

La discusión en torno al estatus jurídico conceptual o naturaleza jurídica de la pena natural (*poena naturalis*)¹

The discussion around the conceptual legal status about the *poena naturalis*

Manuel Francisco Serrano

*Universidad Nacional de San Luis – CONICET (Argentina)*²

Sumario: 1. Introducción. 2. La *poena naturalis* como un caso de compensación de culpabilidad. 3. La clemencia o compasión judicial como fundamento de la *poena naturalis*. 4. La *poena naturalis* como derivación de los principios de legalidad, proporcionalidad y racionalidad. 5. Valor normativo de los principios en la aplicación de la pena natural. 6. Conclusión.

Resumen: En el presente trabajo me interesa abordar un aspecto específico dentro del problema conceptual que implica la pena natural: su estatus jurídico conceptual o su naturaleza jurídica. En otras palabras, aquí responderé a la pregunta acerca de qué es la pena natural para el derecho. En la literatura se pueden reconocer tres posturas en pugna: una que afirma que la pena natural es una compensación de la culpabilidad, otra según la cual la pena natural es producto de la clemencia o la compasión judicial, y la última que defiende que los principios de legalidad, proporcionalidad y racionalidad permiten justificar la pena natural. Me detendré en cada una de ellas a fin de realizar un examen crítico que me permita concluir cuál es la concepción que mejor fundamenta la pena natural.

Palabras clave: pena natural, naturaleza jurídica, compensación de culpabilidad, compasión y clemencia judicial, principios de legalidad, proporcionalidad y racionalidad.

Abstract: In the present work I am interested in addressing a specific aspect within the conceptual problem that *poena naturalis* implies. In other words, here I will answer the question about what is the *poena naturalis*. We can be recognized three theories: one that affirms that the *poena naturalis* is a compensation for culpability, another according to which the *poena naturalis* is the product of clemency or compassion, and the last that defends that the principles of legality, proportionality and rationality allow justifying the *poena naturalis*. I will stop at each one of them in order to carry out a critical examination that will allow me to conclude which is the conception that best supports natural punishment.

Keywords: *Poena naturalis*, compensation of guilt, compassion and clemency, principles of legality, proportionality and rationality.

¹ El presente trabajo forma parte de mi tesis de maestría en filosofía en la Universidad Nacional de Quilmes. Agradezco profundamente los aportes de mis directores, Guillermo Lariguet y Facundo García Valverde para alcanzar la preciada meta.

² Abogado (Universidad Nacional de San Luis), Magíster en Filosofía (Universidad Nacional de Quilmes), Ayudante docente en Ética (Universidad Nacional de San Luis), becario del Consejo Nacional de Investigación Científicas y Técnicas (CONICET).

1. Introducción

Los casos 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 corresponde en caso de aplicarse la pena estatal. Ejemplos de estos son aquellos en los que el acusado es juzgado ser el responsable de la muerte de su pareja – o un familiar o ser querido – a causa de su imprudencia en el manejo de su automóvil. En estas situaciones, muchas veces los jueces deciden no imponer una pena – o aplicar una menor a la que le corresponde de acuerdo a las previsiones legales. En otro lugar³, afirmé 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.

Para alcanzar esta conceptualización me enfoqué en dos agentes privilegiados de la práctica jurídica: los juristas y los jueces, a través de sus producciones teóricas y la jurisprudencia vinculada a la pena natural. Luego de describir los profundos desacuerdos existentes (definiciones, tipos de delitos que lo habilitan, sujeto habilitado a dictarla, entre otros) en torno a este fenómeno, apelando al *constructivismo interpretativista* propuesto por Ronald Dworkin⁴, propuse una interpretación de la práctica bajo la concepción comunicativa del castigo⁵ según la cual 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 víctima⁶. En este sentido, pude concluir que la pena natural se caracterizaba por lo siguiente:

