

Los elementos constitutivos del concepto de pena natural*

The constitutive elements of *poena naturalis*

Manuel Francisco Serrano
Magíster en Filosofía
Profesor Asistente de Ética de la Universidad Nacional de San Luis
mserrano@unsl.edu.ar
<https://orcid.org/0000-0002-1515-2395>

Fecha de recepción: 28/05/2021.
Fecha de aceptación: 15/03/2022.

Resumen

El trabajo consiste en una elucidación de los elementos que conforman el concepto de pena natural (*poena naturalis*) en el Derecho penal. Se puede caracterizar la pena natural como el daño o sufrimiento que recae sobre el autor de un delito, producto de la comisión del mismo, que debe ser descontado de la pena legal que ha de aplicársele. Si bien existe un mínimo acuerdo sobre esto, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina penal se observan serios desacuerdos acerca de los requisitos que se deben cumplir para reconocer que se está frente a una pena natural. Para elucidar los elementos, se utilizará el constructivismo conceptual de Ronald Dworkin, a fin de describir el desacuerdo y sus implicancias, reconocer los elementos principales de la pena natural y justificarlos bajo su mejor luz moral.

Palabras clave: Pena natural, arrepentimiento, proporcionalidad, concepto.

Abstract

This study focuses on the clarification of the conceptual elements of *poena naturalis* in criminal law settings. The *poena naturalis* is the damage or suffering that falls on the convict for its commission. This damage must be deducted from the *poena forensis* to be applied. Although there is a minimum agreement about the concept of *poena naturalis*, in the jurisprudence and among legal scholars, there are serious disagreements about the elements of *poena naturalis*. To elucidate the elements, I will adopt Ronald Dworkin's conceptual constructivism to describe the disagreement and its implications. At last, I will justify the main elements of the *poena naturalis* by their best moral light.

Keywords: *poena naturalis*, repentance, proportionality, concept.

* El presente trabajo corresponde a un capítulo de mi tesis de maestría titulada “El concepto de pena natural (*poena naturalis*) en la doctrina y la jurisprudencia penal”. Agradezco especialmente a mis directores: Guillermo Lariguet y Facundo García Valverde por las meticulosas observaciones realizadas.

Introducción

Uno de los fenómenos paradójicos que se presentan en el ámbito del Derecho penal es la pena natural o *poena naturalis*. Son casos paradójicos porque, si bien se ha acreditado que el acusado ha cometido el delito por el que se lo acusa, los jueces deciden no condenarlo a la pena establecida en la ley penal y, en consecuencia, eximirlo de pena o aplicar una menor. De manera más precisa, los casos que ingresan dentro de la categoría de pena natural son aquellos en los que el autor, a causa o en ocasión de la comisión del delito, ha sufrido un daño de magnitud igual o superior al que le corresponde en caso de aplicarse la pena estatal. Ejemplos típicos de estos casos son aquellos en los que el acusado es juzgado por la muerte de su pareja —o un familiar o ser querido— a causa de su imprudencia. Los accidentes automovilísticos son un campo fructífero de ellos. Aquí, los jueces muchas veces afirman que el acusado ya está sufriendo una pena: el peso en su conciencia de ser quien ha matado a su pareja, por lo que aplicar una pena más significaría un exceso o una violación a la prohibición del doble castigo por el mismo hecho (principio *non bis in ídem*)¹. Otros autores sostienen que, en realidad, se está frente a una situación de compensación de culpabilidad². Esto es, con el sufrimiento, el autor ha compensado su culpabilidad y, por lo tanto, esto debe verse reflejado en la pena. A su vez, un tercer grupo afirma que la pena natural constituye un claro caso de clemencia judicial, donde la situación particular que se juzga habilita que el juez sea clemente o compasivo y disminuya o cancele el castigo.³

Estas discusiones se encuentran lejos de haber concluido.⁴ Tampoco se puede afirmar que los desacuerdos se limiten al fundamento normativo de la pena natural. La delimitación de los elementos de la *poena naturalis* se presenta como el tema que más discusiones ha presentado ¿En todos los delitos es posible reconocer una pena natural? ¿Únicamente en los delitos culposos? ¿Solo en aquellos delitos con una pena menor? ¿Quién puede ser beneficiado de esto? ¿Qué características debe tener la víctima del delito? ¿El sufrimiento recae sobre cualquier bien o solo sobre el cuerpo o la salud del acusado? Todas estas preguntas enfrentan diferentes respuestas de acuerdo a la postura que tome el teórico o juez que responda.

A su vez, estas discusiones no solo se ven reflejadas en las sentencias o trabajos teóricos, sino también en la legislación. De esta manera, nos encontramos con códigos que lo limitan a determinados delitos, otros que lo establecen como una facultad del órgano de persecución (principio de oportunidad) y otros como una decisión del juez. En fin, estamos frente a un fenómeno que presenta diversas concepciones en pugna.

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

¹ ZAFFARONI *et al.* (2002), p. 996; VITALE (1998), pp. 115-117

² BACIGALUPO (1998), p. 144; CHOCLÁN MONTALVO (1999), pp. 2-3.

³ RUIZ MIGUEL (2018), p. 14; SAMAMÉ y LARIGUET (2017), pp. 95-96; DUFF (2007), pp. 369-370; TASIOULAS (2003), p. 121; y SMART (1968), pp. 345-350.

⁴ En particular, en este trabajo voy a omitir ingresar a este desacuerdo. La razón radica en que un análisis de tal magnitud excede por demás los objetivos que me propongo aquí. Para un análisis detallado de esta cuestión ver SERRANO (2021), *passim*.

Para cumplir este objetivo me apoyaré en el constructivismo interpretativista propuesto por Ronald Dworkin.⁵ En particular, voy a partir de la premisa que el concepto de pena natural es interpretativo, por lo que su elucidación no solo depende de identificar los elementos principales de una práctica, sino también justificarlos bajo su mejor luz moral.⁶ El marco teórico que permitirá justificar esta práctica lo dará la concepción comunicativa del castigo propuesta por Antony Duff.⁷ La concepción comunicativa es una teoría normativa del Derecho penal y procesal penal para sistemas reales, que presta atención a los valores morales, observa las prácticas sociales bajo su mejor luz y propone las modificaciones o ajustes necesarios para que sean coherentes con un sistema de valores democráticos y liberales.⁸

La estructura del presente trabajo será la siguiente: en primer lugar, comenzaré defendiendo la siguiente afirmación: la pena natural constituye un fenómeno diferente del delito. En segundo lugar, enfocándome en las intuiciones que guían a limitar la pena natural a los casos de delitos culposos, propondré que los elementos determinantes son la proporcionalidad entre la *poena forensis* y la *poena naturalis*, y el arrepentimiento del agente, sin que importe si el delito es culposo o doloso. Por último, explicaré por qué el análisis de estos elementos no implica una violación a los principios liberales que rigen el castigo en nuestras sociedades.

