda una respuesta ante el delito; para las potenciales víctimas, esto provee una garantía de que los derechos y valores aceptados son protegidos por la ley penal; para quien comete un delito, el castigo implica censura, un tratamiento duro en orden de asegurarse que la sociedad sepa que no se aceptan los delitos. Esta censura está orientada a la redención del agente; si él acepta el castigo como justificado, demuestra ante la sociedad su sincero arrepentimiento, intenta reparar el daño que ha causa-

do a la víctima, reforma su carácter e intenta reconciliarse con la víctima o con la sociedad (Tasioulas 2003, p. 115).

Esta caracterización del enfoque comunicativo es plenamente coherente con el Estado Liberal de Derecho porque los presupuestos políticos de esta perspectiva se fundamentan en una comunidad política liberal. Esto requiere que los sujetos sean considerados ciudadanos que participan en la vida política del Estado y que se respeten sus derechos individuales a la libertad, a la autonomía y privacidad. Esto permitirá que se reconozcan determinados valores compartidos que aseguren la convivencia bajo estos presupuestos. De aquí que esta perspectiva sea compatible con la superioridad normativa de la Constitución Nacional. Si bien Duff no tiene en mente esto, tampoco lo rechaza. Por el contrario, los participantes de la comunidad jurídica suelen caracterizar a la constitución como el conjunto de las normas fundamentales de convivencia entre los individuos y el Estado, así como la forma en que este último se organiza (sistema federal) y la estructura de gobierno que establece (sistema republicano). Esto se da en el marco de un sistema democrático, lo que permite reconocer el parecido de familia con las teorías contractualistas a la Rawls –que expresamente reconoce Duff como base de su visión liberal– y con la importancia dada a la comunidad política, en cuanto se encuentra compuesta por ciudadanos que acuerdan sobre sus valores fundamentales.

Aceptado esto, queda evaluar cómo los daños que sufre el agente con motivo o en ocasión de la comisión de un delito, la proporcionalidad y el arrepentimiento son entendidos desde esta perspectiva. Luego, en el último capítulo, se determinará cuál es el estatus jurídico de la pena natural.

El concepto de arrepentimiento desde la teoría comunicativa del castigo

Los conceptos de arrepentimiento y proporcionalidad son fundamentales para pensar el castigo como empresa comunicativa. Para Duff (2001, p. 106), el castigo penal es una pena que se impone a una persona por haber cometido un crimen, con la cual se espera que se *arrepienta* de su accionar delictivo, comience a *reformarse* y se *reconcilie* con la víctima. Estos son los objetivos del castigo que –como se observa– se encuentra profundamente vinculado con el arrepentimiento *qua* requisito de aplicación de la *poena naturalis*.

En efecto, para la perspectiva comunicativa, el arrepentimiento es el objetivo interno del castigo. Cuando castigamos a otro por su accionar incorrecto, nuestra intención es que acepte que el castigo está justificado. Al hacerlo, se reconoce y acepta que el acto que dio lugar al castigo, es incorrecto. Además, un reconocimiento auténtico de esto conlleva al arrepentimiento de dicho accionar. Reconozco y me hago cargo (no lo busco negar o presentar excusas) que no debería haber cometido la conducta incorrecta. El arrepentimiento es doloroso porque me obliga a reconocer y admitir (ante otros y ante mí) que actué incorrectamente. Con el objetivo de inducir al arrepentimiento, el castigo tiene como finalidad hacer que los condenados sufran lo que merecen sufrir: el dolor del arrepentimiento (Duff 2001, p. 107).

Ahora bien, ante esto surge la inevitable pregunta sobre por qué deberíamos comunicar el castigo por medio de la prisión y no por otros, como una declaración pública o un castigo simbólico¹¹². La respuesta de Duff es que esto tiene fundamento en el reconocimiento de la falibilidad moral de los seres humanos, por un lado, y en la naturaleza del arrepentimiento, por el otro. Cuando actuó mal, es

muy fácil distraerme de ese hecho apelando a una disculpa inmediata que parezca que estoy arrepentido de hacerlo, cuando en realidad no lo estoy y tampoco reconocí seriamente mi conducta incorrecta. El arrepentimiento, al menos en los delitos más graves, no puede ser inmediato, sino que requiere una reflexión interna más profunda, que el agente ocupe su atención, sus pensamientos y emociones en su accionar por un tiempo considerable (Duff 2001, pp. 107-108).

Como consecuencia del arrepentimiento surge la reforma del carácter. De manera más precisa, aquí corresponde hablar de un compromiso de *autoreforma*, toda vez que un sistema penal liberal no puede ponerse como objetivo el modificar el carácter de los agentes. Si reconozco y me arrepiento de mis acciones incorrectas, entonces debo evitar reiterarlas en el futuro. El castigo tiene como objetivo la reforma del agente, no como un objeto de nuestros deseos acerca de cómo debería ser, sino para persuadirlo de que necesita cambiar. Además, el arrepentimiento no involucra tanto el *cómo* debo cambiar, sino más bien el *qué* debo cambiar (qué tipo de cambio debo hacer en mis actitudes, comportamientos y cómo debo hacerlos) (Duff 2001, pp. 108-109).

Por último, la reconciliación es aquello que el agente arrepentido busca con quien ha dañado con su accionar. A su vez, el objetivo de esto es que el agente siga siendo y sea visto como un ciudadano. La reconciliación necesita, además, un pedido de disculpas; y en algunos delitos más graves, no basta con un pedido verbal, sino que necesita de penitencia punitiva (castigo). Ahora bien, si los castigos penales no son elegidos por el agente, sino que son impuestos ¿cómo puede ser pensada la pena como una disculpa? Parte de la respuesta es que, a diferencia de una disculpa dada en un ámbito privado –donde interesa que sea una disculpa sincera–, la pena es una disculpa más formal

que no necesariamente requiere de sinceridad. Más precisamente, no podemos poner el foco en la sinceridad, sino con que pague la pena de disculpas y reparación (Duff 2001, pp. 109-111).

En el capítulo anterior se afirmó que la reparación del daño y la reconciliación no pueden ser exigencias *sine qua non*, ya que hay delitos cuya reparación es difícil concebir (como la muerte de un ser querido) y porque el mismo concepto de reconciliación tiene un valor deóntico facultativo, es decir, que no es posible obligar a dos agentes a reconciliarse. Esto es reconocido por Duff, quien afirma que el castigo será legítimo si tiene como objetivo –entre otros requisitos, como la proporcionalidad, legalidad y autoridad de quien lo ordena– el arrepentimiento y la reforma del carácter del condenado (Duff 2001, p. 111).

A partir de esta caracterización se puede afirmar que el arrepentimiento, en cuanto requisito de la pena natural, encuentra un marco teórico que le da sustento y, por lo tanto, permite darle valor de verdad y razonabilidad en la red conceptual. Tal como se afirmó en el apartado anterior –citando a Alwynne Smart–, definitivamente no nos resulta igual el caso de un sujeto que cometió un delito y se arrepiente que el caso de un agente que, luego de cometer un delito no acepta su obrar incorrecto y continua su vida sin modificar sus prácticas o su carácter. La perspectiva comunicativa reconoce esta importante distinción y también sostiene que no basta una simple enunciación o un acto inmediato que sirva para ocultar o distraer por esta conducta. Por el contrario, debe ser un arrepentimiento real y aquí es donde surge un fundamento del castigo penal: que el agente ocupe su atención, sus pensamientos y emociones en su accionar, por un considerable tiempo. Como consecuencia del arrepentimiento surge la reforma o autoreforma del carácter. Al reconocer y arrepentirse de las conductas incorrectas, el agente

acepta que debe evitarlas en el futuro modificando su carácter. Con respecto al perdón, si bien no puede ser exigido a la víctima, tiene una importancia fundamental para pensar la finalidad del castigo penal. Como se afirmó antes –citando a Nancy Snow–, si no se logra el perdón interpersonal es necesario que el agente se auto perdone para que pueda mantener su agencia moral (requisito ineludible de toda perspectiva liberal). Este perdón surge de reconocer que la acción incorrecta tiene como causa el carácter personal, comportamientos o disposiciones actitudinales del propio agente que deben modificarse.

A esto debe sumarse un concepto muy cercano al arrepiento: el *remordimiento*. En particular, interesa el sentimiento de culpa que permite el cambio de perspectiva del agente por el de la víctima dañada, del orden vulnerado o de ambos. Si bien esta emoción no se encuentra explicitada por Duff como finalidad del castigo, tampoco es rechazada ni se muestra como rival u opuesta al arrepentimiento. Por el contrario, esta emoción puede reforzar el cumplimiento de la finalidad comunicativa del castigo y, como se ha visto en el análisis de la jurisprudencia, tiene un valor imprescindible para pensar la pena natural.

Daño y sufrimiento del autor del delito, y su relación con el principio de proporcionalidad desde la teoría comunicativa del castigo

El principio de proporcionalidad tiene un lugar fundamental en la teoría comunicativa del castigo. Para empezar, porque tiene un contenido altamente intuitivo que se observa en las reacciones negativas de las personas ante una condena excesiva o insuficiente. Además, es común a toda teoría normativa del castigo que pretenda justificar la

pena. En particular, este principio es intrínseco a toda teoría del castigo que busque comunicar al infractor la reprobación de su accionar, ya que determinará qué tan severa será esta reprobación. La severidad del castigo comunica la severidad de la reprobación: a mayor castigo, mayor reprobación (Duff 2001, p. 132). A su vez, este es un principio categórico de justicia que funciona como un requisito para que el castigo sea justo (Duff 2001, p. 140).

Aunque haya una aceptación general de la importancia de este principio, esto no significa que haya un acuerdo sobre cuál es el contenido de este principio. En efecto, una primera distinción que hay que realizar es entre la proporcionalidad relativa y la absoluta. La primera exige que el castigo a una persona sea proporcional al que se les impuso a otros agentes en circunstancias similares. Condenarlo a una pena más severa es comunicar una reprobación mayor que, para no ser injusta, debe estar justificada. Para encontrar una guía de esta proporcionalidad, hay que apelar al sentido absoluto de proporcionalidad, el cual establece la proporcionalidad de un delito determinado con un castigo determinado. La contraposición con la proporcionalidad relativa es clara: la determinación no es relativa a otros delitos, sino intrínseca a cada delito. Ahora bien, cualquiera que sea la fuerza racional de nuestros razonamientos intuitivos, estos no pueden brindarnos la pena (o escala penal) correcta para cada delito. Solo podemos decir que, en determinados casos la pena impuesta es muy desproporcionada, pero no podríamos afirmar cuándo es absolutamente proporcionada.¹¹³

La segunda cuestión problemática respecto de la proporcionalidad surge de la distinción entre *optimización* y *satisfacción*. Mientras la primera busca el mejor curso de acción, la segunda busca el curso de acción que sea suficientemente bueno o satisfactorio. A partir de esto, se

puede reconocer una visión positiva de la proporcionalidad que busca que los jueces impongan *el* castigo proporcional; y una visión negativa que identifica el rango de castigos posibles que serían satisfactorios (Duff 2001, pp. 138-139).

En tercer lugar, es posible reconocer que, en lo relativo a su aplicación, hay distintas posibilidades de aplicación del principio de proporcionalidad. Más precisamente, se debe responder a la pregunta sobre qué tan estricto y vinculante debe ser. Duff reconoce tres posibilidades¹⁴: a) que sea un principio categórico e irrevocable, que exige que todo castigo sea proporcional y que toda excepción se encuentra prohibida; b) que sea categórico, pero revocable; esto es que todo castigo debe ser proporcional, pero en situaciones excepcionales puede ser dejado de lado por otras consideraciones que justifiquen una condena desproporcionada; o c) pueda ser tratado como una consideración más a tomar en cuenta para la aplicación de la pena, lo cual significaría que la proporcionalidad no tiene un peso mayor que las otras consideraciones, por lo que podría ser dejada de lado (Duff 2001, pp. 139-140).

A partir de esto, corresponde delimitar el concepto teniendo en cuenta los fines de la pena comunicativa. Para empezar, es claro que el principio de proporcionalidad debe ser negativo, en el sentido que no se busca la proporcionalidad del castigo, sino que éste no sea desproporcionado. Tal definición admite un rango de posibilidades razonables en las cuales la sentencia no sea injusta. Por otra parte, este principio debe ser relativamente estricto, tal como sugiere la interpretación “b)” ofrecida por Duff. Dado que no es posible determinar todas las penas de todos los delitos de manera estricta, tampoco es posible especificar qué circunstancias son las que admiten una disminución de la pena. Por esto, tanto la proporcionalidad relativa como

la absoluta podrían encontrar algunas excepciones en casos particulares, como los casos de pena natural lo demuestran. A su vez, este principio prohíbe todo exceso de pena, en el sentido de volverla desproporcionada; este límite infranqueable impide aceptar el punto “c)” del párrafo anterior (Duff 2001, p. 140).

Una vez ofrecida esta lectura del principio de proporcionalidad, es hora de evaluar si ella nos permite iluminar la desproporcionalidad propia la pena natural. En el capítulo anterior, se concluyó que lo determinante para la *poena naturalis* no es que el delito sea culposo, sino que haya una desproporción entre los daños sufridos por el agente –pena natural– y la pena que le correspondería si fuera condenado a cumplirla –pena estatal–. Sin embargo, la caracterización hecha en este apartado se refiere al requisito de justicia que tiene que tener todo castigo para ser considerado legítimo. En otras palabras, la concepción comunicativa se preocupa por la proporcionalidad entre el delito y su pena –ya sea en abstracto o comparado con otras penas impuestas por la misma conducta delictiva–; pero la pena natural no necesariamente ingresa en ese cálculo de proporción. En el capítulo anterior se afirmó que la proporción se evalúa con relación a la pena natural con la pena estatal. De aquí que sea necesario construir una noción de proporcionalidad que sea adecuada para pensar la pena natural.

No hace falta hacer dar una definición o conceptualización determinante de la proporcionalidad para poder afirmar que hay un acuerdo general en que éste es un principio de justicia que permite legitimar los castigos y como tal, se encuentra presenten en las teorías normativas de la pena. Más aún, al posicionarse en su sentido negativo, da un sustento válido a las escalas penales que establecen penas mínimas y máximas. Aquí, el juzgador tiene cierta discrecionalidad

para aplicar la pena, lo que no quita que la pena sea razonable y para ello el juez se sostiene en la proporcionalidad relativa. Más aún, hay un acuerdo generalizado en que la pena máxima establecida en la ley no puede ser superada en una condena.¹¹⁵

Ahora bien, con respecto a su aplicación, la postura por la que se decanta Duff es que sea estrictamente relativa, es decir, que su aplicación no pueda ser obviada, a menos que existan buenas razones para aplicar una pena por debajo de la escala penal o menor a la aplicada a otros casos similares. Si nuestros jueces v-g- condenan a un hombre de treinta años de edad, de clase media, a una pena de quince años de prisión por un homicidio cometido en el marco de una pelea por un accidente de tráfico; se espera que en casos similares se aplique una condena similar, a menos que haya circunstancias que agraven o disminuyan esta pena, como el uso de armas o que haya tenido ayuda de otras personas para cometer el delito. En esto hay acuerdo porque las circunstancias que rodean al hecho delictivo son similares.

Para Duff, entre las excepciones a la proporcionalidad se encuentran los casos de compasión, que –como se abordó en el capítulo 2– configuran la pena natural. Frente a dos casos de homicidio culposos por haber sido cometidos en accidentes de tránsito, puede suceder que uno de ellos sea beneficiado por la pena natural y, de esta manera, que no se aplique pena (dejando de lado la proporcionalidad absoluta y la relativa). Las buenas razones que permitirían este apartamiento es que en el caso se den las circunstancias propias de la pena natural: sufrimiento, desproporción y arrepentimiento. En estos casos no se espera que haya privilegios a determinadas personas, sino que todos los casos que presenten similares circunstancias (sufrimiento, desproporción y arrepentimiento) sean juzgados de manera similar.

Ahora bien, la desproporción –como circunstancia propia de la pena natural– debe ser entre el sufrimiento y la pena que corresponde aplicar. Hasta aquí no es posible dar una respuesta acerca de que esto sea abrazado por la teoría comunicativa. Para hacer esto, es necesario recuperar los presupuestos planteados en los capítulos anteriores. Más precisamente, hay que tener en cuenta que el delito y la pena natural, aunque relacionadas, son dos cuestiones diferentes. Están relacionadas porque, en primer lugar, para la existencia de la pena natural necesariamente debe haber ocurrido un delito o un injusto y, en segundo lugar, en que los sufrimientos y daños constitutivos de la pena natural deben ser significativos, a tal punto que obliguen a tenerlos en cuenta al momento de determinar el castigo penal. Aceptado esto, se puede reconocer que hay tres fenómenos analíticamente diferenciables en alguna vinculación posible entre delito y pena natural: a) el delito o injusto, b) los daños o sufrimientos –pena natural– que tienen su causa en la comisión de este delito, y c) las relaciones que se dan entre estos niveles.

Una vez tomadas en cuenta tales distinciones, es posible justificar cómo la interpretación comunicativista puede dar cuenta de cómo identificar si hay una desproporción significativa entre el sufrimiento del sujeto y la pena legal que correspondería se le aplique. Para ello, voy a distinguir dos niveles del principio de proporcionalidad¹¹⁶: el primero se divide en dos partes, una que se preocupa por el delito y otra que se preocupa por los sufrimientos; el segundo nivel permite comparar y evaluar qué tiene más peso o importancia, si el sufrimiento o la pena.