- 1) El concepto de pena natural se refiere al daño o sufrimiento (de naturaleza física o aflictiva) que recae sobre una persona.
- 2) El delito es diferenciable analíticamente de la pena natural.
- 3) Ambos están relacionados de manera dependiente, en el sentido de que la pena natural sólo existe a partir de un delito, pero no a la inversa.
- 4) La pena natural afecta al cumplimiento de la pena, pero no a la responsabilidad por el hecho. De aquí que el agente sea responsable 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.
- 5) El reconocimiento de la pena natural no depende del aspecto subjetivo del delito, es decir, no necesariamente se relaciona con la culpa o el dolo.
- 6) 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

³ Me refiero a mi tesis de maestría titulada *El concepto de pena natural (poena naturalis) en la doctrina y la jurisprudencia penal* disponible en <https://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/2972> y a un artículo independiente que se encuentra en proceso de revisión titulado *Los elementos constitutivos del concepto de pena natural*.

⁴ DWORKIN, R. *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 65 – 68

⁵ No es mi intención realizar una defensa acerca de por qué esta perspectiva teórica es la que mejor justifica el fenómeno analizado, ya que una tarea de tal magnitud excede por demás el presente trabajo, además, su profundización no implicaría algún beneficio para el desarrollo argumentativo que pretendo realizar aquí. Es estatus jurídico conceptual de la pena natural, si bien se encuentra relacionado con la teoría que se escoja para justificarla, implica una discusión independiente referida a qué normas o principios son las que habilitan su dictado.

⁶ DUFF, R. A. *Punishment, communication and community*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. xvii – xviii

las que la sentencia no sea injusta. Además, este principio tiene como límite infranqueable la prohibición de desproporcionalidad por exceso.

7) 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.

Aceptados estos elementos, corresponde determinar cuál es el estatus jurídico de la pena natural, esto es: qué es la pena natural para el derecho o – de manera más concreta – para determinado sistema jurídico. En este punto nos encontramos con tres posturas diferentes: a) *la pena natural es una compensación de la culpabilidad*, sostenida por Enrique Bacigalupo, quien es seguido por autores como Choclán Montalvo. b) *La clemencia o la compasión judicial como fundamentos de la pena natural*, en la cual 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. c) *La pena natural encuentra amparo en los principios de legalidad, proporcionalidad y racionalidad*, defendida por Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, que son seguidos por autores como Gustavo Vitale y numerosa jurisprudencia argentina.

En concreto, en este trabajo responderé la pregunta acerca de qué es la pena natural para el derecho. Este abordaje no sólo 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.

2. La *poena naturalis* como un caso de compensación de culpabilidad

Enrique Bacigalupo⁷ comienza planteando su postura a partir de afirmar 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 sólo 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 Roxin⁸, pretende⁹ derivar su fundamentación ética del deontologismo kantiano: la prohibición de utilizar como un

⁷ BACIGALUPO, E. "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*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1998, pp. 133 – 135.

⁸ ROXIN, C. *Problemas básicos del derecho penal*, Reus S.A, Madrid, 2017, pp. 29 – 31.

⁹ La pretensión no es más que el clásico reproche que las teorías retributivas le achacan a las teorías consecuencialistas pena. No es mi idea ingresar a esta discusión en este trabajo, sino

simple medio a una persona¹⁰. Según Bacigalupo¹¹, sólo 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 error sobre los hechos y, al menos, sobre la antijuridicidad; y c) sólo puede ser responsable quien tenga las condiciones psíquicas¹² 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 culpabilidad¹³.

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 disminuyéndola¹⁴.

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 culpabilidad. Estos males pueden ser *jurídicos* o *naturales*. Sólo estos últimos dan lugar a lo que se conoce como *poena naturalis*¹⁵.

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 se ha producido una compensación de la culpabilidad. 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 Montalvo¹⁶ quien sostiene que, si bien rige el principio *nulla poena sine culpa*, no funciona a la inversa. La necesidad de la pena sólo 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 sólo debe aparecer cuando no se han encontrado otras soluciones por la comunidad social. De aquí que la reparación del daño y el perdón

únicamente remarcar cuál es el fundamento normativo que le permite a Bacigalupo darle la importancia que le da al principio de culpabilidad.