1. El delito y su relación con la pena natural

El primer aspecto sobre el que conviene trabajar es la relación entre el delito y la pena natural. En efecto, al distinguirlos y establecer relaciones, estoy haciendo tres afirmaciones que pretendo defender aquí: a) el injusto es distinto de la pena natural; b) ambos están relacionados de manera dependiente, en el sentido de que la pena natural solo existe a partir de un delito, pero no a la inversa; c) la pena natural afecta al cumplimiento de la pena, pero no a la responsabilidad por el hecho. En otras palabras, los casos de pena natural se dan en el marco de la comisión de un delito que debe ser condenado, pero cuya condena no necesariamente implique una pena de prisión; hay responsabilidad por el hecho, pero la pena natural impide o disminuye el castigo legal. Estas afirmaciones son el primer paso que permite avanzar en la elucidación del concepto de la *poena naturalis*.

Jesús-María Silva Sánchez distingue el daño sufrido por el agente, del delito que comete. Esto le permite brindar su definición de pena natural como “un dolor producto del azar, de un caso fortuito o de fuerza mayor, relacionado directamente en términos de causalidad natural con la previa comisión de un delito por parte de quien lo padece”.⁹ Más aún, este autor trata a la pena natural como un equivalente funcional¹⁰ de la pena privativa de la libertad. Esto es, como una alternativa al cumplimiento de la pena de prisión.

⁵ DWORKIN (1986), pp. 65-68.

⁶ DWORKIN (2006), pp. 10-12; DWORKIN (2011), p. 160.

⁷ DUFF (2001), *passim*.

⁸ ROTH (2015), p. 15.

⁹ SILVA SÁNCHEZ (2018), pp. 156-157.

¹⁰ El autor caracteriza este concepto de la siguiente manera: “una institución social o jurídica B es equivalente funcional de otra institucional social o jurídica A cuando ambas coinciden en cumplir una determinada finalidad F”. Esto es importante porque podría permitir la sustitución para evitar los efectos negativos de una institución, es más, podría llegar a ser obligatorio. SILVA SÁNCHEZ (2018), p. 117.

De la misma manera, Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, al definir la pena natural como el “mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de este”, establecen una separación entre el delito y el daño sufrido por el autor, como la necesidad de la comisión de un injusto para que se constituya la pena natural.¹¹ Por su parte, José Antonio Choclán Montalvo también confirma esta distinción, al afirmar que “la *poena naturalis* conduce a una serie de supuestos en los que el autor de un hecho punible, como consecuencia inmediata de su realización y por causas naturales o no jurídicas, ha resultado con un daño grave en su persona o sus bienes”.¹²

De esta manera, una primera afirmación que es posible realizar es que el concepto de pena natural se refiere al daño o sufrimiento que recae sobre el autor con motivo o en ocasión de la comisión de un delito. Este sufrimiento es lo que la caracteriza.

Sin embargo, esta distinción no parece tan clara en la jurisprudencia y en los desarrollos argumentativos de diversos teóricos. Donde más claramente se observa esto es en lo relativo a cuál es la decisión que toman los jueces con respecto al delito que cometieron los sujetos que sufrieron una pena natural. Por un lado, se encuentran sentencias que absuelven al acusado, mientras que, por el otro, hay jueces que deciden condenar a los acusados, pero los eximen del cumplimiento de la pena. El problema es que si un sujeto es absuelto, significa que se lo ha encontrado inocente de los delitos por los que se lo juzgó. Y si esa absolución se fundamenta en la pena natural, quiere decir que es una cuestión que excluye el delito.

La pregunta que debe responderse es cómo los jueces, en los casos de pena natural, llegan a la conclusión de la absolución. De manera particular, en “Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas” (en adelante “Almendras”), se juzgó un caso de homicidio culposo. Los hechos pueden resumirse de la siguiente manera: luego de una práctica de tiro, un grupo de soldados ingresan a la armería para realizar el desarme y limpieza del armamento utilizado. Durante la limpieza, el acusado dispara —sin intención— a la cabeza de su mejor amigo, produciendo su muerte. En el juicio se probó que el acusado cargó con muchísimo sufrimiento por este hecho. Su estado psicológico, según los profesionales en salud mental que lo asistieron, consistía en un cuadro severo de culpa, angustia y depresión, incluso con ideas suicidas. Más aún, en ocasión de utilizar la última palabra en el debate, quebrado en llanto de forma permanente, con un gesto apocado y absolutamente caído, explicó su sufrimiento pasado y actual a partir de haberle dado muerte a su amigo. Es de destacar que la familia de la víctima, de manera inmediata al hecho delictivo, ofreció cobijo al acusado para poder llevar adelante, de manera conjunta, el sufrimiento que les tocaba enfrentar. En ningún momento elevaron acusación en contra del acusado y, con respecto a la reparación civil, ella se dirigió en contra del Ministerio de Defensa.

La decisión del tribunal fue absolver al acusado. Para ello, apelaron a que, frente a esta situación, donde ambas partes reconocen haber vivido una tragedia y la familia de la víctima, lejos de pedir castigo, cobijó y contuvo al acusado, el castigo era totalmente innecesario. En palabra de los jueces:

¹¹ ZAFFARONI *et al.* (2002), p. 996.

¹² CHOCLÁN MONTALVO (1999), p. 1.

“Por tanto, una vez más me pregunto y por ende consulto al honorable Cuerpo que presido lo siguiente: ¿Qué razón humana y, en lo que nos concierne, que fundamente [sic] legal puede tener una pena estatal cuando gestos como el explicado hablan desde la inmensidad del dolor común y, sobre todo, del camino del perdón y del olvido emprendido, camino fundado, paradójicamente, en el amor y recuerdo del ser querido trágicamente desaparecido por la acción de uno de ellos?. Ciertamente no existe fundamento alguno para la sanción penal y claramente sobramos como rama del gobierno requerida en la dilucidación de un conflicto. Y esto es así porque el conflicto es justamente inexistente, aunque cierta y trágicamente real”.¹³

Otro caso donde, apelando a la existencia de una pena natural, se absolvió al acusado es la causa “Barrios”, donde se juzgó al acusado por un robo con arma en grado de tentativa. El acusado ingresó a una heladería y, con una vara metálica, amenazó a los empleados y se dirigió a la caja registradora para apoderarse de todo el dinero. 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, llegando a sufrir fracturas y pérdida de la capacidad visual.

Los argumentos del juez para dictar el sobreseimiento no se limitan a los daños en la salud del acusado, sino también a que tuvo que soportar una prisión preventiva y una extensión irrazonable de los plazos del juicio,¹⁴ sin que se tuviera en cuenta su grave estado de salud:

“No sólo debo considerar, bajo el concepto de “pena natural” que el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico que torna innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena, sino que debo evaluar cómo a [sic] aplicación de un encierro carcelario durante el proceso agravó groseramente su situación personal, generando un sufrimiento innecesario.