En la primera parte del primer nivel (delito) las ideas de proporcionalidad relativa (relación entre distintas condenas entre delitos con circunstancias similares) y absoluta (relación entre los delitos y sus penas)

juegan un rol central. El ejemplo de los dos homicidas ilustra la proporcionalidad relativa; por su parte, la proporcionalidad absoluta refiere a que un delito como una lesión leve (que abarca aquellos golpes en el cuerpo que no afecten de manera significativa nuestra salud, como una cachetada o una trompada) tenga una pena mucho menor a la de un homicidio.

En la segunda parte de este primer nivel entran en juego los daños y sufrimientos que tienen *ex post* una clara conexión con el delito. Lo esencial aquí es que estos daños deben ser significativos, en el sentido de que deban ser considerados junto con el juzgamiento del delito. No basta que sea un sufrimiento producto del delito, sino que debe ser de tal magnitud que no pueda ser dejado de lado. Por esto, no ingresan en consideración –para considerarlos pena natural– los padecimientos posteriores como los que se viven en la cárcel o los daños fortuitos como un accidente o el diagnóstico de una enfermedad que no tengan relación con el delito.

El segundo nivel es aquel que abarca las dos partes del nivel anterior. Aquí, la proporcionalidad permite comparar y evaluar qué sufrimiento o pena tiene más peso o importancia: la pena natural o la legal. De esta manera, si la última es menos seria que el sufrimiento, entonces se debe correr el foco del delito y ponerlo en el sufrimiento. Pero hay delitos serios que no pueden dejarse de lado. Aquí es donde entra en juego la mitigación de la pena (Duff 2007, p. 369).

Ahora bien, la comparación que se realiza en este segundo nivel es realizada desde una visión negativa, en el sentido de que lo que no se acepta es la desproporcionalidad por exceso. La medición de esto se realiza en base a la satisfacción y no en la optimización, es decir, se medirá la proporcionalidad en base a una serie de consideraciones razonables, aceptando que no es necesario llegar a la medición determinante.

A su vez, en este nivel se pueden llegar a dos resultados: a) reconocer que los daños o sufrimientos son iguales o mayores que la pena legal, por lo que no corresponde la aplicación de esta última; b) que los sufrimientos sean significativos, pero que no opaquen la pena legal, por lo que corresponde una atenuación de esta última. De esta manera, la decisión sería respetuosa con el principio de proporcionalidad en sus dos niveles.

En concreto, distinguir estos niveles de proporcionalidad permite reconocer cuándo se da la desproporción entre el sufrimiento y la pena legal. Con esto se puede determinar si se está ante una pena natural y, en su caso, cómo impacta en la pena del agente. Puede suceder que el sufrimiento sea mayor que la pena legal, o que, aunque significativo, no opaque la pena legal. De esta manera, las circunstancias que habilitan pensar la pena natural como una excepción razonable a la proporcionalidad relativa y absoluta –en términos comunicativos– son: el sufrimiento del agente, su arrepentimiento y que haya una desproporción entre este sufrimiento y la pena que le correspondería. El sufrimiento del agente ha sido abordado a lo largo del desarrollo de este libro; el arrepentimiento lo fue en el capítulo anterior y, de manera particular, en el apartado anterior; la desproporción, por su parte, es posible determinarla gracias a la distinción de los dos niveles del principio de proporcionalidad.

Como conclusión de este apartado se está en condiciones de afirmar que la proporcionalidad, en cuanto requisito fundamental para la *poena naturalis*, encuentra amparo en la perspectiva comunicativa de la pena. Para ello, se reconstruyó este principio distinguiendo dos niveles. Harina de otro costal es cómo ingresan en el razonamiento práctico legal estas consideraciones sobre el sufrimiento del agente,

su carácter y el contexto en que se produce el delito. Esto será abordado a continuación.

El contexto y el carácter de los agentes desde la teoría comunicativa del castigo

Todavía resta abordar una cuestión problemática. A lo largo de este trabajo se fueron elucidando los rasgos prototípicos de la *poena naturalis*. La existencia de daños o sufrimientos producto de la comisión del delito, el peso significativo de estos en relación a la pena legal y el arrepentimiento del agente acusado, son todos ellos elementos altamente dependientes de las cualidades personales del individuo. Resulta claro, entonces, que para poder determinar estas condiciones se deben tener en cuenta y evaluar el carácter, contexto, estado anímico, sentimientos, conductas, disposiciones actitudinales, etc. del propio agente con posterioridad al hecho delictivo. El problema consiste en que estas cuestiones (aunque sean utilizadas tanto por la defensa del acusado –ya sea para demostrar inocencia o para buscar una disminución del reproche–, como por los jueces para argumentar sus sentencias) se refieren al hecho delictivo, es decir, a la conducta juzgada. En efecto, cuestiones como la intención (o la ausencia de intención) son determinantes para establecer si se está ante un delito culposos o doloso; si el hecho fue premeditado o no, si fue con violencia, odio, venganza, aprovechamiento de la situación de inferioridad de la víctima, etc. cada una de estas determinaciones impactarán en el agravamiento de la pena; por el contrario, si el delito no presenta estas características, si hay un arrepentimiento previo a su consumación total, si el agente no estaba en sus cabales o no gobernaba sus

sentidos por causas ajenas a su persona, etc. serán consideraciones que impacten en la disminución de la pena.

Como ha quedado demostrado en los capítulos anteriores, en los casos de pena natural no basta con probar que se ha cometido un delito, sino que es necesario demostrar que se está ante una pena natural, esto es, un daño o sufrimiento producto de la comisión de este delito. Por esta razón, las pruebas testimoniales sobre el estado anímico del acusado, las periciales psicológicas y médicas sobre su salud física y mental, y los indicios sobre su contexto social y familiar luego de la comisión del delito, se vuelven fundamentales, a tal punto que son las pruebas que habilitan su reconocimiento y, por ende, la disminución o la cancelación de la pena legal.

Ahora bien, semejante preocupación por el carácter y modo de vida del agente parece ser contrario a un derecho penal liberal caracterizado por ser un derecho penal de acto y no un derecho penal de autor. En otras palabras, el derecho penal se debe preocupar por reconocer, perseguir y castigar delitos y no delincuentes. Con esto, parecería que hay una tensión entre el derecho penal liberal, que solo se preocupa por las conductas, y la concepción comunicativa del castigo, que se interesa por el agente.

La salida de esta tensión se encuentra en el “enganche” que tienen estas circunstancias con el hecho delictivo. Es Silva Sánchez quien da luz sobre esta cuestión al afirmar que la *poena naturalis* tiene una función comunicativa en cuanto tiene una vinculación *ex post* con el hecho del agente y no es imprevisible *ex ante* (Silva Sánchez 2018, p. 141). En efecto, estas circunstancias son tenidas en cuenta porque tienen una clara vinculación con el delito. En el capítulo anterior se concluyó que el delito era diferenciable de la pena natural, pero que esta tenía una conexión necesaria con

el primero; no hay pena natural sin delito. Es esa conexión, ese “enganche” la que permite incluirla en el análisis de la sentencia.

Esta respuesta es insuficiente: que haya una conexión necesaria no implica que deba ser tenida en cuenta. Al momento de juzgar un homicidio, que el agente haya o esté sufriendo por su accionar no impacta en la existencia del homicidio; efectivamente, el homicidio ocurrió y el estado anímico del homicida al momento de la sentencia no modifica tal hecho. Esto es así porque, precisamente, cuando hablamos de pena natural, no nos referimos al delito; este existe y hay un responsable. El asunto donde la pena natural ingresa como razón es que el homicida no pueda ser condenado a la pena establecida en la ley. Así, el problema de la pena natural se relaciona con la pena, con el castigo. La pena natural afecta al cumplimiento de la pena, pero no a la responsabilidad por el hecho.

Dado esto, la contradicción con el Estado liberal se muestra como únicamente aparente. La pena natural no afecta al análisis del delito sino a la condena del acusado. Ahora bien, nuestra legislación, juristas y jueces apelan a las condiciones personales del acusado para definir la pena y estos son aspectos fundamentales de la culpabilidad. Los artículos 40¹¹⁷ y 41¹¹⁸ del Código Penal son el marco normativo que obligan a los jueces a tener en cuenta las circunstancias personales del acusado al momento de determinar la pena que le corresponde. Hay un acuerdo generalizado de que estos artículos deben ser interpretados en coherencia con el principio de culpabilidad por el hecho, impidiendo que se juzguen las elecciones de vida de los sujetos. En concreto, Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002, p. 997) afirman que el artículo 41 al ordenar que el juez “deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida

requerida para cada caso”, estaría abarcando los casos de pena natural, ya que, de hacer caso omiso a esto, se estaría aplicando una pena cruel.

Ahora, la evaluación del contexto y del carácter del agente se encuentra amparada por la perspectiva comunicativa de la pena; como se vio previamente, ésta se preocupa especialmente por el carácter del agente y por no invadir su esfera privada, al limitarse a su consideración en el momento de determinar el castigo. Esto no es casual porque las consideraciones personales del acusado permiten evaluar este sufrimiento y compararlo con el castigo legal, para concluir si corresponde la aplicación de la pena legal o no.

Para terminar este capítulo, se puede concluir que la perspectiva comunicativa del castigo da un marco teórico adecuado para pensar la pena natural. Los requisitos de su aplicación son abordados por esta perspectiva y dan sustento teórico a la distinción entre delito y sufrimiento, el arrepentimiento y la proporcionalidad. Todos tienen un papel dentro de una teoría normativa del castigo que permiten darle valor de verdad y, en consecuencia, serán los aportes que permitirán ajustar las prácticas para que sean coherentes con esta.

| CAPÍTULO 5 |

El estatus jurídico de la pena natural

A partir de lo desarrollado en los capítulos anteriores, se puede afirmar que el concepto de pena natural hace referencia a los daños o sufrimientos que recaen sobre el autor de un delito o injusto, que tienen como causa a este último. Estos daños (o sufrimientos) no cancelan el delito, sino que constituyen otra dimensión analíticamente diferenciable. A su vez, deben ser de tal entidad que, de aplicarse la pena establecida en la ley, la condena sería desproporcionada. Además, es necesario que el agente sobre el que recae este daño (o sufrimiento) debe estar arrepentido de su accionar.

Solo resta abordar cuál es el estatus de este concepto en el derecho. Más precisamente, en este capítulo se responderá la pregunta acerca de qué es la pena natural para el derecho. Este abordaje no solo permitirá elucidar cuál es el fundamento normativo de su aplicación, esto es, qué normas habilitan que los jueces puedan reconocer un caso de pena natural y decidir conforme a ella, sino que también dará espacio para defender qué concepción de la pena natural es más valiosa. Por último, se podrá responder acerca de cuál es el valor deóntico que proponen estas normas, es decir, si el reconocimiento de la pena natural (y la consiguiente cancelación o disminución de la pena) es una facultad o una obligación por parte de los jueces.

En el capítulo 2 se distinguieron tres concepciones diferentes sobre el estatus jurídico de la pena natural: la compensación de culpabilidad, la derivación de los principios de legalidad, proporcionalidad y raciona-

lidad, y la clemencia judicial. Las tres tienen defensores y detractores en el ámbito teórico, y también hay jurisprudencia que las acoge. En este capítulo se abordará cada una de estas concepciones a fin de elucidar cuál es la que da mejor luz para justificar la pena natural.

La compensación de culpabilidad

Esta postura tiene como referente a Enrique Bacigalupo (1998, pp. 133-135), quien construye el fundamento normativo de la *poena naturalis* en el principio de culpabilidad, en cuanto principio representado por el adagio *no hay pena sin culpabilidad* o que la pena no puede superar la gravedad de la culpabilidad, es decir que ésta determina los límites de la legitimidad de la pena aplicable al autor del delito. Su fundamentación ética descansa en la prohibición de utilizar a una persona como simple medio. Según Bacigalupo, si la pena fuera utilizada para perseguir fines preventivos, se utilizaría a los sujetos como medios para evitar más delitos.

Con respecto a la pena natural, el autor la ubica dentro de lo que llama *compensación destructiva de la culpabilidad*, que tiene lugar cuando el autor del delito recibe, como consecuencia de la realización del hecho, un mal natural –y no jurídico– que compensa total o parcialmente su culpabilidad (Bacigalupo 1998, pp. 144-146). En otras palabras, para Bacigalupo, la disminución de la pena se debe al menor reproche del autor por el sufrimiento acaecido por la comisión del delito. En este mismo sentido, Choclán Montalvo (1999, pp. 2- 3) afirma que cuando el mal sufrido por el autor del delito es igual o supera a la pena estatal, puede suceder que se imponga una pena desproporcionada y –por lo tanto– violentar el principio de culpabilidad.

Entre las críticas que se han realizado a esta postura, destaca la de Alfonso Ruiz Miguel (2018, pp. 12-13), quien entiende que la compensación destructiva de la culpabilidad y la compensación constructiva de la culpabilidad emplean las nociones de compensación y culpabilidad en distintos sentidos. En el caso de la compensación constructiva se compensa la *reprochabilidad* del autor porque funciona como indicio de una menor maldad en él. En cambio, en la compensación destructiva, no se compensa la reprochabilidad, sino que se *cancela* el daño culpable, el delito en su conjunto, ya que la pena debe ser proporcional no solo a la culpabilidad, sino a la acción misma. De aquí que solo el primer sentido de culpabilidad pueda ser compensado por hechos posteriores.

Ahora bien, aunque la postura de Bacigalupo sea incorrecta, no lo es por los argumentos dados por Ruiz Miguel. Como se dijo en el capítulo 2, el ex magistrado del tribunal supremo español aborda la cuestión de la pena natural como una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal. Si bien esta cuestión –junto con las agravantes– pertenece al ámbito de la individualización de la pena y no de la teoría del delito, esto no es algo que pueda ser determinado tan tajantemente; en efecto, tal como lo reconoce el autor, las circunstancias atenuantes y agravantes “completan *accidentalmente* la descripción típica y, consecuentemente, se rigen por las reglas de la tipicidad en lo referente a la subsunción y a la conexión que debe existir entre el tipo objetivo y subjetivo” (Bacigalupo 2016, p. 596). En otras palabras, estas circunstancias, al estar especificadas en la ley, impactan en la descripción del delito (tipo) y, por lo tanto, en la teoría del delito. Más aún, entre estas circunstancias se encuentran casos como la imputabilidad disminuida y la minoría de edad que

pertenecen al ámbito de la culpabilidad. Estas cuestiones permiten concluir que Bacigalupo no alcanza a realizar una distinción entre pena natural y delito. Para este autor, la pena natural impacta en la reprochabilidad del agente y, por lo tanto, en el monto de la pena que le corresponde.

Como ha quedado demostrado en los capítulos anteriores, el delito y la pena son dos dimensiones diferentes. A su vez, la pena natural se distingue del delito y de la pena legal. En su análisis, Bacigalupo no parte de estos presupuestos y confunde la pena natural como una atenuante que impacta en el tipo penal; otras veces, parece confundirla como una circunstancia que afecta la culpabilidad del agente. Si bien las consecuencias son las mismas (disminución o cancelación de la pena por la menor culpabilidad del agente), tal confusión no logra captar el concepto de pena natural en su totalidad. En efecto, en estos casos estamos frente a un delito (o un injusto en la etapa de investigación). La pena natural no afecta esto. Es más, es necesario que exista un delito. El reconocimiento de la pena natural impacta directamente en la pena, sin modificar aspecto alguno de la teoría del delito.

Por esto es que no se puede afirmar que la compensación destructiva cancele el delito. Tampoco se puede apelar al principio de culpabilidad porque lo que interesa en los casos de pena natural no es el delito, sino el sufrimiento del autor y su proporcionalidad con la pena legal. Si bien es cierto que la culpabilidad permite establecer el monto de la pena correspondiente y que no hay pena sin culpabilidad, esto no es lo que se discute en los casos de *poena naturalis*. En estos casos es claro que se está ante una conducta típica, antijurídica y culpable –o ante un injusto, en los casos de sobreseimiento–, y que corresponde la

aplicación de una condena de v-g- dos años de prisión por la comisión de un homicidio culposo. Sin embargo, esta condena se presenta como injusta; así, es la condena –el monto del castigo– la que se presenta como problemático, no el delito.

Por otro lado, el rechazo de esta postura no es netamente conceptual. Como se adelantó en el capítulo 3, la distinción entre delito y pena natural no solo tiene razón de ser en una distinción analítica, sino que hay buenas razones morales para reconocerlos como fenómenos diferentes que se encuentran relacionados. Más precisamente, que la pena natural tenga una relación de dependencia con el delito tiene fundamento en que reconocemos que el accionar del agente es incorrecto. Ha cometido un delito y es culpable de su comisión. Que como causa de esto haya sufrido una pena natural no se sigue que se perdone su accionar incorrecto. La concepción comunicativa del castigo da cuenta que las acciones tipificadas como delitos son reconocidas públicamente como incorrectas y hay interés en que, ante su comisión, se comunique al ofensor, a la víctima y a la sociedad en general que estas acciones no son permitidas y no pueden ser pasadas por alto. Harina de otro costal es la pena que corresponde ante su comisión. En los casos de pena natural la pena no se aplica –o se aplica en menor medida– porque el agente ya se encuentra sufriendo una pena; la imposición de una pena legal importaría un exceso de castigo que no toleraríamos.

Por estas razones es que la teoría de la compensación de la culpabilidad no puede ser sostenida.¹¹⁹ Por su parte, las teorías que apelan a la aplicación de los principios de legalidad, proporcionalidad y racionalidad, o a la clemencia judicial se muestran mucho más promisorias para fundamentar la *poena naturalis*.

Las emociones de la clemencia, compasión y misericordia

En el capítulo anterior vimos cómo la compasión judicial era planteada por Antony Duff (2001, p. 140) como una de las excepciones permitidas al principio de proporcionalidad. La compasión judicial puede definirse extensionalmente como los casos en los que corresponde aplicar una condena, pero las circunstancias particulares que los rodean obligan a condenar por debajo de esta pena e incluso cancelarla.