¹⁰ Ak. iv, 429 F – A66/A67

¹¹ BACIGALUPO, E. "Principio de culpabilidad, carácter del autor... *op. cit.* p. 135

¹² El autor se refiere a esto como condiciones *espirituales*.

¹³ BACIGALUPO, E. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hamurabi, 2016, p. 170

¹⁴ BACIGALUPO, E. "Principio de culpabilidad, carácter del autor... *op. cit.* p. 144.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 145 – 146.

¹⁶ CHOCLÁN MONTALVO, J. A. "La pena natural" *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XX, N° 4797, Madrid, 1999, pp. 2 – 3.

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 tortuosa¹⁷ en relación a la aceptación de la pena natural como una atenuante analógica – 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 abordada¹⁸. En la sentencia 307/2008 – en la que el mismo Bacigalupo es ponente – se decidía si debía atenuarse la condena frente al caso de un ciudadano boliviano que había ingresado a España con cuarenta capsulas que contenían 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 palabra 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”.¹⁹

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.²⁰.

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. 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 sociales²¹.

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.

¹⁷ RUIZ MIGUEL, A. “Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, N° 2, Año 2018, p. 7.

¹⁸ En 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.

¹⁹ Tribunal Supremo de España - Sala de lo Penal, “Sentencia N° 307/2008 de fecha 05/06/2008”.

²⁰ BACIGALUPO, E. *Derecho penal. Parte general... op. cit.*, p. 171

²¹ MARTÍNEZ ZORRILLA, D. *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 140

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

Entre las críticas que se han realizado a esta postura, destaca la de Alfonso Ruiz Miguel²², quien entiende que la *compensación destructiva* de la culpabilidad y la *compensación constructiva* de la culpabilidad emplean las nociones de compensación y de culpabilidad en sentidos diferentes. 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 sólo a la culpabilidad, sino a la acción misma. De aquí que sólo 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. El problema radica en que 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 mismo 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”²³. 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 he afirmado al principio, 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 los casos de pena natural nos encontramos frente a un delito. La pena natural no afecta esto, sino que impacta en la pena.

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, 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. La distinción entre delito y pena natural no sólo tiene razón de ser en una distinción

²² RUIZ MIGUEL, A. “Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)” ... *op. cit.*, pp. 12 – 13

²³ BACIGALUPO, E. *Derecho penal. Parte general...* *op. cit.*, p. 596

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 perdona su accionar incorrecto. La perspectiva comunicativa del castigo reconoce que la condena de los delitos tiene consecuencias positivas en la sociedad, ya que no solo se le comunica al delincuente que ha obrado mal, sino que se reconoce el estatus vulnerado de la víctima y también se comunica a la sociedad que acciones como las cometidas por el delincuente, no son permitidas y no pueden ser pasadas por alto²⁴. 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 sería tolerable ya que implicaría una violación del principio de igualdad (frente a un mismo delito tendríamos delincuentes cuya pena no se limita a la cárcel, sino que también al sufrimiento propio de la pena natural) y de la prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes (por dejar de lado la proporcionalidad del castigo con las circunstancias que rodean el caso), tal como se verá más adelante.

Por estas razones es que la teoría de la compensación de la culpabilidad no puede ser sostenida²⁵. 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*.

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

Es posible reconocer otra postura acerca del estatus 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, Luciana Samamé y algunos teóricos anglosajones. Para estos autores, la pena natural se encuentra profundamente relacionada con las emociones morales que tiene – o debería tener – el juez²⁶ o que cimentan – o deberían hacerlo – determinados sistemas jurídicos.

A grandes rasgos, es posible caracterizar a la compasión como “una emoción esencialmente altruista, ya que hace referencia a nuestra susceptibilidad frente a la

²⁴ Esto no solo se encuentra presente en la teoría comunicativa del castigo, sino que también es posible reconocerlo en el republicanismo penal. Ver BRAITHWAITE, J. y PETTIT P. *No sólo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2015.