Ese plus de sufrimiento no sólo radica en la disminución de la vista, sino que también es relevante considerar que esa imposibilidad de visión binocular (lo que nos permite la visión estereoscópica) ha sido inmediatamente anterior a su detención, por lo que el proceso psíquico de aceptar y adaptarse a esa situación estaba en pleno inicio”.¹⁵

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

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

¹³ Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, “Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas”, 05 de mayo de 2011, pp. 21.

¹⁴ En el ámbito federal argentino, los plazos de investigación y de juicio son muy acotados. En particular, la prisión preventiva tiene un plazo máximo de veinte días. Plazo que se superó ampliamente en este caso, por motivo de las intervenciones médicas que tuvo que soportar el acusado.

¹⁵ Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 15 de la Capital Federal “Causa n° 40124/2018 (5895)”, 27 de septiembre de 2018, p. 18

Cabe recordar nuevamente aquí que la pérdida de la visión completa, indudablemente afectará a Barrios entre otros ámbitos, en su posible desempeño laboral, máxime considerando que sólo cuenta con el ciclo primario completo y que tiene 23 años de edad.

En efecto, el hecho de haberlo encarcelado preventivamente más de dos meses, en una cárcel común, y en las condiciones descritas, implicó un plus de sufrimiento injustificado que, sumado a las lesiones recibidas, y comparado con la entidad de la conducta en juzgamiento, me conduce a tomar la decisión de absolución. Es decir, no es posible, a mi criterio, disponer la aplicación de una pena por mínima que ella fuere, sin legitimar la aplicación de un poder punitivo groseramente desproporcionado”.¹⁶

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

Esta concepción no es nueva y, siguiendo las posturas de los jueces, puede hallar anclaje en la concepción de Eugenio Zaffaroni y Luigi Ferrajoli. El primero construye lo que llama teoría negativa o agnóstica de la pena, que define a la pena como “(a) una coerción, (b) que impone una privación de derechos o un dolor, (c) que no repara ni restituye y (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes”.¹⁷ El segundo es un reconocido defensor de lo que se conoce como derecho penal mínimo. Este modelo sostiene que la única justificación racional del Derecho penal es que permite reducir la cantidad y calidad de violencia en la sociedad. Esto abarca no solo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones ante los delitos.¹⁸

Es posible reconocer que los jueces, al momento de decidir, tenían concepciones similares a las citadas. En el caso “Almendras”, el tribunal expresamente reconoce que su actuación lejos se encuentra de solucionar algún conflicto. En primer lugar, porque el conflicto es inexistente. Los familiares de la víctima, uno de los principales interesados en cómo se dirima el caso, no ven al acusado como alguien que se deba castigar. Por el contrario, desde el inicio le brindaron apoyo y contención ante la tragedia que vivieron. En segundo lugar, porque como jueces, la respuesta que deberían dar —en términos formales¹⁹— sería una condena que aumentara la angustia y la violencia que actualmente estaba sufriendo el acusado.

En el caso “Barrios”, el juez es más enfático en remarcar el carácter negativo, no solo de la pena, sino de la condena. No se limita a la pérdida de libertad. El solo hecho de condenar al acusado impactará de manera negativa en un sinnúmero de situaciones ajenas a las meramente jurídicas (el

¹⁶ Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 15 de la Capital Federal “Causa n° 40124/2018 (5895)”, 27 de septiembre de 2018, pp. 27-28.

¹⁷ ZAFFARONI *et al.* (2002), p. 45.

¹⁸ FERRAJOLI (2010), p. 194

¹⁹ Al plantearlo en estos términos me refiero al marco normativo de primer nivel o las normas penales —por contraposición a los principios— que limita la actuación de los jueces penales a la aplicación de normas. Como se sabe, las normas penales que tipifican los delitos establecen como única consecuencia una pena. De ahí que los jueces no encuentren fundamento para actuar frente a este caso.

juez nombra las laborales) que, sumado a los daños recibidos por parte de los empleados de la heladería, implicarían una pena cruel, inhumana y degradante.

Ahora que conocemos el porqué de la absolución, corresponde analizar cómo se relaciona con la pena natural. Más precisamente, qué papel juega la pena natural en el razonamiento de los jueces. En primer lugar, se observa que en ambas sentencias los jueces reconocen expresamente a los acusados como autores responsables por los delitos imputados:

“[...] no albergó la más mínima duda acerca del injusto imputado a José Alberto ALMENDRAS, resultando ser autor responsable desde el punto de vista personal, histórico y material del suceso materia de reproche, en todo de acuerdo con la imputación formulada de manera congruente por el Sr. Juez de Sección, el fiscal de aquella instancia y su par ante este Tribunal Oral Federal”.²⁰

“[...] el hecho típico ha sido además antijurídico y culpable [...]”²¹

“[...] al igual que ocurre en el proceso penal juvenil, correspondería declarar que Barrios es responsable del hecho aquí atribuido, pero que no es posible dictar una condena que genere nuevos efectos en términos de privación de derechos.”²²

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

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

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

Sin embargo, la postura que propugna la absolución del acusado es claramente contradictoria y, por ende, no puede presentarse como una conclusión válida. No se puede aceptar el razonamiento

²⁰ Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, “Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas”, 05 de mayo de 2011, pp. 21.

²¹ Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 15 de la Capital Federal “Causa n° 40124/2018 (5895)”, 27 de septiembre de 2018, p. 11.

²² Ídem, pp. 27

que afirma que el sujeto culpable de la comisión del delito debe declararse inocente. Hay acuerdo entre los teóricos que la pena natural tiene una relación de dependencia con un injusto o delito. Si el agente es responsable de su comisión, no se puede negar dicha responsabilidad pero si se puede reconocer como un eximente de condena.

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

Estas consideraciones se suman a la pena natural y son las que permiten que los jueces dicten la absolución de los acusados. Si no estuvieran, correspondería que se los declare culpables y se los exima del cumplimiento de la pena²³. Estas dos consecuencias, aunque parezcan similares, solo lo son en que el acusado no cumplirá una condena. Sin embargo, tienen diferencias significativas. Si una persona es condenada —aunque se lo exima de pena— es declarada culpable y así figurará en los registros y archivos. De esta manera, la persona estará impedida —o se le dificultará— realizar actividades que requieran no tener antecedentes y si comete un nuevo delito, será considerada reincidente.