Antes de abordar esta perspectiva, deben tenerse en cuenta dos cuestiones. La primera de ellas es que los teóricos anglosajones escriben pensando en el *Common Law*; este presenta características propias que son diferentes del sistema continental, por lo que se hace necesario hacer una reconstrucción que sea válida para este último. La segunda aclaración es que estos teóricos hablan de *mercy*, *compasion* o *leniency*. Todos estos términos comparten un núcleo conceptual, es decir, pertenecen a una familia de conceptos en la que un sujeto A se encuentra motivado a actuar por la mala situación en la que se encuentra un sujeto B.

Con respecto a este último punto, a grandes rasgos es posible caracterizar a la compasión como “una emoción esencialmente altruista, ya que hace referencia a nuestra susceptibilidad frente a la desdicha ajena y al interés concomitante de mitigarla, o cuanto menos, no aumentarla” (Lariguet y Samamé 2017, p. 86). En un sentido semejante, Aristóteles ya la definía como

una pena causada por la presencia de un mal que aparece dañoso o afligente para quien no merece tal suerte, mal que uno mismo o alguno de los suyos teme que podría padecer, y esto, cuando pareciere próximo. Pues, evidentemente, es necesario que quien vaya

a compadecer, sea de tal naturaleza, que piense que puede padecer algún mal, o él mismo, o alguno de los suyos, y un mal idéntico al expresado en la definición, o análogo o casi igual (Retórica 1384b).

La compasión, entonces, es sufrir con otros, en el sentido de reconocer que el otro está en una situación de sufrimiento, en la que yo también podría estar (Snow 1991, p. 197). Martha Nussbaum (2006, pp. 66-68) dirá que la compasión contiene creencias¹²⁰: 1) se requiere de la creencia de que otra persona está sufriendo algo muy grave, 2) que la persona no es totalmente culpable de su situación, 3) que la persona es importante para quien tiene la emoción, 4) la idea de que nosotros somos vulnerables de manera similar y, por último, también requiere de la 5) imaginación empática, donde nos colocamos en el lugar del que está sufriendo. Si bien esta autora niega la necesidad conceptual de 4) y 5), reconoce su fuerza psicológica para lograr que los seres humanos¹²¹ sientan compasión por los demás.

Como afirman Lariguet y Samamé (2017, p. 86):

La compasión envuelve a la vez componentes afectivos y cognitivos: por un lado, la capacidad de *sentir-con* y experimentar el sufrimiento ajeno; por el otro, tanto la *percepción* de la aflicción que aqueja a un semejante y el *deseo* de aliviarlo, cuanto la *creencia* de nuestra idéntica desprotección frente a la mala fortuna.

De esta manera, en términos generales, se puede aceptar que la compasión es una emoción que, frente al sufrimiento de otro (que no es del todo culpable de su situación), busca mitigar o no empeorar su situación, porque el agente compasivo reconoce que puede ser vulnerable de manera similar.

En el capítulo 2, al momento de abordar de esta perspectiva de la pena natural, se citó a Alfonso Ruiz Miguel (2018, p. 2):

La clemencia es una motivación de la gracia bien distinta de la equidad. Entendida en el estricto sentido de compasión, misericordia o piedad, la clemencia induce a moderar o a perdonar a alguien su delito más allá o al margen de las razones de justicia que le hacen merecedor de una determinada pena.

Para el filósofo español, la justificación de la pena natural se encuentra en la compasión más que en la justicia porque en los casos de pena natural, los sujetos experimentamos compasión con respecto a la persona que sufrió un daño, con independencia del castigo estatal. Esta emoción daría cuenta de las distintas situaciones que ingresan en la pena natural y las que no. En sus palabras:

Un argumento adicional que muestra que el reconocimiento de la pena natural puede ser más una manifestación de compasión que de justicia es la que creo que es la actitud común ante infracciones que tienen una pena jurídica meramente simbólica o no especialmente grave (amonestación, multa leve, arresto breve, etc.), que son casos ante los que podemos mantener la compasión hacia el condenado sin que nos parezca injusto que se aplique la pena forense. Pero si cuando la pena estatal se añade completa a la pena natural experimentamos un sentimiento de injusticia, seguramente se debe concebir ese sentimiento como meramente secundario o derivado de nuestra compasión, que sería la razón primaria por la que al menos en algunos casos tendemos a considerar el daño causado como retribuido en parte o en su totalidad (Ruiz Miguel 2018, p. 14).

Teniendo en cuenta esto, surgen tres cuestiones problemáticas. La primera es que de la caracterización de la compasión se comprende por qué los casos de pena natural son un campo fructífero para esta emoción. En efecto, los delitos de imprudencia facilitan –en palabras de Nussbaum– la imaginación empática; en ellos reconocemos que las acciones cometidas fueron hechas “sin querer”, y que nadie está exento de que le suceda algo similar. El problema de esto es que, a la vez que reafirma esto, niega o dificulta su aplicación a los casos de delitos dolosos.

La segunda cuestión problemática se refiere al carácter normativo de la compasión en el derecho penal ¿es una emoción propia del derecho¹²², de los jueces (o demás integrantes del sistema penal) o de las personas que ocupan esos puestos? ¿Es un elemento propio o interno del derecho penal o constituye una intromisión de otra u otras dimensiones? A su vez, surgen cuestiones vinculadas a la delimitación aplicativa de la compasión ¿Es aplicable en los casos que hemos caracterizado como pena natural o también a circunstancias vinculadas al cumplimiento de la pena o la celebración del juicio?; en este caso ¿tienen el mismo fundamento? Estas preguntas no son casuales y han sido abordadas, en parte, por Antony Duff (2011) al tratar la compasión en el derecho penal. Entre los casos que analiza, no ingresan los que nosotros caracterizamos como pena natural, pero sí aquellos vinculados con la celebración del juicio o la modalidad de la condena (da el ejemplo de un acusado que queda viudo al momento de celebrarse el juicio).

La tercera cuestión problemática se encuentra íntimamente vinculada con las dos anteriores y se refiere a que los jueces no pueden justificar sus decisiones apelando a emociones, sino que lo deben ha-

cer en base a normas o principios jurídicos. En este punto es posible encontrar dos respuestas: una de tinte más positivista, en la que Ruiz Miguel (2018, pp. 15-16) propone la positivización de la compasión en normas jurídicas que establezcan criterios para identificar los casos de pena natural y la consecuencia de disminución o cancelación de la pena estatal. De esta manera, dejaría de ser una cuestión de clemencia y pasaría a ingresar al campo de la justicia. Por el otro, una solución más bien integrista –en términos dworkinianos– en la que Lariguet y Samamé (2017, pp. 95-96) proponen un *principio de compasión*, que se encontraría implícito en el derecho argentino por un doble orden de consideraciones: la primera es el marco constitucional que contiene el principio de humanidad de la pena; el segundo es el reconocimiento tanto jurisprudencial como doctrinario de la pena natural.

Si bien las tres cuestiones son problemáticas, no cancelan esta propuesta de inmediato. Que los casos culposos sean un ámbito más propicio para la pena natural es un hecho que ya ha sido reconocido. Esto no significa que no sean aplicables a los delitos dolosos. Como ya se afirmó, el problema es sobre la proporcionalidad entre el sufrimiento y la pena correspondiente, que de ninguna manera limita la posibilidad de que existan situaciones de proporcionalidad en los delitos dolosos. Tampoco implica que la imaginación empática no pueda tener cabida en estos delitos, como dan cuenta los casos analizados en los capítulos anteriores. Más aún, los mismos jueces reconocen en su argumentación que están frente a situaciones fuera de lo común que no pueden pasar por alto. El que puedan significar estas situaciones y poner el foco de su argumentación en ellas, es porque de alguna manera, puede romperse la distancia que existe entre ellos y el acusado, y la compasión es lo que permite esa ruptura.

Los ejemplos que habilitan, como aquellos que niegan la pena natural, permiten reconocer los elementos cognitivos y afectivos de la compasión. Por un lado, el juez puede experimentar el sufrimiento del otro, en cuanto lo reconoce como un sufrimiento importante que debe ser tenido en cuenta en la sentencia y en la mensuración de la pena. Por el otro lado, hay un claro deseo de no empeorar esta situación. De aquí que la mayoría de los jueces apelen a la prohibición de aplicación de penas inhumanas o del doble castigo. En caso de que hicieran caso omiso a esto, estarían castigando en exceso a la persona.

Con respecto al carácter normativo y a la delimitación de aplicación de la compasión, si bien esto es un problema abierto que debería abordarse para poder darle más precisión a este concepto, esto no significa que no pueda utilizarse. Para responder a estos interrogantes se debería realizar una reconstrucción racional que permita elucidar el concepto de compasión en el ámbito del derecho penal. Pero como bien se sabe, el uso de un concepto no significa que se sepa la teoría sobre el concepto. A su vez, que existan diversos ámbitos de aplicación no obstaculiza su utilización. Bien podría ser que la compasión sea el fundamento de la pena natural, de la perforación de los mínimos, de la aplicación de condenas no carcelarias o de la conquista de distintos derechos en el ámbito carcelario, como el uso de celulares.

El problema que no se puede obviar es el tercero. Nada obsta que la compasión sea el fundamento de la pena natural; sin embargo, para que sea el fundamento jurídico de esta, es necesario realizar un paso más. En efecto, la compasión debe estar estipulada en alguna norma que habilite al juez a aplicarla en un caso particular. Parecería que aquí hay una pugna entre dos respuestas: la de Ruiz Miguel y la de La-

riguet y Samamé. Ambas deben ser evaluadas para poder determinar si, en efecto, alguna es el fundamento jurídico de la *poena naturalis*.

Para comenzar, parecería que esta pugna en realidad no es tal. Del desarrollo de ambos trabajos se puede derivar que abordan dimensiones diferentes. Más precisamente, Ruiz Miguel se preocupa por una cuestión previa al fundamento jurídico: el fundamento normativo, esto es qué valor es el que habilita a pensar la pena natural. Harina de otro costal es cómo se materializa – si se me permite el uso de este término – en el derecho. Esto último es lo que intentan responder Lariguet y Samamé. Esto queda claro al observar que Ruiz Miguel apela a la positivización de la emoción en normas jurídicas.

La existencia de un principio jurídico de compasión tiene un buen fundamento. En efecto, los autores lo tratan como una derivación del principio de humanidad y del reconocimiento de la pena natural. El tratarlo como un principio tiene la ventaja de que forme parte del sistema jurídico.¹²³ Los principios funcionan como estándares que deben ser observados porque son una exigencia de la justicia. A su vez, se diferencian de las normas jurídicas en que estas últimas son aplicables de manera disyuntivas (si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que se da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión). Por el contrario, los principios no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. Además, se diferencian de las normas en que, en caso de conflictos entre principios, se resuelve de acuerdo al peso¹²⁴ de cada uno en la situación particular (Dworkin 1978, pp. 22-28).

Ahora bien, el problema se presenta cuando nos preguntamos si el principio de compasión exige que el sistema jurídico sea compasivo o que los jueces sean compasivos en sus sentencias. Alguien podría responder que ambas posturas no son incompatibles. Sin embargo, como veremos, el punto a discutir es que ambas posiciones acarrearán consecuencias diferentes. Si se escoge la primera opción, se estaría posicionando en una postura cercana a Ruiz Miguel y de aquí que sería necesario que esta emoción se vea plasmada en normas. Si se escoge la segunda, se estaría ingresando en un problema más vinculado a la ética judicial. El trabajo de Lariguet y Samamé se encuentra en este campo, pero no por esto se encuentra limitado a él. La conclusión de los autores es que la compasión es una emoción que se materializa en la sentencia a través del principio de compasión¹²⁵.

Aquí no estoy en condiciones de refutar o confirmar dicha afirmación. Para ello, sería necesario un trabajo independiente que no solo determine el alcance conceptual de la compasión, sino también que aborde cómo esta emoción impacta en las sentencias judiciales. Esta es una dimensión de análisis que excede a este libro. En concreto, no estoy desechando esta postura, sino que reconozco que debe ser profundizada para lograr una respuesta más lograda.¹²⁶

Sin embargo, hay un punto en este razonamiento que debe ser tenido en cuenta: la apelación al principio de humanidad de las penas. Si bien los autores lo utilizan para derivar el principio de compasión, bien puede ser pensado de manera aislada o en vinculación con otros principios. Esta parece ser la postura por la que optan autores como Zaffaroni, Alagia, Slokar y Vitale, por lo que corresponde abordarla en el siguiente apartado.

Los principios de proporcionalidad, racionalidad de la pena y humanidad

Como se afirmó en el capítulo 2, Zaffaroni, Alagia y Slokar (2002, p. 996) sostienen que la pena natural tiene fundamento jurídico en el *principio de proporcionalidad entre delito y pena* o *principio de irracionalidad mínima* y el *principio de humanidad*. Esto es así porque imponer una condena estatal sin tener en cuenta el daño que ha sufrido el acusado implicaría un exceso en la pena, una desproporción entre el delito cometido y la condena que le corresponde. Más precisamente, con esto quedaría en evidencia la irracionalidad del poder punitivo que solo busca castigar.

Estos autores tratan a la pena natural en el marco de la teoría del castigo y no en la teoría del delito. Por esta razón, superan la crítica que se hizo con relación a la falta de reconocimiento de la distinción entre delito y pena natural. La pena natural no impacta en los elementos del delito. El autor ha delinquido –o ha cometido un injusto– y eso no se discute, el problema está en cómo impacta este sufrimiento en la pena legal.

Los principios a los que apelan, además, logran abarcar los aspectos determinantes de la pena natural. El principio de proporcionalidad, aplicado a esta situación, prohíbe que el monto de la pena legal no tenga en cuenta los daños y sufrimientos que recaen sobre el acusado. El principio de humanidad, se encuentra profundamente vinculado con el de proporcionalidad al prohibir la aplicación de penas crueles, inhumanas o degradantes. Como ya lo sostuvo Cesare Beccaria (2015, pp. 33-34):

El fin de las penas no es atormentar y afligir un ser sensible ni deshacer un delito ya cometido. [...] El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraher (sic) a los

demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.

Al imponer una pena sin tener en cuenta el daño sufrido –o que está sufriendo– por el acusado, la pena no solo sería desproporcional, sino también inhumana porque aumentaría el dolor sobre el condenado. De esta manera, el castigo penal en una sociedad liberal no busca la pena más dolorosa, sino aquella que logre el arrepentimiento por los medios menos violentos.

Los teóricos del derecho penal son conscientes que la prisión no cumple este último requisito. Las propuestas de medidas alternativas a la prisión son comunes en las producciones de la teoría penal. Sin embargo, también reconocen que la cárcel es una realidad existente. Por esto es que el castigo penal no solo funciona como la *última ratio*, sino que, en caso de aplicarse, debe cumplir los principios de humanidad y proporcionalidad; caso contrario, el Estado estaría actuando de manera irracional.

Otra ventaja que presenta esta postura es que se encuentra presente en la mayoría de las sentencias que aplican la pena natural. En efecto, los jueces al abordar esta cuestión, fundamentan su decisión en los principios de humanidad y proporcionalidad.¹²⁷ Esto no es un dato menor. En el capítulo 1 se describieron y clasificaron las diferentes estrategias legislativas que establecían en qué casos se podía dictar la pena natural. Las diferentes provincias han optado por tratarlo como una cuestión de oportunidad procesal, donde los fiscales o jueces deciden si es conveniente o no continuar el proceso. Sin embargo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, hay un acuerdo sobre la prohibi-

ción de condenar sin tener en cuenta los sufrimientos padecidos por el acusado y las normas que habilitan esto son los principios jurídicos de proporcionalidad, humanidad y de irracionalidad mínima.

Además, el apelar a estos principios no es una cuestión exclusiva de estos autores, ni es contraria a la perspectiva comunicativa. Teóricos como Patricia Ziffer, Gustavo Vitale, Antony Duff y John Tasioulas apelan expresamente a la humanidad de las penas y a la necesidad de que los jueces dicten sentencias que no sean desproporcionadas ni irracionales en orden al fin comunicativo del castigo.

En efecto, Tasioulas (2003, p. 119) describe cuatro casos de aplicación de la compasión, entre los que se encuentran aquellos caracterizados aquí como pena natural. El problema aquí es que la pena establecida en la ley es excesivamente grave. El principio de humanidad impide imponer penas crueles. Para este autor, la compasión sería el *input* que permitiría disminuir la pena para respetar este principio y poder cumplir los objetivos de la perspectiva comunicativa del castigo. Duff (2007, p 370), por su parte, afirma que los casos en que un juez puede ser compasivo son aquellos en los que sería inhumano o cruel insistir con el tipo de castigo que la legislación penal establece.

Un camino diferente, pero no por eso contradictorio, es el que toma Jesús-María Silva Sánchez (2018, p. 161), quien niega que la aplicación de la *poena naturalis* se deba a los principios de humanidad o compasión. Por el contrario, para el profesor español, lo que aquí rige es el principio de proporcionalidad en sentido amplio, esto es, que el Estado no incurra en un exceso en contra del agente sobre el que recaerá el castigo. Sin embargo, esto no importa un desprecio por el principio de humanidad. El autor lo reconoce en aquellos casos en los que sería inhumano condenar a alguien o, hacerle cumplir una pena de cárcel. Los ejemplos en

los que piensa son de acusados que enferman o tienen afecciones de tal gravedad que, en caso de que se encarcele, importaría agravar el sufrimiento (Silva Sánchez 2018, pp. 141-142).