²⁵ A 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 positivas 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 un 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.

²⁶ 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.

desdicha ajena y al interés concomitante de mitigarla, o cuanto menos, no aumentarla"²⁷. 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"²⁸.

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 estar²⁹. Martha Nussbaum dirá que la compasión contiene creencias³⁰: 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 humanos³¹ sientan compasión por los demás.³²

Como afirman Lariguet y Samamé: "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"³³.

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 particular, Ruiz Miguel 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 alguien su delito más allá o al margen de las razones de justicia que le hacen merecedor de una determinada pena"³⁴.

²⁷ LARIGUET, G. y SAMAMÉ L. "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, 2017, p. 86.

²⁸ Retórica 1384b

²⁹ SNOW, N. "Compassion", *American Philosophical Quarterly*, vol. 28, núm. 3, 1991, p. 197

³⁰ En 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, M. *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?*, Barcelona, Paidós, 2014, p. 175.

³¹ La 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.

³² NUSSBAUM, M. *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Buenos Aires, Katz Editores, 2006, pp. 66 – 68

³³ LARIGUET, G. y SAMAMÉ L. "El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial" ... *op. cit.*, p. 86

³⁴ RUIZ MIGUEL, A. "Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)" ... *op. cit.*, p. 2.

Ruiz Miguel 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 merecido³⁵.

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 pena³⁶. Sólo si la vemos como pena podemos relacionarla con la justicia y, en su caso, compensarla con la pena jurídica³⁷.

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, “[s]i 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”³⁸.

Para el autor, un claro ejemplo de este salto argumentativo injustificado es la postura de Bacigalupo, quien – como se vio anteriormente – no distingue las claras diferencias entre la compensación constructiva y la destructiva de la culpabilidad. 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 justicia³⁹, 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: “[u]n 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,

³⁵ *Ibíd.*, p. 4.

³⁶ 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.

³⁷ *Ibíd.*, p. 9.

³⁸ *Ibíd.*, p. 11.

³⁹ Es 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.

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 totalidad⁴⁰.

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 e ingresaría al campo de la justicia⁴¹.

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 un juez se 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.

Para estos autores, 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 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"⁴² 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. De esta manera – afirman Samamé y Lariguet – si el juez no hubiese mostrado sensibilidad ante la situación del acusado, seguramente no hubiera llegado a dicha conclusión⁴³.

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. Antes de abordar esta perspectiva, debe tenerse en cuenta que estos teóricos hablan de *mercy*, *compassion* 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.

Uno de los más prominentes teóricos en este sentido es Antony Duff, para quien la compasión no es una aplicación del derecho penal, pero implica una intromisión en

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 14.

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 15 – 16.

⁴² Juzgado de Garantías N 8 de Lomas de Zamora, "G. s/Homicidio Agravado por el Vínculo", 30 diciembre de 2011.

⁴³ LARIGUET, G. y SAMAMÉ L. "El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial" ... *op. cit.*, pp. 95 – 96

dicha esfera por parte de los valores morales que no son materia de justicia⁴⁴. Posicionándose en una concepción comunicativa del castigo, sostiene que los jueces sólo 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 proporcionalidad⁴⁵: si el delito es menos serio que el sufrimiento, entonces se debe correr el foco del delito y ponerlo en el sufrimiento⁴⁶.

En un sentido similar, John Tasioulas 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 delincuente, 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 sólo 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 correspondiente⁴⁷.

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 compasión⁴⁸.

Por último, una autora que trabaja el problema de la compasión en las decisiones judiciales es Alwynne Smart, quien 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 compasión⁴⁹.

En resumen, para esta postura, el estatus jurídico de la pena natural se encuentra en la compasión *qua* emoción moral. 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.

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

⁴⁴ DUFF, R. A. “The intrusion of mercy”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, N° 4, 2007, p. 381.