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

Estas conclusiones no afectan aquellos casos que no han llegado a juicio, sino que se ha dictado el sobreseimiento de los acusados durante la etapa de investigación. Las sentencias dictadas en esta etapa se encuadran normativamente en el concepto de excusa absolutoria.²⁴ La doctrina trata bajo

²³ No es mi intención profundizar acerca de la pertinencia o no de las circunstancias que habilitan declarar la absolución de un acusado. Una tarea de esta índole requeriría un trabajo específico ya que tienen una base fáctica diferente y apelan a argumentos distintos. Aquí me limito a reconocer que los jueces no solo apelaron a la pena natural como premisa de su conclusión, sino que además tuvieron en cuenta estas cuestiones atinentes a la negatividad de la declaración de responsabilidad penal.

²⁴ Juzgado Nacional en lo Correccional N° 11 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Causa N° 27074/71, seguida por el delito de lesiones culposas y homicidio culposo —arts. 94 y 84 del Cod. Penal— del registro de Secretaría 71, y respecto de la situación procesal de Osvaldo y Juan Juan”, 28 de marzo del 2000; Juzgado Nacional de 1° Instancia

este concepto a aquellos obstáculos que excluyen o cancelan la punibilidad.²⁵ De esta manera, los jueces no reniegan sobre el hecho y la participación, sino que reconocen que, al haber mediado una pena natural, el culpable del injusto no debería cumplir la condena impuesta.

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

2. Pena natural y su relación con los delitos de imprudencia

Una de las discusiones más recurrentes se encuentra en torno al aspecto subjetivo del delito y su relación con la pena natural. En efecto, el desacuerdo radica en torno a la posibilidad de que los casos de pena natural se den en el marco de delitos dolosos o únicamente cuando estamos frente a delitos culposos. En este punto, la jurisprudencia y la doctrina se muestran más abiertos a esta segunda opción. Así también se observa en las diferentes legislaciones procesales. Sin embargo, esto no quita que existan teóricos y jueces que sostienen la postura contraria.

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

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

El punto 3 explica por qué, a grandes rasgos, la pena natural se encuentra vinculada a daños no queridos por el agente. Más precisamente, el sufrimiento, producto de la comisión del injusto, debe ser consecuencia de un accionar imprudente o culposo. Así lo ha manifestado Choclán Montalvo al caracterizarla como un perjuicio no asumido por el autor como consecuencia de su acción al tiempo de ejecutar el hecho;²⁶ y Silva Sánchez al referirse a ella como una autopunición imprudente.²⁷ Tal vez, la postura que más ejemplifique esto sea la de Günter Jakobs.²⁸ El jurista

en lo Criminal y Correccional Federal, “Bianchi Suárez s/Sobreseimiento”, 01 de febrero de 2012; y Juzgado de Garantías N 8 de Lomas de Zamora, “G. s/Homicidio Agravado por el Vínculo”, 30 diciembre de 2011.

²⁵ ZAFFARONI *et al.* (2002), p. 684.

²⁶ CHOCLÁN MONTALVO (1999), p. 1.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ (2015), p. 268 y SILVA SÁNCHEZ (2018), p. 157.

²⁸ JAKOBS (1992), pp. 1066-1067.

alemán sostiene que la *poena naturalis* puede surgir por imprudencia o ignorancia de prohibición de alguna norma. Quien comete un delito bajo estas circunstancias, puede sufrir un gran pesar que los jueces no pueden desconocer al momento de dictar una condena. Pero también es cierto que las personas reaccionamos de manera diferente ante estas situaciones y puede haber gente que sufra más que otras o no lo manifieste de la misma manera, entre otras razones. Por ello, Jakobs propone el criterio objetivo de limitarlo al sufrimiento por las personas cercanas y a los delitos de imprudencia, es decir, culposos.

A su vez, los códigos procesales que regulan la aplicación de la pena natural la limitan a los delitos culposos, al monto de la pena en abstracto, y haciendo especial referencia al resarcimiento de los daños causados y a la opinión de la víctima del delito²⁹. En este punto, parecería que existe un temor por parte de los legisladores y los doctrinarios a la discrecionalidad judicial³⁰.

Ahora bien, más allá de esta discusión jurídica sobre las razones e intuiciones de habilitar la pena natural únicamente para los delitos culposos, parecería que hay una serie de consideraciones morales en el trasfondo de este problema. En efecto, Alwynne Smart afirma que los delitos premeditados son moralmente peores que los imprudentes y por ello, en los homicidios culposos es donde hay una gran variedad de circunstancias que permiten la atenuación o perdón de la pena.³¹

Sin embargo, autores como Zaffaroni, Alagia y Slokar no realizan esta limitación y habilitan que todo tipo de daño sea considerado pena natural, sin importar si el injusto cometido fue culposo o doloso. Aunque existan muy pocas, en Argentina hay sentencias en los que se ha reconocido una pena natural en el marco de juicios por delitos dolosos.³²

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

²⁹ El clásico ejemplo nombrado es el § 60 del Código Penal de Alemania que habilita la aplicación de la pena natural solo a los delitos sancionados con una pena privativa de la libertad que no sea superior a un año. En Argentina, a nivel procesal es común encontrar limitaciones similares.

³⁰ FIGARI (2012), p. 4.

³¹ Para justificar su postura, la autora apela a dos ejemplos que no son para nada adecuados: un hombre que mata a su esposa de manera premeditada, por dinero; y otro que la mata por un ataque de celos, luego de saber que lo engaña con otro hombre. El homicidio en ambos casos es penado con la pena de muerte. La autora sostiene que el primero es moralmente peor que el segundo. Más aún, mientras más tiempo se prepare un delito, más reprochable es porque tuvo mayor tiempo para evaluar y reconsiderar su accionar. SMART (1968), pp. 345-347. Si bien es posible acordar con que el mayor tiempo de preparación de un delito lo vuelve más reprochable, no se debe dejar de remarcar que los ejemplos escogidos configuran hechos cuya gravedad es difícil de comparar. Sostener que los celos pueden ser considerados una circunstancia atenuante, implicaría aceptar y legitimar el sistema patriarcal imperante en nuestra sociedad. Este sistema organiza nuestras prácticas y posiciona a las mujeres en desventaja con respecto a los hombres. A tal punto es así que pueden ser consideradas propiedad de su marido. Si son asesinadas o golpeadas por no respetar la fidelidad que le deben, pueden habilitar sentimientos de compasión hacia el homicida o golpeador que se reflejen en una atenuación o perdón de la pena, lo que es inaceptable en una sociedad democrática y respetuosa de la autonomía de los sujetos. Para una crítica de esta concepción patriarcal y una defensa de la legítima defensa en situaciones de violencia de género ver HERRERA, SERRANO y GORRA (2021), *passim*

³² 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.

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

2.1 Proporcionalidad entre el delito y los daños sufridos

El discutir y analizar sobre el dolo y la culpa permite reconocer que no hay un acuerdo claro sobre cuándo procede la pena natural, pero también hace patente que hay una serie de elementos paradigmáticos que son aceptados por los participantes de la red conceptual jurídica.³³ Uno de ellos es la proporcionalidad.