Esto último no es privativo de estos casos. En muchos de los ejemplos abordados en capítulos anteriores, los acusados se encuentran con serios problemas de salud física¹²⁸ o mental¹²⁹, que se agravarían si fuesen condenados a prisión. Además, el principio de humanidad, tal como es afirmado por Zaffaroni, Alagia, Slokar y Vitale, entre otros, no entra en conflicto con el principio de proporcionalidad, sino que ambos se encuentran profundamente vinculados, a tal punto que es posible afirmar que una pena desproporcionada por exceso implica una pena cruel, inhumana o degradante.

Con esto, estamos en posición de afirmar que el estatus jurídico de la pena natural se encuentra en la aplicación de los principios de proporcionalidad, humanidad e irracionalidad mínima. Como se verá a continuación, estos tres se encuentran – explícita e implícitamente – en nuestra constitución, y la conjunción de estos principios da el marco jurídico para reconocer la *poena naturalis* de manera coherente con la perspectiva comunicativa del castigo.

Al poner el foco en la pena y no en el delito, estos principios escapan al falso problema del delito como centro de la *poena naturalis*. A lo largo del desarrollo de este trabajo se demostró que hay dos hechos analíticamente diferenciables: el delito o injusto y los daños o sufrimientos – pena natural. Estos daños o sufrimientos adquieren entidad porque son de tal gravedad que obligan a poner el foco sobre ellos, en vez de sobre la pena legal. El principio de proporcionalidad obliga a que la pena estatal sea proporcional al delito en un sentido amplio, esto es, teniendo en cuenta las circunstancias que lo rodean,

entre ellas, el sufrimiento del acusado. Además, debe ser considerado en términos negativos, en el sentido de que lo que no se acepta es la desproporcionalidad por exceso. La proporcionalidad se establece en base a una serie de consideraciones razonables, aceptando que no es necesario llegar a *la* proporcionalidad justa.

A su vez, estos principios son propios de un Estado Liberal de Derecho en el que se entiende que el castigo penal es intrínsecamente malo y que, por lo tanto, se constituye como la última opción frente a los incumplimientos normativos. Esto obliga a reconocer que, si un sujeto, en primer lugar, no solo ha experimentado un sufrimiento – producto o en ocasión del delito – de tal entidad que debe ser tenido en cuenta al momento de la mensuración de la pena y que, en segundo lugar, se encuentra arrepentido –o en proceso de hacerlo– de acuerdo a la conceptualización realizada anteriormente, sería irracional aplicar una pena sin más.

Esto último implicaría una contrariedad con el fin de la pena, en cuanto comunicación del reproche. Para poder cumplir este fin, se debe tratar a los agentes como miembros plenos de la comunidad política, como sujetos autónomos. Si no se tomaran en cuenta las circunstancias que rodean el delito, solo se los consideraría como objetos de un castigo que solo tiene por finalidad castigar.

Valor normativo de los principios en la aplicación de la pena natural

Aceptado esto, solo queda un problema por abordar y es el vinculado con cuál es el valor normativo de estos principios ¿Son obligatorios o simplemente indicativos para los jueces? En otras palabras, los jueces ¿están obligados a reconocer la pena natural como un fenómeno que impacta en la condena de un culpable? Estas preguntas surgen

de una discusión entre diferentes concepciones que se encuentran presentes en la jurisprudencia. Más precisamente, es común encontrar en las sentencias de los tribunales federales, posturas positivistas que desarrollan argumentaciones en contra del reconocimiento de la pena natural porque la legislación penal no la contempla. Más aún, señalan que las legislaciones que lo hacen, lo limitan a los delitos de imprudencia o con penas mínimas.¹³⁰ Esta postura entra en colisión con la señalada anteriormente que, aunque reconoce la ausencia de normas específicas, fundamenta que la aplicación de la *poena naturalis* se encuentra en principios jurídicos.

Es claro que los principios jurídicos se diferencian de las normas jurídicas en varios sentidos. Mientras estas últimas se aplican de manera disyuntiva, esto es, se aplican o no a los hechos particulares; los principios funcionan como estándares que deben ser observados. De aquí que la formulación de los dos sea diferente. Los principios se establecen de manera amplia, estableciendo derechos que pueden cumplirse de diferentes maneras. El principio de humanidad no dice qué castigo es el correcto, cómo debe llevarse a cabo, quién puede ser castigado; simplemente establece que el castigo no puede ser cruel, inhumano o degradante. Las normas, por su parte, sí lo hacen. En Argentina, la ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad establece minuciosamente cómo debe ser el establecimiento carcelario, cómo debe funcionar, quién puede ingresar, qué requisitos se deben cumplir para poder salir, quién es el encargado de permitir salidas o ampliar los beneficios, etc.

Aunque estas dos características son aceptadas y compartidas, existen un sinnúmero de discusiones abiertas en torno a una clara conceptualización de los principios y qué es lo que los diferencia de las

normas jurídicas. Una de estas se refiere a dónde se encuentran establecidos estos principios.¹³¹ En el caso particular que nos toca abordar, no todos los principios que reconocen la pena natural se encuentran explícitos en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. Solo el principio de humanidad encuentra un desarrollo específico en estos instrumentos, al prohibir penas crueles, inhumanas o degradantes.

El artículo 18 de la Constitución Nacional expresamente dice:

Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.

En el mismo sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹³², la Declaración Universal de Derechos Humanos¹³³ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³⁴ establecen expresamente el principio de humanidad de las penas. Más aún, entre estos instrumentos de jerarquía constitucional, se encuentra la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes que se encarga de abordar este principio de manera específica.

El principio de irracionalidad mínima, por su parte, se encuentra implícito y requiere una reconstrucción a la luz de los artículos 1¹³⁵ y 33¹³⁶ de la Constitución Nacional. Ambos apelan a la forma de republicana de gobierno. Sin ingresar a los debates en torno a la mejor reconstrucción de este tipo de gobierno, es posible afirmar que hay un

acuerdo mayoritario en que los actos de gobierno deben sustentarse en buenas razones y, como tales, no basar las acciones políticas en fundamentos irracionales o irrazonables. De esta manera, una condena que imponga un castigo sin reparar en la pena natural que se encuentra sufriendo el agente, sería irracional ya que implicaría un castigo que solo busca castigar, sin importar si existe una desproporción entre la condena legal y el sufrimiento.

A su vez, el principio de proporcionalidad también se encuentra implícito en el sistema jurídico y surge del juego de varios principios, entre ellos, los dos nombrados anteriormente. Para Gustavo Vitale (1998, p. 76), la proporcionalidad “surge de los principios de igualdad ante la ley, de racionalidad, de razonabilidad y de culpabilidad por el hecho”. Teniendo en cuenta estos principios y los instrumentos donde se encuentran plasmados, Vitale (1998, pp. 115-117) afirmará que su aplicación no es una opción para los jueces, sino que es obligatorio. En otras palabras, no es necesaria la existencia de una norma que reconozca de manera expresa la pena natural, sino que su aplicación se deriva de una serie de principios jurídicos.

Ahora bien, una crítica en contra de esto es que los principios al no funcionar como normas, tampoco las pueden suplir, por lo que sería un exceso de atribuciones pedirles a los jueces que determinen cuándo estos principios habilitan la disminución de una condena por la pena natural. Sin embargo, no necesariamente debe suceder esto. Como se ha demostrado en el capítulo 3, hay una serie de elementos compartidos por la práctica (existencia de daños o sufrimientos producto de la comisión del delito, desproporción entre estos y la pena legal, y arrepentimiento del acusado) que permiten elucidar que se está ante un caso de pena natural. Para hacer esto, es necesario que el juez

aborde las circunstancias que rodean el caso. Esto no es una opción, sino una exigencia que se encuentra establecida en los artículos 40 y 41 del Código Penal. Estas normas obligan al juez a que tome conocimiento del delito, la víctima y las circunstancias del delito.

Más aún, estas normas al referirse a la determinación de la pena, se deben interpretar bajo la luz de los principios nombrados (humanidad, irracionalidad mínima y proporcionalidad), lo que permite reconocer las circunstancias que habilitan el reconocimiento de la *poena naturalis* y, en su caso, disminuir o cancelar la condena.

Por otro lado, si la aplicación o reconocimiento de la pena natural fuera facultativo –en el sentido de que, dadas estas circunstancias, se condene sin más– podría suceder que hechos similares tengan condenas diferentes. Si frente a un caso de accidente automovilístico, donde el acusado es el responsable de haber causado la muerte de un ser querido y las pruebas dan cuenta de un profundo sufrimiento y arrepentimiento del agente, no podríamos aceptar que en uno se cancele la pena y en otro haya una pena de prisión efectiva. Esto sería una abierta violación al principio de igualdad ante la ley. Por esta razón, el reconocimiento de la pena natural se deriva de los principios de proporcionalidad entre delito y pena o de irracionalidad mínima y de humanidad. A su vez, los arts. 40 y 41 del Código Penal obligan a los jueces a reconocer los rasgos prototípicos de la pena natural. No se puede negar la obligatoriedad de estos principios y normas, como tampoco el reconocimiento de la pena natural, una vez acreditada la existencia de sus elementos constitutivos. De aquí que una sentencia que alegue la falta de normas específicas en la legislación o se limite a los casos establecidos en los códigos procesales, sería a todas luces injusta ya que implicaría una clara violación a estas normas y principios.

| CONCLUSIONES |

Ajustes de la etapa postinterpretativa

Teniendo en cuenta la metodología hermenéutica dworkiniana, se utilizará este espacio para explicitar el concepto de pena natural que surge a partir del análisis desarrollado en los capítulos anteriores. Luego, considerando el paquete propuesto por las aportaciones legislativas, jurisprudenciales, doctrinarias y filosóficas a fin de proyectar la mejor luz posible sobre la noción de pena natural en nuestro sistema jurídico, propondré los ajustes correspondientes a la etapa postinterpretativa del constructivismo semántico.

Concepto de pena natural

El objetivo principal que guio este trabajo es la reconstrucción racional del concepto de pena natural en la doctrina y la jurisprudencia. Para ello, se identificaron las diferentes definiciones –e implicancias– de pena natural en la dogmática penal y su aplicación en la jurisprudencia; se clasificaron las diferentes estrategias legislativas para abordar los casos de pena natural; se esclarecieron los elementos esenciales que comparten los casos de pena natural; por último, se elucidó el estatus jurídico de la pena natural.

Cumplidos estos pasos, se puede afirmar que el concepto de pena natural hace referencia a los daños y sufrimientos que recaen sobre el autor de un delito o injusto, que tienen como causa a este último. Estos daños (o sufrimientos) no cancelan el delito, sino que constituyen otra dimensión analíticamente diferenciable. A su vez, deben ser

de tal entidad que, de aplicarse la pena establecida en la ley, la condena sería desproporcionada. Es necesario que el agente sobre el que recae este daño (o sufrimiento) debe estar arrepentido de su accionar. El reconocimiento de los elementos esenciales de la pena natural se encuentra en los arts. 40 y 41 del Código Penal, mientras que su fundamento normativo descansa en los principios de proporcionalidad entre delito y pena o principio de irracionalidad mínima y el principio de humanidad.

1. De este concepto, la primera conclusión que se puede extraer es que el concepto de pena natural se refiere al daño o sufrimiento que recae sobre una persona.
2. Este daño puede ser de naturaleza física, aflictiva o de otra entidad, siempre que se acrediten la concurrencia de los requisitos 3, 7 y 8.
3. El injusto o delito es diferenciable analíticamente de la pena natural.
4. Ambos están relacionados de manera dependiente, en el sentido de que la pena natural solo existe a partir de un delito, pero no a la inversa. Más precisamente, tiene una función comunicativa en cuanto tiene una vinculación *ex post* con el hecho del agente y no es imprevisible *ex ante*. Esto permite descartar aquellos daños o sufrimientos que sobrevienen con posterioridad a la comisión del delito, pero que no tienen una causalidad directa. Ejemplos como el acusado que enferma gravemente o que sufre la muerte de un ser querido, si bien pueden ser pensados como causales para suspender el juicio, modificar el tipo de condena u obtener ciertos beneficios como salidas transitorias, no constituyen una pena natural.
5. La pena natural afecta al cumplimiento de la pena, pero no a la responsabilidad por el hecho. De aquí que el agente sea respon-

sable y, por lo tanto, culpable del delito por el que se lo acusa. Pero al estar sufriendo una pena natural, corresponde una disminución o eximición de pena.

6. El reconocimiento de la pena natural no depende del aspecto subjetivo del hecho base, es decir, no necesariamente se relaciona con la culpa o el dolo del delito o injusto cometido.
7. Lo que es determinante para el reconocimiento de la pena natural es la *proporcionalidad* entre el sufrimiento del acusado y la pena estatal que correspondería aplicar.

Este principio no busca la proporcionalidad del castigo, sino que no sea desproporcionado. Esto admite un rango de posibilidades razonables en las que la sentencia no sea injusta. Además, este principio tiene como límite infranqueable la prohibición de desproporcionalidad por exceso.

Este principio funciona en dos niveles. En el primero, la proporcionalidad relativa (entre condenas) y la absoluta (en la legislación) de la pena legal juegan un rol primordial, así como el hecho de que los daños que recaen sobre el agente (pena natural) sean significativos. En el segundo nivel se compara y evalúa la pena natural con la pena legal. Si la primera es igual o mayor que la última, entonces no corresponde imposición de pena; si, por el contrario, la pena natural no logra opacar a la legal, corresponde una atenuación de esta última.

8. El otro aspecto determinante es el *arrepentimiento* del acusado. Esto abarca una serie de emociones como la reconciliación, el perdón y el remordimiento, que se caracterizan por el reconocimiento de haber obrado mal, el pesar por el accionar y

la necesidad de aceptarlo para poder cambiar el carácter, los comportamientos o disposiciones actitudinales, y que, de esta manera, la pena estatal se muestre como inservible o ajena al cumplimiento de sus fines.

Este requisito, junto con el anterior, debe encontrarse probado en el proceso.

9. Los artículos 40 y 41 del Código Penal constituyen el marco normativo que obligan a los jueces a tener en cuenta las circunstancias personales del acusado al momento de determinar la pena que le corresponde y, con ellos, poder determinar si se está ante un caso de pena natural.
10. A su vez, los principios de proporcionalidad entre delito y pena o principio de irracionalidad mínima y el principio de humanidad son el fundamento normativo de la pena natural.
11. De aquí que el estatus jurídico de la pena natural se encuentre en el ámbito de la teoría del castigo, determinado por la aplicación de la normativa nombrada.
12. Por último, una vez acreditada la desproporcionalidad y el arrepentimiento, se puede afirmar que se está frente a un caso de pena natural, por lo que corresponde su reconocimiento y una decisión conforme a los principios normativos nombrados.

Ajustes propuestos a la práctica doctrinaria y jurisprudencial

En este libro –principalmente en los capítulos 1 y 2– se observó que el reconocimiento y aplicación de la pena natural no se encuentra unificada en una sola concepción. En los capítulos 4 y 5 se justificaron los elementos principales de este fenómeno, por lo que corresponde

realizar el ajuste de la práctica, esto es, demostrar que la pena natural debe moldearse sobre la base de la mejor concepción posible del concepto. Debo aclarar que, dado que ubico esta etapa en las conclusiones, el desarrollo que propondré a continuación será más bien esquemático.

Para empezar, el aspecto sobre el que mayores desacuerdos existen en torno al reconocimiento o aplicación de la pena natural es el vinculado a la diferencia entre delito (o injusto) y pena natural. Como se observó en el desarrollo de este trabajo, hay jueces, teóricos y códigos procesales que, al momento de abordar la pena natural, lo hacen entremezclando el análisis con el delito. Esto lleva a que se denieguen casos de pena natural en delitos dolosos o con penas de más de uno, dos o tres años de prisión.

Si bien la limitación que establecen los códigos procesales es en función de políticas legislativas o razones de índole pragmático a fin de facilitar la aplicación de la pena natural y limitar la discrecionalidad judicial; muchos jueces apelan a estas limitaciones para denegar la existencia de pena natural en casos en los que efectivamente se ven acreditados sus elementos constitutivos.

Por otra parte, los teóricos en sus producciones académicas y los jueces a través de sus sentencias, al entremezclar el delito y la pena natural, llegan a consecuencias injustas en dos sentidos: al desconocer el sufrimiento del acusado al momento de dictar la condena; y al no condenar a un agente culpable del delito por el que se lo acusa. La distinción entre delito y pena natural permite que el agente sea declarado culpable del delito que cometió y, a su vez, reconocer que no puede ser condenado a la pena establecida en la ley porque sería

violatorio de los principios de proporcionalidad, irracionalidad mínima y de humanidad.

Ajustar la práctica a esta distinción permite iluminar bajo la mejor luz moral los casos de pena natural. Por un lado, se condena una conducta incorrecta y tipificada penalmente como un delito, comunicando el reproche y sus consecuencias al condenado, a la víctima y a la sociedad. Por otro lado, esta condena no se limita a un análisis esquemático y mecánico de la conducta delictual desplegada, sino que reconoce diversas circunstancias, entre las que se encuentra el sufrimiento de una pena natural. Esto permite que el castigo que se imponga al agente no sea excesivo y, por lo tanto, desproporcionado.

Vinculado con lo anterior, el concepto de proporcionalidad entre el mal que recae sobre el agente (pena natural) y la pena legal que le correspondería por el delito que cometió, debe ser el primer elemento que habilite pensar en una eximición o disminución de la pena legal. Para ello, el cálculo que se debe realizar es que, si la pena natural es igual o mayor que la pena legal, entonces corresponde la eximición de esta última; si es significativa, pero no opaca a la pena legal, entonces se debe disminuir a esta última para que no se aplique una pena desproporcionada y, por lo tanto, irracional.