⁴⁵ Para afirmar esto, el autor apela a un ejemplo muy ilustrativo: el caso de un sujeto que se dirige a la casa de su amigo para reprocharle un mal que le ha causado; sin embargo, al llegar se entera que la esposa de su amigo ha fallecido. En esta circunstancia sería inhumano continuar con el reproche, sin que importe la situación personal del agente. DUFF, R. A. “Mercy” en: DEIGH, J. y DOLINKO, D. (edits.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780195314854.003.0016.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 369 – 370.

⁴⁷ TASIOULAS, J. “Mercy”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Vol. 103, 2003, pp. 116 – 118

⁴⁸ *Ibid.* p. 121.

⁴⁹ SMART, A. “Mercy”, *Philosophy*, N° 43 (166), 1968, pp. 345 – 350.

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 derecho⁵⁰, 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 Duff⁵¹ al tratar la compasión en el derecho penal.

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 hacer en base a normas o principios jurídicos. En este punto es posible encontrar dos respuestas: una de tinte más positiva, en la que Ruiz Miguel 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 justicia⁵². Por el otro, una solución más bien integrista – en términos dworkinianos – en la que Lariguet y Samamé 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 natural⁵³.

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 no es un hecho novedoso, como tampoco significa que no sean aplicables a los delitos dolosos. En los casos de pena natural, uno de los elementos determinantes de su reconocimiento es la proporcionalidad entre el sufrimiento y la pena correspondiente. Es claro que un delito culposo tiene una pena mucho menor que el mismo delito cometido con dolo, situación que facilita reconocer situaciones de desproporcionalidad. Los clásicos ejemplos de accidentes automovilísticos en el que el conductor es responsable de la muerte o severos daños en la salud de un ser querido – o daños severos en su propia salud – dan cuenta una desproporcionalidad más clara que el delincuente que es apuñalado por la víctima durante una golpiza que culmina en su muerte o durante una violación. En estos casos no es el carácter subjetivo del delito lo que se analiza, sino la desproporción entre el daño que recae sobre el delincuente y la pena legal que le correspondería. Mientras que en el primero nos encontramos ante un sufrimiento significativo y una posible pena en suspenso; en el segundo, por el contrario, es un daño menor comparado con la pena que corresponde ante estos delitos atroces.

Por otro lado, existen casos de pena natural en delitos dolosos, lo cual impide negar que la imaginación empática tenga cabida en estos delitos, como dan cuenta diferentes casos jurisprudenciales existentes⁵⁴. Más aún, los mismos jueces

⁵⁰ Con 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.

⁵¹ DUFF, R. A. "Mercy"... *op. cit.*

⁵² RUIZ MIGUEL, A. "Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)" ... *op. cit.*, pp. 15 - 16

⁵³ LARIGUET, G. y SAMAMÉ L. "El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial" ... *op. cit.*, pp. 95 - 96

⁵⁴ Aunque existan muy pocas, hay sentencias en los que se ha reconocido una pena natural en el marco de juicios por delitos dolosos. Entre los ejemplos jurisprudenciales, tal vez el más claro sea la "Causa n° 40124/2018 (5895)" 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,

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 concepto⁵⁵. 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 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 Lariguet 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.

amenazó a los empleados y se dirigió a la caja registradora para apoderarse del dinero que contenía. 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. Daños sumados a que el robo no se concretó, por lo cual no hubo una disminución patrimonial del local ni de sus empleados. Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 15 de la Capital Federal "Causa n° 40124/2018 (5895)", 27 de septiembre de 2018. Ver también: 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.

⁵⁵ AGÜERO-SAN JUAN, S. "¿Qué involucra un análisis conceptual en red? Alcances de una imagen strawsoniana para la teoría del derecho" en DOXA, *Cadernos de Filosofía del Derecho*, 41, 2018, p. 115. DOI: 10.14198/DOXA2018.41.06; y MORESO, J. J. "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, 2004, p. 17

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 jurídico⁵⁶. 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 peso⁵⁷ de cada uno en la situación particular⁵⁸.