En efecto, hay un acuerdo generalizado entre los teóricos continentales y anglosajones acerca de la importancia de la proporcionalidad entre los daños sufridos por el agente y la pena que le correspondería si es condenado por el delito cometido. Zaffaroni, Alagia y Slokar lo hacen explícitamente en su citada definición de pena natural:

“Se llama *poena naturalis* al mal grave que el agente sufre en la comisión del injusto o con motivo de éste, pues de componerse la pena estatal sin referencia a esa pérdida, la respuesta punitiva alcanzaría un *quantum* que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena [...]”³⁴

Lo que remarcan estos autores es que la imposición de una pena estatal, sin tener en cuenta los daños que ha sufrido el agente —la pena natural— generaría una clara violación al principio de proporcionalidad entre el delito y la pena. En otras palabras, el Estado no puede hacer oídos sordos ante las circunstancias que rodean un delito.

Enrique Bacigalupo, si bien no lo dice de manera explícita, al plantear la idea de la compensación destructiva de la culpabilidad,³⁵ reconoce que la pena no puede pasar por alto los daños sufridos, sino que deben ser compensados. De aquí que deba existir una proporción entre el castigo estatal y el sufrimiento del autor; si este último supera al primero, la compensación es completa, de lo contrario es solo parcial.³⁶

³³ Los conceptos del Derecho Penal conforman un lenguaje técnico específico que presentan significados propios dentro de este campo específico. Estos conceptos no funcionan de manera aislada, sino que se encuentran entramados en una red conceptual. Solo aquí es posible conocer su significado y por ello se puede sostener que el lenguaje jurídico es un lenguaje técnico. Muchos de sus conceptos adquieren un significado preciso en la red conceptual jurídica. Por fuera de ella, obtienen otros, pero siempre deben estar entramados. Ver AGÜERO-SAN JUAN (2018), *passim*.

³⁴ ZAFFARONI *et. al.* (2002), p. 996.

³⁵ Para Bacigalupo la culpabilidad puede ser compensada en dos sentidos: una compensación socialmente constructiva de la culpabilidad, que sucede cuando el autor del delito reconoce la vigencia de la norma vulnerada y actúa reparando el daño que ha causado o favoreciendo su propia persecución. El otro sentido 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. Solo estos últimos dan lugar a lo que se conoce como *poena naturalis*. BACIGALUPO (1998), pp. 145-146.

³⁶ BACIGALUPO (1998), pp. 145-146.

El planteo de estos autores tiene sentido y encuentra aceptación porque es un claro presupuesto de la pena natural. Solo reconocemos como pena natural a aquellos daños que son significativos en relación al delito cometido y a la pena estatal que corresponde ante su comisión. Si se nos presenta un caso donde un homicida pretende que se reconozca como pena natural que la víctima le haya dado un golpe que rompió su remera o que lo haya lastimado por un rasguño, todos estaríamos de acuerdo en negar estos hechos como significativos. Si bien los podemos reconocer como daños, estos son insignificantes en relación al delito cometido. Por el contrario, si se nos presenta un caso en que el autor de un robo, como consecuencia de recibir un disparo por parte de otra persona que intenta detenerlo, sufre un cuadro de cuadriplejía, la respuesta será otra. Evidentemente aquí estamos frente a un daño que tendrá efectos durante toda la vida del agente y cuyo sufrimiento sobrepasa con creces la pena establecida en las leyes penales.³⁷ La proporcionalidad en estos casos tiene anclaje en una noción —aunque sea mínima³⁸— de justicia. Aun en los casos en los que no se apela a la pena natural, una condena que exceda con creces la culpabilidad del acusado, sería notoriamente injusta, como también aquella que fuere por demás leve.³⁹

Las situaciones que se observan en los casos de pena natural son bastante más claras cuando están vinculadas a delitos culposos, donde no solo se está ante un delito de imprudencia, sino ante una condena que es mucho menor que la que corresponde si hubiera sido con intención. En efecto, los casos que se conocen de pena natural han tenido como fundamento fáctico que el autor del delito sufrió severos daños en su salud, que han llegado a hospitalizarlo en terapia intensiva y han generado consecuencias sumamente gravosas como una discapacidad o una deficiencia permanente o transitoria;⁴⁰ otros se basan en que el delito imputado tiene como base fáctica el haber causado la muerte del mejor amigo por un error o descuido,⁴¹ o la muerte de un familiar por la imprudencia en el manejo.⁴²

Es particularmente ilustrativo el caso “Espinola”, donde a la acusada se le imputaba el delito de homicidio culposo agravado por la conducción imprudente de vehículo automotor (art. 84, segundo párrafo del Código Penal argentino⁴³). El hecho juzgado fue que la acusada, al intentar

³⁷ Por ejemplo, el Código Penal argentino establece una pena de un mes a seis años de prisión para el delito de robo (artículo 164).

³⁸ Con esto me refiero a una idea de justicia sustentada en algunos presupuestos que no necesariamente encajan en una teoría completa.

³⁹ POLITOFF (1998), p. 11.

⁴⁰ Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Criminal y Correccional Federal, “Bianchi Suárez s/Sobreseimiento”, 01 de febrero de 2012.

⁴¹ Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, “Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas”, 05 de mayo de 2011.

⁴² Juzgado Correccional N° 1 de Bahía Blanca, “Paredes Roberto Marcial S/ homicidio culposo agravado”, 31 de agosto de 2015; Juzgado Nacional en lo Correccional N° 11 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Causa N° 27074/71, seguida por el delito de lesiones culposas y homicidio culposo - arts. 94 y 84 del Cod. Penal - del registro de Secretaría 71, y respecto de la situación procesal de Osvaldo y Juan Juan”, 28 de marzo del 2000; y Juzgado en lo Correccional N° 3 del Departamento Judicial Quilmes, “Causa N° 992/2015 (registrada en la Secretaría única de este Juzgado bajo el N° J-0007259), seguida a Silvia Beatriz Espinola por el presunto delito de homicidio culposo”, 11 de febrero de 2016.

⁴³ Artículo 84 (vigente al momento del hecho): “Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo, causare a otro la muerte.

El mínimo de la pena se elevará a dos años si fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor.”

egresar del garaje con su automóvil, creyendo que estaba en reversa, acelera el vehículo y enviste a su madre que se encontraba cerrando el portón de la casa. A consecuencia del choque, la mujer padeció lesiones de tal entidad que le ocasionaron la muerte.