Es este el cálculo que se debe realizar al momento de evaluar si se está ante una pena natural que afecta el monto del castigo legal. Todo análisis vinculado al tipo de delito que se cometió, si es doloso o culposo, si se encuentra legislado en la normativa procesal o de fondo (Código Penal o alguna ley específica) aunque puedan estar relacionadas con la proporcionalidad, no son determinantes. Para poder conocer si está ante un caso de pena natural, la pena legal que corresponda

aplicar debe mostrarse desproporcionada con relación a la conducta delictiva cometida, teniendo en cuenta todas sus circunstancias.

De esta manera, el fenómeno de la pena natural no solo se limita a una delimitación conceptual a la que los jueces y doctrinarios se deben adecuar, sino que, bajo su mejor luz, la *poena naturalis* permite aplicar castigos proporcionados a la conducta delictiva desplegada. Más precisamente, si se desconociera la existencia de la pena natural, se estarían legitimando castigos excesivos sobre los ciudadanos que implicarían violaciones directas sobre su autonomía y un uso ilegítimo del castigo, toda vez que se castigaría por el solo hecho de castigar y no para cumplir las finalidades de un derecho penal democrático (la comunicación de que la conducta cometida es incorrecta).

El segundo elemento habilitante de la pena natural es el *arrepentimiento* del acusado. Como se desarrolló en los capítulos 3 y 4, no nos resulta igual el acusado que se encuentra arrepentido que el que se muestra orgulloso o niega que su conducta delictiva sea incorrecta. Algunos jueces al momento de dictar sentencia dan cuenta del sufrimiento del acusado y el profundo arrepentimiento por su conducta. De esta manera, al momento de reconocer una pena natural, es necesario que se encuentre acreditado no solo el dolor o sufrimiento, sino que el agente se reconozca culpable del delito que cometió y sienta pesar por su accionar. Con esto, podrá cambiar (o comenzará a hacerlo) su carácter, sus comportamientos o sus disposiciones actitudinales.

La doctrina es reacia a considerar este elemento y algunos jueces se limitan a analizar la proporcionalidad entre pena natural y delito. Sin embargo, tenemos buenas razones para afirmar que, bajo su mejor luz moral, la pena natural requiere del arrepentimiento del agente. Precisamente, el arrepentimiento es un aspecto esencial de la pena natural

porque habilita que no solo se tenga en cuenta la desproporcionalidad del castigo, sino también su poca o nula posibilidad para lograr el cumplimiento de sus fines, entre los que figura el arrepentimiento del culpable –no se puede arrepentir quien ya se encuentra arrepentido.

Al reconocer que la conducta desplegada ha sido incorrecta, pero que no es pasible de un castigo legal (o un castigo legal completo) no nos limitamos a afirmar que esto último obedece a la desproporcionalidad, sino que reconocemos al sufrimiento del agente como parte de su pena. Efectivamente, la finalidad de la pena es que el agente se arrepienta y modifique su carácter, reconciliándose –cuando es posible– con la víctima y la sociedad. Al estar frente a un condenado que ha sufrido una pena natural y se muestra profundamente arrepentido, debo reconocer que ha cumplido –o se encuentra cumpliendo– una condena.

Por esta razón, la práctica jurídica que se adecúe a esta concepción de la pena natural, no solo busca respetar la proporcionalidad entre la conducta desplegada y la pena legal, sino también la racionalidad de las decisiones de los tribunales, en cuanto órganos de gobierno de un Estado democrático.

Por último, al momento de fundamentar legal y normativamente la eximición o disminución de pena por aplicación de la pena natural, la mejor concepción es la que apela a los principios jurídicos de proporcionalidad entre delito y pena, de irracionalidad mínima y de humanidad, porque son los que se enfocan en la pena (y no en el delito) y habilitan que los jueces impongan la pena correcta para el caso particular.

De estos principios, solo el de humanidad se encuentra explícito en nuestro ordenamiento jurídico. Por su parte, el principio de proporcionalidad se encuentra implícito en los artículos 1 y 33 de la Constitución Nacional, que se refieren a la forma de republicana de gobierno.

Los actos de gobierno deben sustentarse en buenas razones y, como tales, no basar las acciones políticas en fundamentos irracionales o irrazonables. A su vez, el principio de proporcionalidad, también se encuentra implícito en el sistema jurídico y surge de los principios de igualdad ante la ley, de racionalidad, de razonabilidad y de culpabilidad por el hecho. El juego de estos principios habilita a reconocer los casos de pena natural y llegar a una solución justa y coherente con los demás principios constitucionales del sistema jurídico argentino.

¹Este término surge de la conocida caracterización de Carlos Nino sobre la tarea de los juristas en los países del continente europeo y en Latinoamérica (contrario a la de los estudiosos del *common law*). Estos –según Nino– parten de una aceptación dogmática del derecho positivo, para realizar interpretaciones de las normas, de tal manera que sus aportes buscan encajar en ciertos ideales racionales y axiológicos, para que las soluciones interpretativas que ofrecen se vean como derivadas del derecho positivo y no como modificaciones a él. Para esta tarea se sostienen en una serie de premisas, tales como sostener la racionalidad del legislador, la completitud del derecho, etc. (Nino 2003: 321-338).

² Este es uno de los puntos cruciales de la teoría dworkiniana, y que le permiten nombrarla *el derecho como integridad*. Esta propuesta constituye el caballito de batalla de este autor en contra de lo que él mismo llama positivismo semántico, en referencia al positivismo de Hart.

La propuesta dworkiniana no está exenta de serias críticas y discusiones. Sin embargo, en el tema que nos concierne, permite abordar los desacuerdos conceptuales apelando un criterio valorativo que justifique las prácticas. Como se verá, tanto la jurisprudencia como la doctrina, apelan –ya sea explícita o implícitamente– a valores que justifiquen las conclusiones a las que llegan. De esta manera, esta teoría logra integrar la dimensión ética con la jurídica y la política. La pena natural encuentra aristas en las tres dimensiones, toda vez que

las respuestas netamente jurídicas (en el sentido de normas estipuladas por instrumentos establecidos por las instituciones estatales pertinentes) no son suficientes para elucidar el concepto de la pena natural. Aquí entran consideraciones éticas que los mismos jueces reconocen y las hacen explícitas al remontarse a los principios jurídicos para la solución de los casos; y cuestiones políticas que obligan a los jueces a decidir de acuerdo a valores políticos compartidos por la sociedad de la que forman parte.

³Soy plenamente consciente de que estos pocos párrafos no pueden ser pensados como una fundamentación adecuada acerca de por qué es válido optar por esta teoría y no por cualquier otra que responda a premisas liberales y democráticas. Sin embargo, éste no es el lugar para hacerlo, aquí solo pretendo dar una introducción, una invitación a la lectura adelantando ciertos puntos esenciales que se abordarán. Al momento de abordar específicamente la concepción comunicativa, daré los argumentos que me permiten apoyarme en ella para elucidar el concepto de pena natural.

⁴Sobre este punto es interesante recalcar que, si bien hay una discusión abierta sobre este punto entre Dworkin y Sunstein, ambos admiten que sus posturas no se encuentran tan alejadas una de la otra. Ver Sunstein, et al 2001 y Dworkin 2006: 24-25.

⁵Debe aclararse que esto no significa que el derecho sea moral o que la moral y el derecho pertenezcan a la misma dimensión. Estos son problemas independientes del planteo dworkiniano. La idea de esta tesis es que tanto el razonamiento moral como el jurídico presentan una estructura semejante. (Seleme 2016: 168).

⁶Este punto es sumamente problemático en el ámbito de la filosofía del lenguaje y de la mente. Estamos frente a una situación clave para

entender o construir los presupuestos del razonamiento práctico. Sin ánimo de profundizar esta cuestión aquí, voy a limitarme a señalar el posicionamiento que va guiar este libro. Tal como afirma Donald Davidson, los pensamientos con contenido proposicional tienen propiedades lógicas: ellos implican y están implicados por otros pensamientos. Nuestros pensamientos o actitudes no siempre reflejan estas propiedades, pero al ser una parte del pensamiento, impide que estos sean totalmente incoherentes. El principio de caridad expresa que, si no hay coherencia en una mente, no hay pensamientos, y si el intérprete no comprende el pensamiento del emisor, entonces debe descubrir un grado suficiente de coherencia para identificar estos pensamientos. En otras palabras, es un hecho que nuestra estructura mental contiene un sinnúmero de creencias que sabemos incorrectas, incoherentes o contradictorias. Sin embargo, no son plenamente incoherentes. Ideamos formas y estrategias para volverlas coherentes. Ahora bien, al reflexionar sobre nuestras prácticas y juicios v-g- morales, explicitamos y problematizamos nuestras creencias, por lo que la conclusión a la que lleguemos debe descubrir estas contradicciones y lograr un pensamiento coherente. (Davidson 1999: 242-243).

⁷ Juzgado de Garantías N 8 de Lomas de Zamora, “G. s/Homicidio Agravado por el Vínculo”, 30 diciembre de 2011; Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Criminal y Correccional Federal, “Bianchi Suárez s/ Sobreseimiento”, 1° de febrero de 2012; Juzgado en lo Correccional N° 3 del Departamento Judicial Quilmes, “Causa N° 992/2015 (registrada en la Secretaría única de este Juzgado bajo el N° J-0007259), seguida a Silvia Beatriz Espínola por el presunto delito de homicidio culposo”, 11 de febrero de 2016; y Juzgado Correccional N° 1 de Bahía Blanca, “Paredes Roberto Marcial S/ homicidio culposo agravado”, 31 de agosto de 2015.

⁸Utilizo este concepto para referirnos a aquellas acciones típicas y antijurídicas, es decir a las conductas que están establecidas en la ley penal como merecedoras de pena (tipos delictivos) y que no estén permitidas por el ordenamiento jurídico (al contrario de la legítima defensa o el estado de necesidad justificante, donde el derecho expresamente permite que cometamos una acción típica). Dejamos fuera el requisito de culpabilidad porque, como se verá más adelante, es un presupuesto de gran importancia para pensar la pena natural.

⁹El artículo 164 del Código Penal, referido al delito de robo, dice “Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad”

¹⁰Como se verá más adelante, este aporte es crucial para elucidar el concepto de pena natural, ya que no sólo distingue entre delito y el sufrimiento, sino que reconoce que el foco de la imputación subjetiva no se debe poner en el delito, sino en el sufrimiento. De esta manera, descubre una posible solución y respuesta al problema de que si la pena natural solo se acepta en los delitos dolosos.

¹¹Esto es así porque el autor reconoce que la pena estatal puede tener un contenido de daño, de dolor, sobre el condenado. Si esto es así, entonces tal vez no sea válido compensar o ponderar los daños y el juez deba condenar en la pena establecida por la ley.

¹² Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Criminal y Correccional Federal, “Bianchi Suárez s/Sobreseimiento”, 1° de febrero de 2012

¹³Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, “Sentencia N° 144 T° 1 F° 247/249 en el Legajo Judicial CUIJ N° 21-06002324-4”, 26 de mayo de 2014.

¹⁴Es una decisión judicial que establece que no hay razones suficientes para que el acusado llegue a la etapa de un juicio donde se declare su responsabilidad. Más adelante se profundizará este concepto.

¹⁵Se decidió condenar al acusado a trece meses de prisión, perforando la pena mínima de dieciocho meses que establece la ley por el delito de tentativa de robo con arma de fuego (art. 166, inc. 2, pár. 3).

¹⁶No es mi intención dar una definición de aflicción ni intentar elucidar o reconstruir este concepto, pues exigiría un trabajo independiente que excede por demás al presente. En este trabajo, cuando hable de aflicción me refiero al profundo sentimiento de tristeza, pena, dolor o sufrimiento que recae sobre el agente, producto de reconocerse responsable del daño o sufrimiento de una persona allegada o cercana a él.

¹⁷Bobadilla 2016, p. 553 y Coscia 2000, entre otros.

¹⁸Así lo hacen el Código Procesal Penal de Chubut en su art. 44 inc. 2; el Código Procesal Penal de Córdoba en su art. 13bis inc. 3; el Código Procesal Penal de Río Negro en su art. 96 inc. 3; el Código Procesal Penal de Chubut en su art. 44 inc. 2 y el Código Procesal Penal de Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su art. 199 inc. i.

¹⁹Juzgado Correccional N° 1 de Bahía Blanca, “Paredes Roberto Marcial S/ homicidio culposo agravado”, 31 de agosto de 2015.

²⁰Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, “Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas”, 5 de mayo de 2011.

²¹Voto de los jueces Gustavo M. Hornos y Mariano González Palazzo en la causa “Carrasco, Jaime Sandro s/recurso de casación” de la Cámara Nacional de Casación Penal - Sala IV, Ciudad de Buenos Aires, 5 de mayo de 2010.

²²Con esto me refiero a un concepto de responsabilidad amplio y no específicamente técnico jurídico. En este sentido, Antony Duff plantea que los sujetos responsables son aquellos que pueden responder a razones morales establecidas en el derecho penal. Esto es, no obedecer por obedecer las normas, sino tener razones para guiarse por ella. Estas razones son morales porque se vinculan con lo correcto e incorrecto. De ninguna manera esto significa que toda razón individual sea válida, por el contrario, debe superar el proceso de argumentación racional. A su vez, la responsabilidad es por las acciones intencionales, aunque dependan de la suerte, y las acciones imprudentes o negligentes. Ver Duff 2015, pp. 97-129.

²³Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 15 de la Capital Federal “Causa n° 40124/2018 (5895)”, 27 de septiembre de 2018.

²⁴También existe la justicia federal y cuenta con su propio código procesal. La justicia federal tiene competencia de excepción, es decir, se limita a ciertos delitos expresamente calificados de federales. Por esto, la competencia provincial es la que abarca a la mayoría de los delitos tipificados.

²⁵Artículo 96 - Criterios de Oportunidad. Se podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, previo requerir la opinión de la víctima, en caso de que ésta sea habida, en los casos siguientes: (...) 3): En los delitos culposos cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena.

²⁶Artículo 44 - Criterios de oportunidad - No obstante el deber impuesto por el artículo 37, el fiscal podrá plantear al tribunal el cese del ejercicio de la acción penal, total o parcialmente, o su limitación a

alguna o varias infracciones, o a algunas de las personas que participaron en el hecho, de acuerdo a los siguientes criterios de oportunidad: (...) 2. En los delitos culposos, cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave, que torne desproporcionada la aplicación de la pena.

²⁷Artículo 204bis - Criterios de Oportunidad y Archivo: El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la Ley.

No obstante, el representante del Ministerio Público podrá solicitar al juez o Tribunal que se suspenda total o parcialmente, la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando: (...) 8) Cuando en los delitos culposos el imputado hubiera sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave que tome innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena.

²⁸Artículo 231 - Criterios de oportunidad. No obstante el deber impuesto por el artículo 5º, el Fiscal podrá decidir mediante decreto fundado el cese del ejercicio de la acción penal, total o parcialmente, o su limitación a alguna o varias infracciones, o a algunas de las personas que participaron en el hecho, de acuerdo a los criterios de oportunidad que a continuación se establecen taxativamente: (...) b) En los delitos culposos, cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave, que torne desproporcionada la aplicación de la pena. (...) En los casos previstos en los incisos a) y b), la aplicación del criterio de oportunidad, estará condicionada a que el imputado haya reparado el daño ocasionado, firmando un acuerdo con la víctima en ese sentido o afianzando suficientemente esa reparación.

El imputado podrá plantear ante el Fiscal la aplicación de un criterio de oportunidad fundando su pedido en que se ha aplicado a casos análogos al suyo.

²⁹Artículo 93.- Criterios de oportunidad. Se podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, en los casos siguientes: (...) b) En los delitos culposos, cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico, psíquico o moral grave, que torne desproporcionada la aplicación de la pena (...)

³⁰Artículo 199. Archivo de la denuncia y de las actuaciones de prevención. Revisión. El archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención procederá cuando: (...) i) Con la conformidad del/la Fiscal de Cámara en los delitos culposos, cuando el imputado hubiera sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena.

³¹Artículo 13bis - Criterios de oportunidad. No obstante el deber impuesto por los artículos 5º y 71 de este Código, el Fiscal de Instrucción podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho o algunos de los hechos, en los siguientes casos: (...) 3) Cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que torne innecesaria y/o desproporcionada la aplicación de una pena;

Artículo 13ter - Casos excluidos. No corresponderá la aplicación de las reglas de disponibilidad de la acción: 2) Cuando el hecho haya producido una afectación al interés público. Este sólo se considerará afectado cuando en el caso concreto se pueda estimar que: a) La pena que sufriría el imputado en caso concreto de ser condenado sería de

ejecución efectiva; b) El delito atribuido aparezca como una expresión de criminalidad organizada de cualquier índole, o c) La existencia de una situación de desigualdad entre el imputado y la víctima, derivada de la situación de poder o de la capacidad económica de aquel, que favorezca un aprovechamiento de la vulnerabilidad de ésta o de sus deudos, en el supuesto del inciso 5) del artículo 13 bis de este Código.

3) Cuando el imputado tenga antecedentes penales computables o haya sido beneficiado anteriormente con la aplicación de un criterio de oportunidad o del beneficio de la suspensión de juicio a prueba y vuelva a cometer delito; 4) Cuando se tratare de hechos que resulten incompatibles con las previsiones establecidas en los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por la República Argentina; 5) Cuando se tratare de delitos reprimidos con pena de inhabilitación, en cualquiera de sus formas prescriptas en el Código Penal, salvo que se trate de delitos culposos con resultado de lesiones leves o graves; 6) Cuando se tratare de hechos cometidos dentro de un contexto de violencia doméstica, de género, motivados en razones discriminatorias, o de grave violencia física en las personas, y 7) Cuando se tratare de delitos cometidos en contra de menores de edad o el imputado se sirva de un menor para consumarlos.