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 el punto a discutir es que ambas posiciones acarrear 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 estos autores es que la compasión es una emoción que se materializa en la sentencia a través del principio de compasión⁵⁹.

Aquí no estoy en condiciones de refutar o confirmar dicha afirmación. Para ello, sería necesario un trabajo independiente que no sólo 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 el presente trabajo. En concreto, no estoy desechando esta postura, sino que reconozco que debe ser profundizada para lograr una respuesta más lograda.

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 a continuación.

4. La *poena naturalis* como derivación de los principios de legalidad, proporcionalidad y racionalidad

La tercera fundamentación de la pena natural tiene a Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, quienes abordan esta cuestión, 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

⁵⁶ De 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.

⁵⁷ Esta 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.

⁵⁸ DWORKIN, R. *Taking Right Seriously*, Massachussetts, Harvard University Press, 1978, pp. 22 – 28

⁵⁹ La 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.

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.

Como es sabido, 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. Los juristas que trato aquí, 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 ilícitas⁶⁰.

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 sólo busca castigar⁶¹.

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 40⁶² y 41⁶³ del Código Penal Argentino 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, éste último no da un criterio inflexible de individualización de la pena. Por el contrario, la interpretación de ambos artículos requiere una reconstrucción dogmática⁶⁴. 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

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 996.

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² Artículo 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.

⁶³ Artículo 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.

⁶⁴ ZAFFARONI, E. *Tratado de derecho penal. Parte general. Tomo V*, Buenos Aires, Ediar, 1988, p. 295

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 cruel⁶⁵.

Un autor que se enmarca en esta postura es Gustavo Vitale, para quien la pena constituye una *excusa absolutoria*⁶⁶ 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 punibilidad⁶⁷. 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: "[e]s 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 cumplimiento del fin de "reinserción social" que las normas fundamentales le atribuyen a su ejecución"⁶⁸.

Los casos jurisprudenciales donde se ve materializada esta postura son abundantes⁶⁹. En "Paredes Roberto Marcial S/ homicidio culposo agravado" 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 determinó que el acusado era responsable del delito y declaró la inconstitucionalidad – para el caso particular – de la pena establecida en el Código Penal por resultar cruel, inhumana, desproporcionada, irrazonable y superflua⁷⁰.

⁶⁵ ZAFFARONI, E. R., ALAGIA A. y SLOKAR, A. *Derecho penal. Parte general ... op. cit.*, p. 997

⁶⁶ El 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.

⁶⁷ VITALE, G. L. "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, 1998, pp. 115 – 117

⁶⁸ *Ibid.*, p. 118.

⁶⁹ En 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 distancian de la postura sobre el estatus de la pena natural, o lo apliquen incorrectamente.

⁷⁰ Juzgado Correccional Nº 1 de Bahía Blanca, "Paredes Roberto Marcial S/ homicidio culposo agravado", 31 de agosto de 2015.

En otra situación, al momento de analizar si correspondía dictar el sobreseimiento del acusado, un juez sostuvo: “[a]ctuar 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”.⁷¹

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”.⁷²

Como se observa, 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 a la postura de compensación de culpabilidad, en 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: “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 retraer (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”⁷³.

Al imponer una pena sin tener en cuenta el daño sufrido – o que está sufriendo – por el acusado, la pena no sólo 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 sólo 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.⁷⁴ Además, el apelar a estos principios no es una cuestión exclusiva

⁷¹ Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Criminal y Correccional Federal, “Bianchi Suárez s/Sobreseimiento”, 01 de febrero de 2012.

⁷² 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, pp. 15.

⁷³ BECCARIA, C. *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 33 – 34

⁷⁴ Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, “Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas”, 05 de mayo de 2011; Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Criminal y Correccional

de estos autores, ni es contraria a la perspectiva comunicativa. Teóricos como Patricia Ziffer⁷⁵, Gustavo Vitale⁷⁶, Antony Duff⁷⁷ y John Tasioulas⁷⁸ 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 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 castigo⁷⁹. Duff, 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 establece⁸⁰.