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

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

“Por las consideraciones y fundamentos dados respecto de la conducta desplegada por Silvia Beatriz Espinola, la encuentro merecedora de un reproche penal que desemboca indefectiblemente en la imposición de una pena. Mas el inconveniente radica en determinar si el monto a imponer se condice con los principios constitucionales de proporcionalidad y culpabilidad, esto es por las especiales circunstancias del caso traído a estudio. Asimismo, la imposición de una pena estatal en casos de extrema gravedad como éste, aparecería como innecesaria ya que las pérdidas y sufrimientos padecidos por la imputada a consecuencia del hecho en sí, trasciende con creces la finalidad misma de la pena”.⁴⁴

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

Ahora bien, en los delitos de imprudencia se observa con más claridad esta relación. Sin embargo, los delitos dolosos no son ajenos a estos efectos. Los ejemplos dados anteriormente no discriminaban entre delitos culposos y dolosos. Más aún, los casos donde se juzga un robo⁴⁵ constituyen ejemplos típicamente dolosos, ya que no existe el robo imprudente. Aquí la proporcionalidad sigue estando vigente, pero lo es porque los daños que sufre el agente son por demás superiores. Los ejemplos y los casos jurisprudenciales hacen mención a serios problemas de salud que afectan significativamente la vida de las personas.

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

⁴⁴ 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, pp. 8-9.

⁴⁵ Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, “Causa nro. 07-02-002086-15, registro interno nro. 4844/5, seguida a Brian Leonel Giménez, en orden a los delitos de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda en grado de tentativa en concurso real con tenencia ilegal de arma de guerra”, 4 de agosto de 2016; y Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 15 de la Capital Federal “Causa n° 40124/2018 (5895)”, 27 de septiembre de 2018.

homicidio agravado por el vínculo y por la participación de un menor de edad (arts. 41 *quater*⁴⁶ y 80 inc. 1⁴⁷ del Código Penal argentino). El caso tiene como acusado a G., por el hecho de haber causado la muerte de su hija de cuarenta y dos días de edad. La acción propiamente dicha consistió en suministrarle alcohol etílico a tal punto de causar una intoxicación que culminó en su deceso. Al momento en que esto sucedió, el acusado se encontraba cuidando al bebé junto con su pareja —la madre del bebé— de diecisiete años de edad.⁴⁸

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

El juez, haciendo eco de esto sostuvo que

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

Entiendo que estas consecuencias del hecho, han perjudicado notablemente la forma de vida de G., por lo que se hace innecesaria la persecución penal, el juicio oral y público, y una posible pena en expectativa”.⁴⁹

Luego, afirmó:

“Entiendo que G. al perder a su pequeña hija, grabó una huella, entendiblemente difícil de superar para cualquier ser humano y a partir de lo sucedido, se encuentra perturbado, con la necesidad imperiosa de trabajar día y noche, para cubrir las necesidades de su hija viva y del pequeño que se encuentra por nacer, atormentándose cotidianamente con el miedo de que a ellos no les suceda nada malo...”⁵⁰

Ahora bien, en este caso los argumentos que se dieron para la aplicación de la pena natural son tres. El primero es la falta de dolo en el obrar del acusado. Como no hubo una acusación subsidiaria por un homicidio culposo, al no encontrarse acreditado el presupuesto intencional del delito, se cae la investigación y corresponde dictar el sobreseimiento. El segundo es el fundamento de la falta de dolo, donde se observan las características individuales y contextuales del acusado: una persona sin formación, de bajo nivel económico y en condición de vida humilde. Por último,

⁴⁶ Artículo 41 *quater*: Cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo.

⁴⁷ Artículo 80: Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1° A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia.

⁴⁸ La edad de la madre explica por qué solo se acusó al padre de la bebé y por qué el hecho es agravado por la participación de un menor.

⁴⁹ Juzgado de Garantías N 8 de Lomas de Zamora, “G. s/Homicidio Agravado por el Vínculo”, 30 diciembre de 2011, p. 4.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 5.

ingresa el dolor y la aflicción de cargar con la muerte de un hijo. El juez es muy claro al sostener que esto no puede ser dejado de lado y, aunque hubiera habido una acusación subsidiaria, el desarrollo de un juicio sería desproporcionado, superfluo e inapropiado.

Los ejemplos dados abordan juicios sobre delitos, en los que las circunstancias que los rodean permiten a los jueces apelar a la pena natural para cancelar la pena estatal. La idea de proporcionalidad entre el sufrimiento y la pena merecida se vuelve patente en cada uno de ellos. De aquí que sea posible afirmar que el dolo o la culpa en el accionar delictual del agente no es determinante para el reconocimiento de la pena natural. Por el contrario, lo que sí es necesario es la proporcionalidad entre el daño recibido *–poena naturalis–* y la pena que correspondería aplicar por la comisión del delito *–poena forensis–*.

El principio de proporcionalidad tiene un lugar fundamental en la teoría comunicativa del castigo. Para empezar, porque tiene un contenido altamente intuitivo que se observa en las reacciones negativas de las personas ante una condena excesiva o insuficiente. Además, es común a toda teoría normativa del castigo que pretenda justificar la pena. En particular, este principio es intrínseco a toda teoría del castigo que busque comunicar al infractor la reprobación de su accionar, ya que determinará qué tan severa será esta reprobación. La severidad del castigo comunica la severidad de la reprobación: a mayor castigo, mayor reprobación.⁵¹ A su vez, este es un principio categórico de justicia que funciona como un requisito para que el castigo sea justo.⁵²

Aunque haya una aceptación general de la importancia de este principio, esto no significa que haya un acuerdo sobre cuál es el contenido de este principio. En efecto, una primera distinción que hay que realizar es entre la proporcionalidad relativa y la absoluta. La primera exige que el castigo a una persona sea proporcional al que se les impuso a otros agentes en circunstancias similares. Condenarlo a una pena más severa es comunicar una reprobación mayor que, para no ser injusta, debe estar justificada. Para encontrar una guía de esta proporcionalidad, hay que apelar al sentido absoluto de proporcionalidad, el cual establece la proporcionalidad de un delito determinado con un castigo determinado. La contraposición con la proporcionalidad relativa es clara: la determinación no es relativa a otros delitos, sino intrínseca a cada delito. Ahora bien, cualquiera que sea la fuerza racional de nuestros razonamientos intuitivos, estos no pueden brindarnos la pena (o escala penal) correcta para cada delito. Solo podemos decir que, en determinados casos la pena impuesta es muy desproporcionada, pero no podríamos afirmar cuándo es absolutamente proporcionada.⁵³

La segunda cuestión problemática respecto de la proporcionalidad surge de la distinción entre optimización y satisfacción. Mientras la primera busca el mejor curso de acción, la segunda busca el curso de acción que sea suficientemente bueno o satisfactorio. A partir de esto, se puede reconocer una visión positiva de la proporcionalidad que busca que los jueces impongan el castigo

⁵¹ DUFF (2001), p. 132.

⁵² DUFF (2001), p. 140.