³²Artículo 19° - Criterios de oportunidad. El Ministerio Público de la Acusación podrá no promover o prescindir total o parcialmente, de la acción penal, en los siguientes casos: (...) 3) cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediaren razones de seguridad o interés público. En los supuestos de los incisos 2, 3 y 6 es necesario que el imputado haya reparado los daños y perjuicios ocasionados, en la medida de lo posible, o firmado un acuerdo con

la víctima en ese sentido, o afianzado suficientemente esa reparación. Cuando el hecho delictivo cuya persecución se prescindiera o limitara, tuviere una pena máxima de reclusión o prisión de seis (6) años o más, se requerirá el consentimiento del Fiscal Regional respectivo.

³³§ 60. Exclusión de pena. El tribunal puede prescindir de pena cuando las consecuencias del hecho que el autor ha 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.

³⁴Artículo 106 Criterios de oportunidad. Se podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, en los casos siguientes: (...) 3) Cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que torne innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena. (...) No corresponderá la aplicación de un criterio de oportunidad en los casos de delitos dolosos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de su cargo o por razón de él.

³⁵Artículo 60 - Criterios de Oportunidad. Las partes pueden solicitar, durante la sustanciación de la causa, y hasta la resolución que fija la fecha de audiencia de debate, que se suspenda total o parcialmente la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando: (...) c) las consecuencias del hecho sufridas por el imputado tornan innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que medien razones de seguridad o interés público;

Artículo 61 - Criterios de Oportunidad. Otros Casos. En los casos de delitos con violencia, originados en conflictos intrafamiliares o de convivencia, no puede disponerse la aplicación de criterios de oportunidad.

En los casos de delitos con violencia fuera del ámbito familiar o de convivencia, o de delitos basados en una relación desigual, de poder o por abuso de poder, debe previamente cesar la situación de éste. No puede disponerse la suspensión de la persecución penal en los casos de reiteración de iguales delitos.

En los supuestos de los Incisos b), c) y f) del Artículo 60 del presente Código es necesario que el imputado haya reparado los daños y perjuicios ocasionados, en la medida de lo posible, o firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido, o afianzado suficientemente esa reparación.

³⁶Artículo 61º - Criterios especiales de archivo. El Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos imputados, o de uno o más de los partícipes, en los siguientes supuestos: 2. Cuando, el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público (...) Para aplicar estos criterios a un imputado, se considerará especialmente la composición con la víctima. El imputado deberá acreditar haber reparado el daño ocasionado o expresar la posibilidad de hacerlo. A tales fines, se convocará a una audiencia en la que aquel deberá ser asistido por su Defensor.

El archivo deberá ser motivado y podrá estar sujeto a condiciones. Se notificará bajo sanción de nulidad al querellante particular, la víctima y al Fiscal General. Los dos primeros podrán instar su revisión por ante el Fiscal General en los términos del artículo 102 inciso 8, quien además estará facultado a revisar su razonabilidad de oficio

³⁷Artículo 56 bis - Criterios especiales de archivo. El Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los

hechos imputados, o de uno o más de los partícipes, en los siguientes supuestos: 2) Cuando, el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público (...) Para aplicar estos criterios a un imputado, se considerará especialmente la composición con la víctima. El imputado deberá acreditar haber reparado el daño ocasionado o expresar la posibilidad de hacerlo. A tales fines, se convocará a una audiencia en la que aquel deberá ser asistido por su Defensor.

El archivo deberá ser motivado y podrá estar sujeto a condiciones.

Se notificará, bajo sanción de nulidad, al particular damnificado, la víctima y al Fiscal General. Los dos primeros podrán instar su revisión por ante el Fiscal General en los términos del artículo 83 inciso 8º, quien, además, estará facultado a revisar su razonabilidad de oficio.

Luego de la requisitoria de citación a juicio, el archivo procederá cuando concurren los siguientes requisitos: a) Existiesen hechos o pruebas nuevas que hagan subsumible el caso en algunos de los supuestos de los incisos 1 a 3 del presente artículo; b) Exista anuencia previa y expresa del Fiscal General; c) Exista un intervalo de al menos (30) treinta días con el de la fecha fijada para el inicio del debate.

En este supuesto, si existiese particular damnificado, se le correrá vista por el plazo de quince (15) días para que manifieste si continúa o no con el ejercicio de la acción penal a su costa.

³⁸Artículo 27. Procedencia. Hasta la conclusión de la etapa preparatoria, se podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguno de los hechos o alguna de las personas que intervinieron en el hecho, cuando no tuviere un acuerdo de conciliación o reparación anterior incumplido. En caso de una

condena anterior, el fiscal y, en su caso, el juez, apreciarán la conveniencia de su aplicación en el caso concreto, conforme pautas objetivas de política de persecución criminal que se fijaren de acuerdo a la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal. Procederá en los casos siguientes: 3. Pena natural. Cuando las consecuencias del hecho sufridas por el imputado sean de tal gravedad que tornen innecesaria o desproporcionada la aplicación de una pena, salvo que mediaren razones de seguridad o interés público (...) 8. Requisitos de admisibilidad. En los supuestos de los incisos 1, 2. b) y 3, es necesario que el imputado haya reparado el daño y perjuicio ocasionado, en la medida de lo posible, o firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido, o afianzado suficientemente esa reparación.

³⁹Artículo 94.- Efectos. La decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad, determinará que el Juez declare extinguida la acción pública con relación al imputado en cuyo favor se decide. La solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad debe serle comunicada por el Juez a la víctima, por cualquier medio que garantice su recepción y adecuada oportunidad de ser oída.

La decisión que prescinda de la persecución penal por aplicación de criterios de oportunidad impedirá una nueva persecución por el Ministerio Público Fiscal por el mismo hecho con relación a la persona en cuyo favor se decide. Si la decisión se funda en la insignificancia del hecho, sus efectos se extienden a todos los intervinientes. No impedirá la persecución del hecho por la víctima, salvo que ella haya dado su consentimiento para la aplicación del criterio de oportunidad.

En caso que la víctima decidiera continuar la persecución penal, ella deberá concretar esa decisión, bajo las reglas de la querrela privada, dentro de los TRES (3) meses siguientes, computándose días corridos,

bajo apercibimiento de dictarse el sobreseimiento del imputado. Vencido el plazo, el sobreseimiento procede de pleno derecho.

⁴⁰Artículo 101 – Criterios de oportunidad. El Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos imputados, o de uno o más de los partícipes, en los siguientes supuestos: (...) 2. Cuando el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público (...) Para aplicar estos criterios a un imputado, se considerará especialmente la composición con la víctima. El imputado deberá acreditar haber reparado el daño ocasionado o expresar la posibilidad de hacerlo. A tales fines, se convocará a una audiencia en la que aquel deberá ser asistido por su defensor.

⁴¹Cámara Federal de Casación Penal – Sala III, “Cueva, Ariel Daniel y Denis, Cesar Oscar s/recurso de casación”, 10 de septiembre de 2012; voto del juez Eduardo Rafael Riggi en la causa “Paz Castaño, Jonathan Damián y Campusano, Leonardo Elías s/recurso de casación” de la Cámara Nacional de Casación Penal – Sala III, Ciudad de Buenos Aires, 16 de abril de 2010; y voto de los jueces Gustavo M. Hornos y Mariano González Palazzo en la causa “Carrasco, Jaime Sandro s/recurso de casación”. (*Op. cit.*)

⁴²Artículo 5°. Acción pública. La acción penal pública se ejercerá por el Ministerio Público Fiscal, el que deberá iniciarla de oficio, siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá interrumpirse, hacerse cesar ni suspenderse salvo los casos expresamente previstos por la ley. El Procurador Fiscal General podrá establecer pautas objetivas para la priorización de la investigación de determinados delitos, de acuerdo con las necesidades de cada circunscripción judicial, así

como teniendo especialmente en cuenta la insignificancia de los hechos, la conciliación entre las partes, el expreso pedido de la víctima para que el Fiscal se abstenga de ejercer la acción penal y la reparación del perjuicio causado por parte del imputado. En ningún caso, estas pautas afectarán las investigaciones de los delitos cometidos contra la Administración Pública en las que los acusados fueran funcionarios o empleados públicos.

⁴³En parte, esta conclusión obedece a un hecho obvio: la aplicación del principio de oportunidad no necesariamente requiere de una sentencia, por lo que es bastante probable que los casos que conocemos sea aquello donde no se ha apelado a este principio. Sin embargo, la jurisprudencia tiene un *plus* que permite que sea tomado como un “banco de prueba” para elucidar el concepto de pena natural. Esto es que los jueces se encuentran obligados a fundamentar sus decisiones. De aquí que los diferentes fundamentos que utilicen, permite reconstruir los elementos esenciales que conforman el concepto y cómo se relacionan entre ellos y con otros conceptos existentes en la red conceptual jurídica.

⁴⁴ Juzgado Nacional en lo Correccional N° 11 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Causa N° 27074/71, seguida por el delito de lesiones culposas y homicidio culposo –arts. 94 y 84 del Cod. Penal– del registro de Secretaría 71, y respecto de la situación procesal de Osvaldo y Juan Juan”, 28 de marzo de 2000; Juzgado de Garantías N 8 de Lomas de Zamora, “G. s/Homicidio Agravado por el Vínculo”, 30 diciembre de 2011; y Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Criminal y Correccional Federal, “Bianchi Suárez s/Sobreseimiento”, 1° de febrero de 2012.

⁴⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional - Sala VI, “T., O. H. s/Procesamiento”, 31 de octubre de 2017.

⁴⁶ Juzgado en lo Correccional N° 3 del Departamento Judicial Quilmes, “Causa N° 992/2015 (registrada en la Secretaría única de este Juzgado bajo el N° J-0007259), seguida a Silvia Beatriz Espínola por el presunto delito de homicidio culposo”, 11 de febrero de 2016; Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, “Causa nro. 07-02-002086-15, registro interno nro. 4844/5, seguida a Brian Leonel Giménez, en orden a los delitos de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda en grado de tentativa en concurso real con tenencia ilegal de arma de guerra”, 4 de agosto de 2016; Juzgado Correccional N° 1 de Bahía Blanca, “Paredes Roberto Marcial S/ homicidio culposo agravado”, 31 de agosto de 2015; y Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, “Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas”, 5 de mayo de 2011.

⁴⁷ Ver Coscia 2004, p. 415.

⁴⁸ La postura de Bacigalupo se encuentra en su trabajo titulado *Principio de culpabilidad, carácter del autor y poena naturalis en el derecho penal actual* y en su libro *Derecho penal. Parte general*. Particularmente, en las páginas 601 y 604 de este último se plantea la misma idea expresada en el primero.

⁴⁹ En el derecho penal, y de manera particular en la teoría del delito, el concepto de error se refiere a un falso conocimiento sobre ciertas circunstancias que debe tenerse en cuenta al momento de evaluar la conducta del autor del hecho. Se reconoce el error de tipo, como aquel que impide que se conforme una conducta dolosa y, en su caso, que se configure una conducta culposa. También el error sobre la antijuricidad como aquel que impidió al sujeto reconocer que no estaba frente a una circunstancia que permitiera eliminar este elemento.

⁵⁰El autor se refiere a esto como condiciones *espirituales*.

⁵¹La analogía es una herramienta utilizada por los teóricos dogmáticos en caso de que no existan normas aplicables a un caso particular. Es decir, frente a lagunas normativas, los jueces pueden aplicar las normas previstas para situaciones análogas.

⁵²En Argentina esta postura se encuentra en el voto del juez Mariano González Palazzo en la causa “Zeni, Cristian Maximiliano s/recurso de casación” de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, Buenos Aires, 4 de octubre de 2010.

⁵³Tribunal Supremo de España - Sala de lo Penal, “Sentencia N° 307/2008 de fecha 05/06/2008”.

⁵⁴Esta es una cuestión que se encuentra íntimamente vinculada con la pena natural. A tal punto que, desde una perspectiva filosófica, parecería que los casos en los que se perforan los mínimos, son muy similares a los que se aplica la pena natural. Esto será abordado posteriormente, en un trabajo independiente, referido a mi tesis doctoral, donde pretendo indagar si tanto en los casos de perforación de los mínimos como de pena natural, los jueces se han enfrentado a un dilema y, en su caso, la posibilidad de una salida “virtuosa”.

⁵⁵Artículo 40: En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

⁵⁶Artículo 41: A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:
1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

⁵⁷El autor enumera una serie de circunstancias en diversas legislaciones por las que la pena –por la comisión de determinados delitos– ha dejado de ser necesaria. Algunas de ellas son: el desistimiento voluntario en la tentativa (cuando el sujeto se cancela la comisión del delito, la tentativa deja de tener relevancia penal), la comisión de determinados delitos patrimoniales en contra de ciertos parientes, la reparación del daño causado hacia la víctima, entre otras.

⁵⁸En este punto es necesario establecer una distinción entre la postura de estos autores sobre el estatus jurídico y la definición que dan de pena natural. Al momento de estudiar las sentencias que aplican la pena natural, es común encontrar que los jueces apelen a la definición de Zaffaroni, Alagia y Slokar, pero que durante el desarrollo de su argumentación se distancien de la postura sobre el estatus de la pena natural, o lo apliquen incorrectamente.

⁵⁹Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Criminal y Correccional Federal, “Bianchi Suárez s/Sobreseimiento”, 1º de febrero de 2012.

⁶⁰Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, “Causa nro. 07-02-002086-15, registro interno nro. 4844/5, se-

guida a Brian Leonel Giménez, en orden a los delitos de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda en grado de tentativa en concurso real con tenencia ilegal de arma de guerra”, 4 de agosto de 2016, pp. 15.

⁶¹ Esto no implica caer en un subjetivismo o en un tipo de argumentación que ponga las emociones de los agentes que toman las decisiones, por encima de las normas jurídicas. Por el contrario, estas posturas forman parte del área –si se me permite utilizar este término– de la filosofía que estudia las emociones y su relación con la razón práctica. En los últimos años, los aportes de estos estudios aplicados a la democracia, el derecho y la justicia, son significativos y permiten afirmar que las emociones no son simples procesos irracionales, sino que pueden ser aprendidos y, por lo tanto, evaluados como correctos o incorrectos. Ver Amaya, A. y otros (2017); Nussbaum (2006 y 2014) entre otros.

⁶²Es llamativo que, luego de criticar las confusiones que existen en torno a cómo calificar el daño en la pena natural, el autor tampoco de una respuesta. Por el contrario, al concluir que la *poena naturalis* se justifica en la compasión, afirma que el problema de la calificación del daño deja de ser importante.

⁶³Juzgado de Garantías N 8 de Lomas de Zamora, “G. s/Homicidio Agravado por el Vínculo”, 30 diciembre de 2011.

⁶⁴Esto es lo que se conoce como derecho penal de acto. En el sentido de que sólo se pueden perseguir y condenar las conductas, no el carácter de las personas. En otras palabras, lo que está mal es el acto de robar y se debe juzgar a quien robe. No se podría condenar a una persona por su orientación sexual, ya que no hay una conducta, sino que se condena un estilo de vida, el carácter del sujeto.

⁶⁵Si bien esto será abordado en el capítulo 5, es necesario aclarar que para estos autores la compasión no es una emoción irracional, sino una emoción que se encuentra exigida por el derecho, la justicia o la moral –depende de qué autor tomemos– para que movilice al juez a tomar la decisión correcta del caso que está juzgando.

⁶⁶El autor caracteriza este concepto de la siguiente manera: “una institución social o jurídica B es equivalente funcional de otra institucional social o jurídica A cuando ambas coinciden en cumplir una determinada finalidad F”. Esto es importante porque podría permitir la sustitución para evitar los efectos negativos de una institución, es más, podría llegar a ser obligatorio (Silva Sánchez 2018, p. 117).

⁶⁷La distinción entre código procesal nuevo y anterior obedece a que el nuevo se implementó de manera paulatina, en distintas jurisdicciones, y todavía no se encuentra vigente en todo el territorio argentino.

⁶⁸El juicio civil, comúnmente llamado de “daños y perjuicios” a fin de obtener una indemnización por los daños causados.

⁶⁹Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, “Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas”, 5 de mayo de 2011, pp. 33-34.

⁷⁰El título IX del libro II del Código Procesal Penal de la Nación establece el procedimiento a seguir en los casos de flagrancia. Los plazos de investigación y de juicio son muy acotados. En particular, la prisión preventiva tiene un plazo máximo de veinte días. Plazo que se superó ampliamente en este caso, por motivo de las intervenciones médicas que tuvo que soportar el acusado.

⁷¹Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 15 de la Capital Federal “Causa n° 40124/2018 (5895)”, 27 de septiembre de 2018.

⁷²*Ibíd.*, pp. 27-28.

⁷³Al plantearlo en estos términos me refiero al marco normativo de primer nivel o las normas penales –por contraposición a los principios– que limita la actuación de los jueces penales a la aplicación de normas. Como se sabe, las normas penales que tipifican los delitos establecen como única consecuencia una pena. De ahí que los jueces no encuentren fundamento para actuar frente a este caso.

⁷⁴“Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, “Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas”, 5 de mayo de 2011, pp. 21.

⁷⁵Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 15 de la Capital Federal “Causa n° 40124/2018 (5895)”, 27 de septiembre de 2018, p. 11.

⁷⁶Idem, pp. 27

⁷⁷No es mi intención profundizar acerca de la pertinencia o no de las circunstancias que habilitan declarar la absolución de un acusado. Una tarea de esta índole requeriría un trabajo específico ya que tienen una base fáctica diferente y apelan a argumentos distintos. Aquí me limito a reconocer que los jueces no sólo apelaron a la pena natural como premisa de su conclusión, sino que además tuvieron en cuenta estas cuestiones atinentes a la negatividad de la declaración de responsabilidad penal.