Un camino diferente, pero no por eso contradictorio, es el que toma Jesús-María Silva Sánchez, 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 castigo⁸¹. 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 sufrimiento⁸².

Como es sabido, en muchos casos de pena natural los acusados se encuentran con serios problemas de salud física⁸³ o mental⁸⁴, que se agravarían si fuesen

Federal, "Bianchi Suárez s/Sobreseimiento", 01 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 Espinola 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.

⁷⁵ ZIFFER, P. S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Bs. As., Ad Hoc, 2013.

⁷⁶ VITALE, G. L. "Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal" ... op. cit.

⁷⁷ DUFF, R. A "The intrusion of mercy" ... op. cit.

⁷⁸ TASIOULAS, J. "Mercy" ... op. cit.

⁷⁹ TASIOULAS, J. "Mercy" ... op. cit., p. 119.

⁸⁰ DUFF, R. A "The intrusion of mercy" ... op. cit., p. 370.

⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2018, p. 161

⁸² *Ibid.*, pp. 141 - 142.

⁸³ Tribunal 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", 01 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.

⁸⁴ "Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, "Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas", 05 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-

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, me encuentro 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 la constitución argentina, 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*. En los casos de pena natural hay dos hechos analíticamente diferenciables: el delito 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, la proporcionalidad se establece en base a una serie de consideraciones razonables, aceptando que no es necesario llegar a la proporcionalidad justa.

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

Aceptado esto, sólo 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.⁸⁵ 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.

0007259), seguida a Silvia Beatriz Espinola por el presunto delito de homicidio culposo”, 11 de febrero de 2016.

⁸⁵ Cámara 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.

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.⁸⁶ 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. Sólo 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 Argentina 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 aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".

En el mismo sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸⁷, la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸⁸ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁹ 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 1⁹⁰ y 33⁹¹ 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 sólo 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, la proporcionalidad "surge de los principios de igualdad ante la ley, de racionalidad, de razonabilidad y de culpabilidad por el hecho"⁹². Teniendo en cuenta estos principios y los instrumentos donde se encuentran plasmados, Vitale afirmará que su aplicación no es una opción para los jueces, sino que es obligatorio. En otras palabras, no es necesaria la existencia de

⁸⁶ Con 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 por demás el presente trabajo. La situación particular de estos principios, parece superar estas discusiones y abrir el camino para dar una respuesta acerca de su estatus normativo.

⁸⁷ Artículo XXV: ... Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

⁸⁸ Artículo 5º: Nadie estará sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

⁸⁹ Artículo 7º: 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.

⁹⁰ Artículo 1º: La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

⁹¹ Artículo 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.

⁹² Vitale, G. L. "Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal" ... op. cit. p. 76.

una norma que reconozca de manera expresa la pena natural, sino que su aplicación se deriva de una serie de principios jurídicos⁹³.

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 afirmé en la introducción, 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.

6. Conclusión

En el presente trabajo me interesé por abordar un problema específico dentro del fenómeno de la *poena naturalis*: su estatus jurídico conceptual o su naturaleza jurídica. La literatura reconoce tres concepciones diferentes. La primera propugna que la pena natural obedece a una compensación destructiva de la culpabilidad, según la cual, los daños que recaen en el agente implican una menor culpabilidad y, por lo tanto, una pena menor. Deseché esta postura porque, al ubicar a la pena natural como un problema de culpabilidad, deja de lado varios elementos que permiten reconocer y justificar su funcionamiento. En segundo lugar, la postura que defiende a la compasión o la clemencia judicial como fundamentos de la pena natural, si bien se asienta sobre presupuestos teóricos firmes y brida luz para interpretar diversos aspectos del funcionamiento de la *poena naturalis*, presenta un desarrollo *embrionario* en términos conceptuales. En efecto, una tarea necesaria para poder postular su defensa es la conceptualización de la compasión en el derecho y su funcionamiento en el razonamiento judicial. No pienso que esta postura sea incorrecta, sino que requiere mayor profundización teórica, tarea que implica un análisis independiente. La última postura no reniega de los planteos de la segunda – de allí que varios de sus teóricos se puedan asentar aquí – sino que se enfoca en un análisis netamente jurídico: los principios de proporcionalidad, humanidad e