⁵³ Sin embargo, esto no limita ni corta la discusión sobre la proporcionalidad en el razonamiento práctico. Por el contrario, Duff lo reconoce como una premisa que permite trabajar sobre las escalas ya existentes, que han sido determinadas por contingencias históricas y sociales. En particular, lo que hay que cuidar es que el castigo no supere los límites necesarios para cumplir sus objetivos. Con esto se llega al principio de parsimonia penal, que exige no castigar más severamente que lo estrictamente necesario, lo que permitiría reducir gradualmente las penas para que se adecuen a su fin. DUFF (2001), pp. 133-134.

proporcional; y una visión negativa que identifica el rango de castigos posibles que serían satisfactorios.⁵⁴

En tercer lugar, es posible reconocer que, en lo relativo a su aplicación, hay distintas posibilidades de aplicación del principio de proporcionalidad. Más precisamente, se debe responder a la pregunta sobre qué tan estricto y vinculante debe ser. Duff reconoce tres posibilidades:⁵⁵ a) que sea un principio categórico e irrevocable, que exige que todo castigo sea proporcional y que toda excepción se encuentra prohibida; b) que sea categórico, pero revocable; esto es que todo castigo debe ser proporcional, pero en situaciones excepcionales puede ser dejado de lado por otras consideraciones que justifiquen una condena desproporcionada; o c) pueda ser tratado como una consideración más a tomar en cuenta para la aplicación de la pena, lo cual significaría que la proporcionalidad no tiene un peso mayor que las otras consideraciones, por lo que podría ser dejada de lado.⁵⁶

A partir de esto, corresponde delimitar el concepto teniendo en cuenta los fines de la pena comunicativa. Para empezar, es claro que el principio de proporcionalidad debe ser negativo, en el sentido que no se busca la proporcionalidad del castigo, sino que este no sea desproporcionado. Tal definición admite un rango de posibilidades razonables en las cuales la sentencia no sea injusta. Por otra parte, este principio debe ser relativamente estricto, tal como sugiere la interpretación “b)” ofrecida por Duff. Dado que no es posible determinar todas las penas de todos los delitos de manera estricta, tampoco es posible especificar qué circunstancias son las que admiten una disminución de la pena. Por esto, tanto la proporcionalidad relativa como la absoluta podrían encontrar algunas excepciones en casos particulares, como los casos de pena natural lo demuestran. A su vez, este principio prohíbe todo exceso de pena, en el sentido de volverla desproporcionada; este límite infranqueable impide aceptar el punto “c)” del párrafo anterior.⁵⁷

Una vez ofrecida esta lectura del principio de proporcionalidad, es hora de evaluar si ella nos permite iluminar la desproporcionalidad que se da en la pena natural. Como se afirmó, lo determinante para la *poena naturalis* no es que el delito sea culposo, sino que haya una desproporción entre los daños sufridos por el agente —pena natural— y la pena que le correspondería si fuera condenado a cumplirla —pena estatal—. Sin embargo, la concepción comunicativa se preocupa por la proporcionalidad entre el delito y su pena estatal; pero la pena natural no necesariamente ingresa en ese cálculo de proporción. De aquí que sea necesario construir una noción de proporcionalidad que sea adecuada para pensar la pena natural.

Para realizar este cálculo es necesario recuperar los presupuestos planteados anteriormente. Más precisamente, hay que tener en cuenta que el delito y la pena natural, aunque relacionadas, son dos

⁵⁴ DUFF (2001), pp. 138-139.

⁵⁵ Al abordar este punto, tanto Duff como los demás teóricos que se preocupan por este fenómeno, parecen hablar en términos de generalidad o normalidad. Sin embargo, los casos de pena natural no son generales, sino que son excepcionales. De aquí la clasificación de la proporcionalidad propuesta por Duff: puede ser irrevocable, relativamente irrevocable u opcional. En estos términos de generalidad, es claro que la proporcionalidad se puede ver modificada por buenas razones y entre ellas se encuentra la existencia de una pena natural. Una cuestión aparte es que ante un caso de pena natural, otro que comparta similares características, puede ser reconocido como tal. Esto corresponde a criterios de identificación conceptual que habilita a utilizar razones similares para llegar a decisiones similares.

⁵⁶ DUFF (2001), pp. 139-140.

⁵⁷ DUFF (2001), p. 140.

cuestiones diferentes. Están relacionadas porque, en primer lugar, para la existencia de la pena natural necesariamente debe haber ocurrido un delito o un injusto y, en segundo lugar, en que los sufrimientos y daños constitutivos de la pena natural deben ser significativos, a tal punto que obliguen a tenerlos en cuenta al momento de determinar el castigo penal. Aceptado esto, se puede reconocer que hay tres fenómenos analíticamente diferenciables en alguna vinculación posible entre delito y pena natural: a) el delito, b) los daños o sufrimientos —pena natural— que tienen su causa en la comisión de este delito, y c) las relaciones que se dan entre estos niveles.

Una vez tomadas en cuenta tales distinciones, es posible elaborar una justificación de la proporcionalidad en la pena natural. Para ello, voy a distinguir dos niveles del principio de proporcionalidad:⁵⁸ el primero se divide en dos partes, una que se preocupa por el delito y otra que se preocupa por los sufrimientos; el segundo nivel permite comparar y evaluar qué tiene más peso o importancia, si el sufrimiento o la pena.

En la primera parte del primer nivel (delito) las ideas de proporcionalidad relativa (relación entre distintas condenas entre delitos con circunstancias similares) y absoluta (relación entre los delitos y sus penas) juegan un rol central. El ejemplo de los dos homicidas ilustra la proporcionalidad relativa; por su parte, la proporcionalidad absoluta refiere a que un delito como una lesión leve (que abarca aquellos golpes en el cuerpo que no afecten de manera significativa nuestra salud, como una cachetada o una trompada) tenga una pena mucho menor a la de un homicidio.

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

El segundo nivel es aquel que abarca las dos partes del nivel anterior. Aquí, la proporcionalidad permite comparar y evaluar qué sufrimiento o pena tiene más peso o importancia: la pena natural o la legal. De esta manera, si la última es menos seria que el sufrimiento, entonces se debe correr el foco del delito y ponerlo en el sufrimiento. Pero hay delitos serios que no pueden dejarse de lado. Aquí es donde entra en juego la mitigación de la pena.⁵⁹

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

⁵⁸ Con esto no estoy afirmando que el principio de proporcionalidad tenga diferentes valores en cada nivel o que cada nivel es una entidad aparte o diferente del principio. Por el contrario, esto es una distinción analítica que permite su aplicación a los casos de pena natural, ya que habilita pensar los daños y sufrimiento y su relación con la pena legal.

⁵⁹ DUFF (2007), p. 369.