⁷⁸Si bien esto es una cuestión discutida en la dogmática y la jurisprudencia, atento al conflicto que presenta con la prohibición de castigar dos veces el mismo delito, el Código Penal expresa lo establece de la siguiente manera:

Artículo 50.- Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena.

(...) La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años.

Artículo 51.- Todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria. En ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido.

⁷⁹“Juzgado Nacional en lo Correccional N° 11 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Causa N° 27074/71, seguida por el delito de lesiones culposas y homicidio culposo -arts. 94 y 84 del Cod. Penal- del registro de Secretaría 71, y respecto de la situación procesal de Osvaldo y Juan Juan”, 28 de marzo de 2000; Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Criminal y Correccional Federal, “Bianchi Suárez s/Sobreseimiento”, 1° de febrero de 2012; y Juzgado de Garantías N 8 de Lomas de Zamora, “G. s/ Homicidio Agravado por el Vínculo”, 30 diciembre de 2011.

⁸⁰Para hacerlo, la autora apela a dos ejemplos que no son para nada adecuados: un hombre que mata a su esposa de manera premeditada, por dinero; y otro que la mata por un ataque de celos, luego de saber que lo engaña con otro hombre. El homicidio en ambos casos es penado con la pena de muerte. La autora sostiene que el primero es moralmente peor que el segundo. Más aún, mientras más tiempo se prepare un delito, más reprochable es porque tuvo mayor tiempo para evaluar y reconsiderar su accionar.

Si bien es posible acordar con que el mayor tiempo de preparación de un delito lo vuelve más reprochable, no se debe dejar de remar-

car que los ejemplos escogidos configuran hechos cuya gravedad es difícil de comparar. Sostener que los celos pueden ser considerados una circunstancia atenuante, implicaría aceptar y legitimar el sistema patriarcal imperante en nuestra sociedad. Este sistema organiza nuestras prácticas y posiciona a las mujeres en desventaja con respecto a los hombres. A tal punto es así que pueden ser consideradas propiedad de su marido. Si son asesinadas o golpeadas por no respetar la fidelidad que le deben, pueden habilitar sentimientos de compasión hacia el homicida o golpeador que se reflejen en una atenuación o perdón de la pena, lo que es inaceptable en una sociedad democrática y respetuosa de la autonomía de los sujetos.

⁸¹Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 15 de la Capital Federal “Causa n° 40124/2018 (5895)”, 27 de septiembre de 2018; Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, “Sentencia N° 144 T° 1 F° 247/249 en el Legajo Judicial CUIJ N° 21-06002324-4”, 26 de mayo de 2014.

⁸²Artículo 164. - Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o con violencia física en las personas, sea que la violencia tenga lugar antes del robo para facilitararlo, en el acto de cometerlo o después de cometido para procurar su impunidad.

⁸³Con esto me refiero a una idea de justicia sustentada en algunos presupuestos que no necesariamente encajan en una teoría completa.

⁸⁴Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Criminal y Correccional Federal, “Bianchi Suárez s/Sobreseimiento”, 1° de febrero de 2012.

⁸⁵Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, “Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas”, 5 de mayo de 2011.

⁸⁶Juzgado Correccional N° 1 de Bahía Blanca, “Paredes Roberto Marcial S/ homicidio culposo agravado”, 31 de agosto de 2015; Juzgado Nacio-

nal en lo Correccional N° 11 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Causa N° 27074/71, seguida por el delito de lesiones culposas y homicidio culposo - arts. 94 y 84 del Cod. Penal - del registro de Secretaría 71, y respecto de la situación procesal de Osvaldo y Juan Juan”, 28 de marzo de 2000; y Juzgado en lo Correccional N° 3 del Departamento Judicial Quilmes, “Causa N° 992/2015 (registrada en la Secretaría única de este Juzgado bajo el N° J-0007259), seguida a Silvia Beatriz Espínola por el presunto delito de homicidio culposo”, 11 de febrero de 2016.

⁸⁷ Juzgado en lo Correccional N° 3 del Departamento Judicial Quilmes, “Causa N° 992/2015 (registrada en la Secretaría única de este Juzgado bajo el N° J-0007259), seguida a Silvia Beatriz Espínola por el presunto delito de homicidio culposo”, 11 de febrero de 2016, pp. 8-9.

⁸⁸ Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, “Causa nro. 07-02-002086-15, registro interno nro. 4844/5, seguida a Brian Leonel Giménez, en orden a los delitos de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda en grado de tentativa en concurso real con tenencia ilegal de arma de guerra”, 4 de agosto de 2016; y Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 15 de la Capital Federal “Causa n° 40124/2018 (5895)”, 27 de septiembre de 2018.

⁸⁹ La edad de la madre explica por qué sólo se acusó al padre de la bebé y por qué el hecho es agravado por la participación de un menor.

⁹⁰ Juzgado de Garantías N 8 de Lomas de Zamora, “G. s/Homicidio Agravado por el Vínculo”, 30 de diciembre de 2011, p. 4.

⁹¹ *Ibídem*, p. 5.

⁹² Más aún, si son los mismos jueces quienes no ponen el foco en el sufrimiento y si sobre el delito, lo que hacen es insistir que el agente también lo ponga ahí, pero no es lo que pensamos razonable hacer, ya que nos enfocamos en la muerte de su esposa (Duff, 2011).

⁹³Voto del juez Mariano González Palazzo en la causa “Zeni, Cristian Maximiliano s/recurso de casación” de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, Buenos Aires, 4 de octubre de 2010.

⁹⁴Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional - Sala VII, “A., M. J. Procesamiento. Robo tentado. Instrucción 19/159 CCC 8025/2016/CA1”, 10 de marzo de 2010; Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Sala III, “Jugo Ortega, Micaela y otros s/art(s). 14346 (Ley de Protección Animal) Causa N° 0011542-00-00/14”, 25 de febrero de 2016; y considerando V. del voto del Dr. Mariano Borinski en “Benítez, Rafael Salvador s/recurso de casación” de la Cámara Federal de Casación Penal, 1° de septiembre de 2015.

⁹⁵Tal como ha desarrollado Neil MacCormick (1978, cap. VIII), la decisión judicial es la conclusión de un proceso argumentativo. Las premisas sobre las que se desarrolla este proceso son dos: la premisa menor o el hecho particular que se está juzgando, y la premisa mayor o la una norma jurídica general que se debe aplicar al hecho. Esto funciona en todos los casos. Incluso en los llamados difíciles, caracterizados por requerir una justificación de segundo orden. No basta con la mera subsunción de los hechos en una norma jurídica, sino que se debe acudir a un segundo nivel para justificar la premisa de la que parte la decisión.

⁹⁶Enfrentar este problema excede por demás el desarrollo de esta obra. Baste decir aquí que la tarea judicial, *qua* actividad argumentativa, no se encuentra ajena a los requisitos de racionalidad, razonabilidad y estructura lógica. Esto permite sostener que no cualquier decisión tomada por un juez será correcta. Esta incorrección puede traer aparejada la consecuencia de ilegitimidad e invalidez de la sentencia.

⁹⁷En este punto utilizo el concepto de legítimo como un sinónimo de constitucional. En efecto, tal como se verá más adelante, el estatus jurí-

dico de la pena natural se encuentra asentado en principios constitucionales que, *qua* normas de superioridad jerárquica, deben ser seguidas por las normas inferiores. Si los legisladores dictan normas contrarias a los principios constitucionales, estas son inconstitucionales.

⁹⁸Más aún, al momento de pensar el perdón, inmediatamente se lo reconoce como una virtud. El agente que puede perdonar es considerado virtuoso o, cuanto menos, que ha obrado de una manera que exigió rectitud de carácter.

⁹⁹El poder tomar la perspectiva de la víctima es esencial ya que esto permite diferenciarlo de otra emoción como la vergüenza, donde el agente toma la perspectiva de un observador social del hecho (Silva Sánchez 2018, pp. 131-132).

¹⁰⁰El recurso de casación es una defensa que posee quien sostiene que la sentencia que se ha dictado en un proceso, no es correcta porque hay una interpretación errónea del derecho aplicable y/o porque no se han cumplido ciertos requisitos esenciales del proceso. En el sistema federal argentino, es la Cámara Federal de Casación Penal quien resuelve estos recursos. Sin embargo, a la luz de diversas sentencias judiciales dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Cámara ha flexibilizado los requisitos de admisibilidad de los recursos de casación a fin de garantizar el derecho del *doble conforme*, que consiste en que una persona tiene el derecho a que otro tribunal revise la sentencia y la confirme o la revoque.

¹⁰¹Cámara Federal de Casación Penal, “Benítez, Rafael Salvador s/recurso de casación”, 1° de septiembre de 2015, pp. 24-25.

¹⁰²La calificación legal fue homicidio agravado por el vínculo, con las circunstancias extraordinarias de atenuación, lesiones leves, amena-

zas con armas y resistencia a la autoridad, en concurso real entre sí (arts. 5, 12, 29, inciso 3, 40, 41 y 45, 55, 79, 80, inciso primero y último párrafo del Código Penal y artículos 396, 398, 399, 400, 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

¹⁰³Cámara Federal de Casación Penal – Sala IV, “Braslavsky, Luis Alberto s/ recurso de casación”, 22 de abril 2013.

¹⁰⁴Con esto no quiero ingresar a la polémica sobre si los instrumentos internacionales tienen una jerarquía superior, igual o inferior que los instrumentos normativos nacionales. Simplemente afirmo una cuestión que la misma constitución establece, en el artículo 75, inciso 22, al referirse a las atribuciones del Congreso de la Nación, luego de enumerar una serie de tratados, pactos y declaraciones internacionales que la Argentina ha firmado y aprobado, establece que: “(...) en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

Como se observa, es el mismo texto constitucional quien le otorga esta jerarquía y para ello establece un mecanismo de mayorías agravadas para incorporar nuevos textos o denunciar los ya incorporados.

¹⁰⁵Artículo 1º. La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

¹⁰⁶En efecto, al momento de analizar las diferentes teorías que fundamentan el castigo en una sociedad democrática y liberal, se observa que la *poena naturalis* podría encajar coherentemente en ellas. Esto ya ha sido abordado por Carlos Bobadilla en su artículo “La ‘pena natural’: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno”, quien le dedica un apartado entero a profundizar las distintas teorías de la pena y los fundamentos de admisión de la *poena naturalis*.

Sin embargo, la teoría comunicativa del castigo es la que brinda mejor luz para comprender el concepto de pena natural. Como se verá más adelante, la influencia de los valores morales, el carácter del agente y sus emociones, son abordadas por esta teoría y adquieren un significado fundamental. Al contrario de las teorías dominantes o clásicas de la fundamentación del castigo, que no se ocupan de estos aspectos o lo hacen de manera parasitaria al referirse a los aspectos particulares del acusado (su formación, intenciones, libertad de acción, etc.).

¹⁰⁷Si bien este posicionamiento se muestra contrario a la postura de Dworkin acerca de que siempre es posible encontrar una respuesta correcta para los casos difíciles, esto no implica una contradicción sobre el tema que se aborda en este libro. En efecto, el castigo entendido como una práctica social fundamentada en valores compartidos por la sociedad es coherente con el constructivismo semántico y habilita que este reconozca a la concepción comunicativa como la mejor postura para entender la pena natural, no sólo porque aborda cada rasgo elemental del concepto, sino porque lejos de limitarse a una lectura

jurídica o en valores abstractos, se enfoca en la justificación moral del castigo en una sociedad democrática.

¹⁰⁸La perspectiva comunicativa del castigo no es una teoría que se encuentre exenta de discusiones a su interior. Si bien la censura (proporcional a su crimen) de la conducta del malhechor y su arrepentimiento se presentan como el piso mínimo en que acuerdan los que abrazan esta perspectiva, hay posturas que ven esto como otra teoría unitaria del castigo. Para evadirlo, proponen reconocer que el pluralismo de valores debe estar inserto en el fin del castigo, por lo que puede suceder que en determinadas situaciones se castigue a alguien apelando –además de comunicar la reprobación– a fines preventivos o de compasión. De esta manera, autores como John Tasioulas (2006) apelan a una perspectiva comunicativa formal, que reconozca expresamente este pluralismo.

No es posible abordar esta discusión aquí, porque excede por demás los fines del libro; sin embargo, debo aclarar que la propuesta de Tasioulas se erige para hacer frente a una serie de situaciones que ponen en tensión a la perspectiva comunicativa, como los casos de pena natural. Esto será abordado más adelante de manera particular.

¹⁰⁹Roberto Gargarella (2016) plantea que la propuesta de Duff se encuentra marcada por la presencia de dos almas en tensión: la liberal y la democrática. Esta tensión puede encontrar salida si a esta postura comunicativa se la asocia con la democracia deliberativa que refleja las aspiraciones más profundas y compartidas que una comunidad democrática puede razonablemente albergar.

¹¹⁰En el mismo sentido, Silva Sánchez (2018, p. 77) afirma que estas normas no se legitiman por su *input* procedimental, sino por su *output*

de contenido. En otras palabras, es la igualdad en la protección lo que legitima las normas y no el autogobierno.

¹¹¹Esta afirmación debe entenderse teniendo en cuenta que una conducta moralmente incorrecta no necesariamente es un delito. Para que ello suceda, debe ser una falta pública, en el sentido de que a la comunidad le interese su castigo; debe ser una conducta categóricamente incorrecta; y no se pueden castigar conductas cuya tipificación penal implique una violación de la autonomía y libertades individuales.

¹¹²Esto no significa que el único castigo posible sea la pena privativa de la libertad en una prisión. Por el contrario, la teoría comunicativa reconoce que existen otras alternativas que funcionarían mejor para cumplir sus fines como como la reparación del daño o su compensación, los servicios comunitarios, etc.

¹¹³Sin embargo, esto no limita ni corta la discusión sobre la proporcionalidad en el razonamiento práctico. Por el contrario, Duff lo reconoce como una premisa que permite trabajar sobre las escalas ya existentes, que han sido determinadas por contingencias históricas y sociales. En particular, lo que hay que cuidar es que el castigo no supere los límites necesarios para cumplir sus objetivos. Con esto se llega al principio de parsimonia penal, que exige no castigar más severamente que lo estrictamente necesario, lo que permitiría reducir gradualmente las penas para que se adecuen a su fin (Duff 2001, pp. 133-134).

¹¹⁴Al abordar este punto, tanto Duff como los demás teóricos que se preocupan por este fenómeno, parecen hablar en términos de generalidad o normalidad. Es decir, los v-g- casos de robo se caracterizan porque hay un sujeto que sustrae una cosa a otro por medio de violencia. Esto es la generalidad y la pena establecida para este delito

se encuentra determinada en el código penal. Es la proporcionalidad absoluta la que permite evaluar esta escala penal. A su vez, es posible reconocer que, existen ciertas circunstancias generales que permiten determinar si la pena se acerca más al mínimo o al máximo de esa escala. Por ejemplo, si la persona utilizó violencia física o sólo amenazó a la víctima, determinará una condena mayor o menor, en cada caso. Esto es evaluado en la proporcionalidad relativa.

Ahora bien, los casos de pena natural no son generales, sino que son excepcionales. De aquí la clasificación de la proporcionalidad propuesta por Duff: puede ser irrevocable, relativamente irrevocable u opcional. En estos términos de generalidad, es claro que la proporcionalidad se puede ver modificada por buenas razones y entre ellas se encuentra la existencia de una pena natural.

Una cuestión aparte es que, ante un caso de pena natural, otro que comparta similares características, puede ser reconocido como tal. Esto corresponde a criterios de identificación conceptual que habilita a utilizar razones similares para llegar a decisiones similares.

¹¹⁵Cuestión aparte es la posibilidad de perforar la pena mínima. En este punto hay serias discusiones, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Algunos sostienen que la pena mínima es meramente indicativa, por lo que los jueces podrían perforarlo de acuerdo a consideraciones vinculadas a la culpabilidad y la proporcionalidad. Otros consideran que las escalas penales son atribuciones exclusivas del congreso, por lo que, si los legisladores establecieron estos marcos penales, los jueces no pueden contradecirlos, so pena de vulnerar la división de poderes y actuar de manera ilegítima. Este tema excede por demás el objetivo de este libro, por lo que me limitaré a esta des-

cripción de la cuestión. Sin embargo, esto será abordado en un trabajo independiente, debido a la estrecha conexión con el tema de esta obra.

¹¹⁶Con esto no estoy afirmando que el principio de proporcionalidad tenga diferentes valores en cada nivel o que cada nivel es una entidad aparte o diferente del principio. Por el contrario, esto es una distinción analítica que permite su aplicación a los casos de pena natural, ya que habilita pensar los daños y sufrimiento y su relación con la pena legal.

¹¹⁷Artículo 40: En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

¹¹⁸Artículo 41: A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

¹¹⁹A su vez, se podría afirmar que esta teoría tampoco sirve para sostener todos los casos de compensación constructiva. El perdón del ofendido y la reparación del daño (podrían sumarse todas las acciones po-

sitivas llevadas a cabo por el agente que reconoce que ha obrado mal y quiere reivindicarse ante la sociedad y la víctima, como los trabajos comunitarios) si bien pueden llevar al dictado de una sentencia no condenatoria o absolutoria, no lo es porque desaparece el delito, sino por consideraciones pragmáticas de índole procesal o de política penal, que reconocen la ausencia de un conflicto y, por lo tanto, la falta de necesidad de que el Estado utilice sus recursos para continuar el proceso. De esta manera, sólo la confesión activa (apoyo para desarmar el delito y facilitar la propia condena) podría ser pensada como una cuestión de disminución de culpabilidad, en cuanto menor reproche.

¹²⁰En una obra posterior, Nussbaum aclarará que habla de pensamientos o ideas porque los mismos no necesariamente son formulados o formulables por la vía lingüística verbal. Esto es así, porque la autora no limita su concepto de emoción a las emociones humanas, sino que afirma que ciertas especies animales pueden tener emociones, aunque sean caracterizadas de manera más primitiva (Nussbaum 2014, p. 175).