⁹³ *Ibíd.*, pp. 115 – 117.

irracionalidad mínima son los que permiten fundamentar la pena natural. Esta concepción es la que mejores argumentos presenta para justificar y fundamentar este fenómeno; además, permite concluir que su reconocimiento judicial no es una opción, sino una obligación por parte de los jueces.

Bibliografía

- AGÜERO-SAN JUAN, S. "¿Qué involucra un análisis conceptual en red? Alcances de una imagen strawsoniana para la teoría del derecho" en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 41, 2018, pp.101 - 109. DOI: 10.14198/DOXA2018.41.06
- BACIGALUPO, E. "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*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1998, pp. 131 - 152.
- BACIGALUPO, E. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hamurabi, 2016.
- BECCARIA, C. *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- BRAITHWAITE, J. y PETTIT P. *No sólo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2015.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. "La pena natural" *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XX, N° 4797, Madrid, 1999, pp. 1 - 5.
- DUFF, R. A. *Punishment, communication and community*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- DUFF, R. A. "The intrusion of mercy", *Ohio State Journal of Criminal Law*, N° 4, 2007, pp. 361 - 387.
- DUFF, R. A. "Mercy" en: DEIGH, J. y DOLINKO, D. (edits.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780195314854.003.0016
- DWORKIN, R. *Taking Right Seriously*, Massachusetts, Harvard University Press, 1978.
- DWORKIN, R. *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (Traducción y notas por Roberto Rodríguez Aramayo), Madrid, Gredos, 2010
- LARIGUET, G. y SAMAMÉ L. "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, 2017, pp. 81 - 103.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D. *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- MORESO, J. J. "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, 2004, pp. 13 - 24.
- NUSSBAUM, M. *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Buenos Aires, Katz Editores, 2006.
- NUSSBAUM, M. *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?*, Barcelona, Paidós, 2014.
- ROXIN, C. *Problemas básicos del derecho penal*, Reus S.A, Madrid, 2017.
- RUIZ MIGUEL, A. "Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)", *InDret Revista para el análisis del derecho*, N° 2, Año 2018, pp. 1 - 25.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2018.
- SMART, A. "Mercy", *Philosophy*, N° 43 (166), 1968, pp. 345 - 359, DOI 10.1017/S0031819100062872.
- SNOW, N. "Compassion", *American Philosophical Quarterly*, vol. 28, núm. 3, 1991, pp. 195 - 205.

- TASIOULAS, J. "Mercy", *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Vol. 103, 2003, pp. 101 – 132.
- VITALE, G. L. "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, 1998, pp. 71 – 130.
- ZAFFARONI, E. *Tratado de derecho penal. Parte general. Tomo V*, Buenos Aires, Ediar, 1988
- ZAFFARONI, E. R., ALAGIA A. y SLOKAR, A. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2002.
- ZAFFARONI, E. R., ALAGIA A. y SLOKAR, A. (2015) *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- ZIFFER, P. S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Bs. As., Ad Hoc, 2013.

Jurisprudencia citada

- 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 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 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 Espinola por el presunto delito de homicidio culposo", 11 de febrero de 2016.
- Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Criminal y Correccional Federal, "Bianchi Suárez s/Sobreseimiento", 01 de febrero de 2012
- 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 Nacional de 1º Instancia en lo Criminal y Correccional Federal, "Bianchi Suárez s/Sobreseimiento", 01 de febrero de 2012.
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, "Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas", 05 de mayo de 2011.
- 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 Supremo de España - Sala de lo Penal, "Sentencia N° 307/2008 de fecha 05/06/2008".