¹²¹La autora, a través de un juego experimental donde acude a ejemplos, sostiene que no es necesario el reconocerse vulnerable o ponerse en el lugar del otro. Por el sólo hecho de ver una persona sufriendo sin que sea totalmente culpable de su situación, ya se está en condiciones de sentir la emoción. Ahora bien, no se puede desconocer los problemas neurológicos, psicológicos y contextuales que pueden nublar la capacidad del agente. En particular, entiendo que Nussbaum está viendo los problemas contextuales, donde el agente al ponerse en un lugar de superioridad o apelar a emociones incorrectas o no democráticas (ej. asco o repugnancia hacia el otro) no logra sentir compasión. En estos casos, los puntos 4 y 5 podrían ayudar a sentir la emoción en cuestión.

¹²²Con esto me quiero referir a sí el derecho debe ser compasivo, en el sentido de que sus normas tengan la finalidad de que, frente al sufrimiento de una persona, no empeorarla o mitigarla.

¹²³De manera muy resumida se podría afirmar que los sistemas jurídicos se encuentran caracterizados por: a) presuponer que las normas jurídicas se encuentran estructuralmente vinculadas; b) que el sistema jurídico se encuentra delimitado y separado de otros sistemas normativos; y c) que esta estructura es distinguible de la de otros países.

¹²⁴Esta es una caracterización general de los principios que de ninguna manera pretende ser determinante. Sobre cada una de estas características se han escritos innumerables trabajos. En particular, un punto nodal de la discusión es cómo decidir qué principio debe prevalecer ante un conflicto. Más allá de estas cuestiones, que exceden por demás este trabajo, hay un acuerdo generalizado de que los principios tendrían estas características.

¹²⁵La argumentación llevada a cabo por los autores y la postulación de este principio implícito de compasión permite afirmar que su concepción es cercana a la postura dworkiniana.

¹²⁶Este trabajo será realizado en mi tesis doctoral, donde exploraré la posibilidad de que la compasión, qua emoción moral, impacte en el razonamiento jurídico. Para ello, utilizaré el aparato teórico de la *virtue jurisprudence*.

¹²⁷Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, “Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas”, 5 de mayo de 2011; Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Criminal y Correccional Federal, “Bianchi Suárez s/Sobreseimiento”, 1° de febrero de 2012; Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, “Causa nro. 07-02-

002086-15, registro interno nro. 4844/5, seguida a Brian Leonel Giménez, en orden a los delitos de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda en grado de tentativa en concurso real con tenencia ilegal de arma de guerra”, 4 de agosto de 2016; voto de los jueces Diez Ojeda y González Palazzo en la causa “Zeni, Cristian Maximiliano s/recurso de casación” Cámara Nacional de Casación Penal - Sala IV, 4 de octubre de 2010; Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 15 de la Capital Federal “Causa n° 40124/2018 (5895)”, 27 de septiembre de 2018; Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, “Sentencia N° 144 T° 1 F° 247/249 en el Legajo Judicial CUIJ N° 21-06002324-4”, 26 de mayo de 2014; Juzgado en lo Correccional N° 3 del Departamento Judicial Quilmes, “Causa N° 992/2015 (registrada en la Secretaría única de este Juzgado bajo el N° J-0007259), seguida a Silvia Beatriz Espínola por el presunto delito de homicidio culposo”, 11 de febrero de 2016; Juzgado Correccional N° 1 de Bahía Blanca, “Paredes Roberto Marcial S/ homicidio culposo agravado”, 31 de agosto de 2015; Juzgado de Garantías N 8 de Lomas de Zamora, “G. s/Homicidio Agravado por el Vínculo”, 30 diciembre de 2011.

¹²⁸Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 15 de la Capital Federal “Causa n° 40124/2018 (5895)”, 27 de septiembre de 2018; Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Criminal y Correccional Federal, “Bianchi Suárez s/Sobreseimiento”, 1° de febrero de 2012; Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, “Causa nro. 07-02-002086-15, registro interno nro. 4844/5, seguida a Brian Leonel Giménez, en orden a los delitos de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda en grado de tentativa en concurso real con tenencia ilegal de arma de guerra”, 4 de agosto de 2016; y Cámara de

Apelaciones Penal de Rosario, “Sentencia N° 144 T° 1 F° 247/249 en el Legajo Judicial CUIJ N° 21-06002324-4”, 26 de mayo de 2014.

¹²⁹“Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, “Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas”, 5 de mayo de 2011; y Juzgado en lo Correccional N° 3 del Departamento Judicial Quilmes, “Causa N° 992/2015 (registrada en la Secretaría única de este Juzgado bajo el N° J-0007259), seguida a Silvia Beatriz Espínola por el presunto delito de homicidio culposo”, 11 de febrero de 2016.

¹³⁰Cámara Federal de Casación Penal – Sala III, “Cueva, Ariel Daniel y Denis, Cesar Oscar s/recurso de casación”, 10 de septiembre de 2012; voto del juez Eduardo Rafael Riggi en la causa “Paz Castaño, Jonathan Damián y Campusano, Leonardo Elías s/recurso de casación” de la Cámara Nacional de Casación Penal – Sala III, 16 de abril de 2010; y voto de los jueces Gustavo M. Hornos y Mariano González Palazzo en la causa “Carrasco, Jaime Sandro s/recurso de casación”, Cámara Nacional de Casación Penal - Sala IV, 5 de mayo de 2010.

¹³¹Con estas afirmaciones pretendo poner de resalto que no desconozco las problemáticas vinculadas a los principios. Por el contrario, las reconozco y por ello estoy en condiciones de decir que ingresar al debate excede a este libro. La situación particular de estos principios parece superar estas discusiones y abrir el camino para dar una respuesta acerca de su estatus normativo.

¹³²Artículo XXV: (...) Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

¹³³Artículo 5°: Nadie estará sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

¹³⁴Artículo 7°: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 10: 1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

¹³⁵Artículo 1°: La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

¹³⁶Artículo 33: Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

| BIBLIOGRAFÍA |

- Agüero-San Juan, S. (2018). “¿Qué involucra un análisis conceptual en red? Alcances de una imagen strawsoniana para la teoría del derecho”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 41, pp.101-119. DOI: 10.14198/DOXA2018.41.06
- Amaya, A. y otros (2017). *Emociones y virtudes en la argumentación jurídica*, México: Tirant lo Blanch.
- Aristóteles (2010). *El arte de la retórica* (Traducción, introducción y notas Ignacio Granero), Bs. As.: Eudeba.
- Bacigalupo, E. (1998). “Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el derecho penal actual”, en Ouviaña, G. et al., *Teorías actuales en el derecho penal, 75º Aniversario del Código Penal*, Bs. As: Editorial Ad-Hoc, pp. 131-152.
- Bacigalupo, E. (2016). *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Hamurabi.
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Bobadilla, C. (2016). “La ‘pena natural’: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno”, *Polít. crim.* Vol. 11, N° 22, pp. 548-619.
- Choclán Montalvo, J. A. (1999). “La pena natural”, *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XX, N° 4797, Madrid, pp. 1-5.
- Coscia, O. (2000). “‘*Poena naturalis*’ versus pretensión estatal”, *Revista Jurídica de LexJuris*, Vol. 1 Primavera 2000, N° 1.
- Coscia, O. (2004). “Pena natural (notas acerca de su reaparición en el escenario del derecho penal)”, en Zaffaroni, E. R. et al. *Pensamiento penal del sur 1*, Bs. As.: Fabián Di Plácido Editor, pp. 403-424.

- Davidson, D. (2005). “Thought and Talk” en Davidson, D., *Inquiries into Truth and Interpretation*, Oxford: Clarendon Press, pp. 155-170. DOI:10.1093/0199246297.003.0011
- Davidson, D. (1999). “Reply to Andrew Cutrofello”, en Hahn, Lewis Edwin (ed.) *The philosophy of Donald Davidson*, The library of living philosophers, pp. 342-344.
- Duff, R. A. (2001). *Punishment, communication and community*, Oxford: Oxford University Press.
- Duff, R. A. (2007). “The intrusion of mercy”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, N° 4, pp. 361-387.
- Duff, R. A. (2011). “Mercy”, en Deigh, J. y Dolinko, D. (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 467-492, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780195314854.003.0016
- Duff, R. A. (2013). “Relational Reasons and the Criminal Law”, en Green, L. y Leiter, B. (eds.) *Oxford Studies in Philosophy of Law*. Vol. 2, Oxford: Oxford University Press, pp. 175-208.
- Duff, R. A. (2015). *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad* (selección de textos Roberto Gargarella, Gustavo Beade y Anthony Duff; traducción de Horacio Pons y revisión técnica de Laura Roth), Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Dworkin, R. (1978). *Taking Right Seriously*, Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2006). *Justice in robes*, Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for hedgehogs*, Cambridge: Harvard University Press.
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo* (Edic. de Miguel Carbonell), Madrid: Editorial Trotta, 2° edic.

- Figari, R. E. (2012). “Sobre la pena natural. Aciertos e inconveniencias. Comentario al fallo ‘G. s/Homicidio Agravado por el Vínculo’”, *IJ Editores - Argentina*, IJ-LXIV-719, 31-05-2012.
- Gargarella, R. (2016). *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Bs. As.: Siglo Veintiuno Editores.
- Jakobs, G. (1992). “El principio de culpabilidad”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo XLV, Fascículo III, 1992, pp. 1.051-1.083.
- Kant, I. (2010). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (Traducción y notas por Roberto Rodríguez Aramayo), Madrid: Gredos.
- Lariguet, G. y Samamé L. (2017). “El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial”, en: Amaya, A. y otros. *Emociones y virtudes en la argumentación jurídica*, México: Tirant lo blanch, pp. 81-103.
- Lepore, E. y Ludwig, K. (2005). *Donald Davidson Meaning, Truth, Language, and Reality*, Oxford: Clarendon Press.
- Maccormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: University Press.
- Martínez Zorrilla, D. (2010). *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid: Marcial Pons.
- Montero, J. (2016). “Una metodología para pensar sobre los derechos humanos”, en Lariguet, G (comp.), *Metodología de la investigación jurídica*, Córdoba: Editorial Brujas, pp. 283-293.
- Moreso, J. J. (2004). “Prólogo a Wittgenstein y la teoría del derecho”, en Narváez, M., *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons.
- Moretti, M. L. (2014). *Sistemas alternativos de solución del conflicto penal. La pena natural*, tesis para acceder al título de Abogada, Universidad Abierta Interamericana, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Sede Regional Rosario.
- Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho*, Ciudad de Buenos Aires: Astrea.

- Nussbaum, M. (2006). *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Buenos Aires: Katz Editores.
- Nussbaum, M. (2014). *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* (traducción de Albino Santos Mosquera), Barcelona: Paidós.
- Politoff, S. (1998). “Fines de la pena y racionalidad en su imposición”, *Ius et Praxis*, vol. 4, núm. 2, pp. 9-16.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, J. (1991). *Political Liberalism*, Nueva York: Columbia University Press.
- Roth, L. (2015). “El derecho penal de una comunidad política democrática”, en Duff, R. A. *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad* (selección de textos Roberto Gargarella, Gustavo Beade y Antony Duff; traducción de Horacio Pons y revisión técnica de Laura Roth), Bs. As.: Siglo Veintiuno Editores, pp. 13-23.
- Roxin, C. (1976). *Problemas básicos del derecho penal* (Trad. y notas de Luzón Peña, D. M.), Madrid: Reus S.A.
- Ruiz Miguel, A. (2018). “Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, N° 2, pp. 1-25.
- Seleme, H. (2016). “El método del equilibrio reflexivo y su uso en el derecho”, en Lariguet, G (comp.). *Metodología de la investigación jurídica*, Córdoba: Editorial Brujas, pp. 167-174.
- Silva Sánchez, J. M. (2015). *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Buenos Aires: B de F editores.
- Silva Sánchez, J. M. (2018). *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.
- Smart, A. (1968). “Mercy”, *Philosophy*, N° 43 (166), pp. 345-359, DOI 10.1017/S0031819100062872
- Snow, N. (1991). “Compassion”, *American Philosophical Quarterly*, vol. 28, núm. 3, pp. 195-205.

- Snow, N. (1993). "Self-forgiveness", *The Journal of Value Inquiry*, N° 27, 1, pp. 75-80.
- Strawson, P. F. (1992). *Analysis and Metaphysics. An Introduction to Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.
- Sunstein, C. R.; Kahneman, D.; Schkade, D. y Ritov, I. (2001). "Predictably Incoherent Judgments", *Law & Economics Working Papers*, N° 131.
- Sunstein, C. (2006). "Acuerdos carentes de una teoría completa en derecho constitucional", *Precedente*, pp. 31-49, <https://doi.org/10.18046/prec>
- Sunstein, C. (2018). *Legal Reasoning and Political Conflict* (Segunda edición), Oxford: Oxford University Press.
- Tasioulas, J. (2003). "Mercy", *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Vol. 103, pp. 101-132.
- Tasioulas, J. (2006). "Punishment and Repentance", *Philosophy* 81, pp. 279-322. DOI: 10.1017/S0031819106316063.
- Vitale, G. L. (1998). "Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal", en Ouviña, G. et al., *Teorías actuales en el derecho penal, 75º Aniversario del Código Penal*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, pp. 71-130.
- Zaffaroni, E. (1988). *Tratado de derecho penal. Parte general. Tomo V*, Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R., Alagia A. y Slokar, A. (2002). *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Zaffaroni, E. R., Alagia A. y Slokar, A. (2015). *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Ediar.

| JURISPRUDENCIA CITADA |

- Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Sala III, “Jugo Ortega, Micaela y otros s/art(s). 14346 (Ley de Protección Animal) Causa N° 0011542-00-00/14”, 25 de febrero de 2016.
- Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, “Sentencia N° 144 T° 1, F° 247/249 en el Legajo Judicial CUIJ N° 21-06002324-4”, 26 de mayo de 2014.
- Cámara Federal de Casación Penal – Sala III, “Cueva, Ariel Daniel y Denis, Cesar Oscar s/recurso de casación”, 10 de septiembre de 2012.
- Cámara Federal de Casación Penal – Sala IV, “Braslavsky, Luis Alberto s/ recurso de casación”, 22 de abril 2013.
- Cámara Federal de Casación Penal, “Benítez, Rafael Salvador s/recurso de casación”, 1° de septiembre de 2015.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional - Sala VI, “T., O. H. s/Procesamiento”, 31 de octubre de 2017.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional - Sala VII, “A., M. J. Procesamiento. Robo tentado. Instrucción 19/159 CCC 8025/2016/CA1”, 10 de marzo de 2010.
- Cámara Nacional de Casación Penal – Sala III, “Paz Castaño, Jonathan Damián y Campusano, Leonardo Elías s/recurso de casación”, 16 de abril de 2010.
- Cámara Nacional de Casación Penal - Sala IV, “Carrasco, Jaime Sandro s/ recurso de casación”, 5 de mayo de 2010.
- Cámara Nacional de Casación Penal - Sala IV, “Zeni, Cristian Maximiliano s/recurso de casación”, 4 de octubre de 2010.
- Juzgado Correccional N° 1 de Bahía Blanca, “Paredes Roberto Marcial S/ homicidio culposo agravado”, 31 de agosto de 2015.

- Juzgado de Garantías N° 8 de Lomas de Zamora, “G. s/Homicidio Agravado por el Vínculo”, 30 diciembre de 2011.
- Juzgado en lo Correccional N° 3 del Departamento Judicial Quilmes, “Causa N° 992/2015 (registrada en la Secretaría única de este Juzgado bajo el N° J-0007259), seguida a Silvia Beatriz Espínola por el presunto delito de homicidio culposo”, 11 de febrero de 2016.
- Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Criminal y Correccional Federal, “Bianchi Suárez s/Sobreseimiento”, 1° de febrero de 2012.
- Juzgado Nacional en lo Correccional N° 11 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Causa N° 27074/71, seguida por el delito de lesiones culposas y homicidio culposo - arts. 94 y 84 del Cod. Penal - del registro de Secretaría 71, y respecto de la situación procesal de Osvaldo y Juan Juan”, 28 de marzo de 2000.
- Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, “Causa nro. 07-02-002086-15, registro interno nro. 4844/5, seguida a Brian Leonel Giménez, en orden a los delitos de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda en grado de tentativa en concurso real con tenencia ilegal de arma de guerra”, 4 de agosto de 2016.
- Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 15 de la Capital Federal “Causa n° 40124/2018 (5895)”, 27 de septiembre de 2018.
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, “Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas”, 5 de mayo de 2011.
- Tribunal Supremo de España - Sala de lo Penal, “Sentencia N° 307/2008 de fecha 05/06/2008”.

El concepto de pena natural en la doctrina y la jurisprudencia penal

La *pena natural* es una situación paradójica que se puede presentar cuando el autor de un delito, al cometerlo o a causa de éste, ha sufrido un daño igual o mayor al que padecería si el juez de la causa le aplicara la pena estatal prevista para tal conducta. Se da con frecuencia al juzgar ciertos accidentes viales, cuando el acusado ya carga el peso de ser quien, por imprudencia, mató a su pareja o familiar cercano, por ejemplo. Pero ¿en qué situaciones y cómo cabe recurrir a la pena natural? En esta investigación, Manuel Serrano explora las diversas aristas y posturas en pugna que atraviesan este tema, donde se cruzan cuestiones como la idea de la “culpa compensada”, la prohibición de aplicar castigo doble por un mismo hecho (*non bis in idem*) y la clemencia judicial. El autor desmonta la estructura conceptual de la pena natural, estudia jurisprudencia argentina y recorre producciones teóricas de juristas que se han preocupado por este asunto complejo, profundo y poco abordado del derecho penal.