A su vez, en este nivel se pueden llegar a dos resultados: a) reconocer que los daños o sufrimientos son iguales o mayores que la pena legal, por lo que no corresponde la aplicación de esta última; b) que los sufrimientos sean significativos, pero que no opaquen la pena legal, por lo que corresponde una atenuación de esta última.⁶⁰ De esta manera, la decisión sería respetuosa con el principio de proporcionalidad en sus dos niveles.

El sufrimiento no cancela el delito. Puede haber situaciones en las que el sufrimiento sea mucho mayor que el delito, tal como los casos de homicidios culposos analizados anteriormente, donde el sufrimiento es tal que se debe dejar de lado el delito y su pena estatal; pero hay otros en los que el sufrimiento no alcanza a estos niveles, y solo permite una mitigación de la pena. Aquí encontramos casos como “Paredes” donde el juez decide condenar a la pena de inhabilitación para conducir, dejando de lado la pena privativa de libertad que ordena el código penal.⁶¹ Por su parte, en “Zeni”, se debía resolver un recurso de casación en contra de una sentencia condenatoria. Uno de los jueces, apelando a la existencia de una pena natural, propuso disminuir la pena establecida, pero sin perforar el mínimo establecido en la legislación penal. Para ello, se basó expresamente en el principio de proporcionalidad.⁶²

En concreto, distinguir estos niveles de proporcionalidad permite reconocer cuándo se da la desproporción entre el sufrimiento y la pena legal. Con esto se puede determinar si se está ante una pena natural y, en su caso, cómo impacta en la pena del agente. Puede suceder que el sufrimiento sea mayor que la pena legal, o que, aunque significativo, no opaque la pena legal.

2.2 Arrepentimiento

El segundo elemento que es necesario abordar es el arrepentimiento.⁶³ Este tiene una función de vital importancia en la pena natural, ya que en las argumentaciones judiciales tiene un rol fundamental y decisivo para la disminución o cancelación de la pena. Esto es así porque no solo es necesario que haya una desproporción entre el sufrimiento y la pena estatal, sino que debe observarse que el acusado se encuentre arrepentido de su accionar.

Una primera observación que surge al abordar esta cuestión es que no nos parece igual el caso de un sujeto que cometió un delito y se arrepiente que el caso de un agente que, luego de cometer un

⁶⁰ Duff propone un ejemplo extra legal que permite realizar un paralelismo con los casos legales. El caso es sobre una persona A que le produce un mal medianamente serio a su amigo, B. Cuando B va a confrontar a A y reclamarle por esto, A le cuenta que su esposa falleció. En esta circunstancia, sería inhumano por parte de B continuar con el reclamo sin que importe la situación de A. Ante esta situación, Duff sostiene que la noción de proporcionalidad tiene un rol fundamental. Si el daño sufrido es menor que el sufrimiento del causante del daño, entonces no corresponde anteponerlo. Pero hay situaciones en las que esto no es así. Lo que el autor remarca es que, la respuesta más natural ante el amigo que está sufriendo –y me ha causado un mal– no es disminuir su sufrimiento, sino dejar de lado el reclamo que le iba a realizar, o en todo caso, moderarlo. DUFF (2007), pp. 366 – 367.

⁶¹ Juzgado Correccional N° 1 de Bahía Blanca, “Paredes Roberto Marcial S/ homicidio culposo agravado”, 31 de agosto de 2015.

⁶² 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.

⁶³ Soy consciente que abordar el rol del arrepentimiento en el derecho penal es una tarea que excede por demás las pocas páginas que le dedico en este trabajo. Aquí me limitaré a dar una caracterización que permita explicar por qué el arrepentimiento es un elemento fundamental del concepto de pena natural.

delito no acepta su obrar incorrecto y continua su vida sin modificar sus prácticas o su carácter.⁶⁴ Este arrepentimiento no consiste en su mera enunciación, sino que debe plasmarse en acciones concretas, tales como la reforma del carácter del agente, intentar reparar el daño causado a la víctima y con ello reconciliarse con ella y/o la sociedad.

Es claro que la reparación del daño y la reconciliación no pueden ser exigencias *sine qua non*. Por un lado, hay delitos o injustos que simplemente no admiten reparación o cuyo daño es inconmensurable, tal como una muerte ¿Cómo se repara la muerte de un ser querido? Es una pregunta que lejos se encuentra de ser respondida, por lo menos en términos generales, porque los criterios a tener en cuenta se muestran inabarcables por una argumentación clara y racional. Por otro lado, el concepto de reconciliación se encuentra constituido por: a) una relación previa, ya sea de amistad, de pareja, institucional o —más general— una relación social basada en la confianza; b) la ruptura de esa relación ya sea por culpa de uno, algunos o todos los que son parte de esta relación; c) el reconocimiento del error por parte de los que obraron mal; d) el perdón de la parte ofendida; y e) el restablecimiento de la relación. Ahora bien, el valor deóntico que tiene la reconciliación es facultativo; resulta complicado pensar una situación donde el agente se vea obligado a reconciliarse con su ofensor. Por el contrario, reconocemos que hay ciertas ofensas que son claramente imperdonables⁶⁵ o, cuando se cumplen los puntos a) a d) (es decir, cuando hay un reconocimiento del error y un perdón por parte del ofendido) la relación ya no puede restablecerse porque la confianza se ha quebrado.

Ahora bien, esto no quita importancia al perdón. Por el contrario, este tiene una función esencial en el arrepentimiento; tan es así que, si no se logra el perdón interpersonal —de la víctima o de los afectados por la comisión del injusto— es necesario que el agente se auto-perdone. El auto-perdón es un proceso teleológico por el cual hacemos las paces con nosotros mismos por los errores cometidos, lo cual es esencial para mantener nuestra agencia moral. Luego de realizar una acción moralmente incorrecta, es necesario reconocer y aceptar nuestras imperfecciones, y perdonarnos por ello. Esto no significa crear excusas o racionalizar nuestros errores, ni caer en la resignación, sino que implica una actitud optimista para cambiar nuestras acciones y carácter. Este cambio surge de reconocer que mi acción incorrecta tiene como causa mi carácter personal, comportamientos o disposiciones actitudinales.⁶⁶

Como afirma Nancy Snow, el auto-perdón puede presentarse como el “segundo mejor” o subsidiario al perdón intersubjetivo, cuando este último no se puede lograr y es necesario recuperar la capacidad de ser un agente moral luego de haber dañado a otros. De aquí que el perdón se encuentre profundamente relacionado con el arrepentimiento, pero no necesariamente debe encontrarse logrado por la persona; puede suceder que el accionar incorrecto sea de tal gravedad que el mismo agente se niegue a perdonarse, aunque el resto de las personas lo haga.⁶⁷ Un claro ejemplo es el que sucedió en la causa seguida a Espinola, donde ella es acusada por haber atropellado a su madre que se encontraba cerrando el portón de su garaje. De la misma manera, en muchas causas judiciales cuando al agente se le acusa el haber sido responsable de la muerte de

⁶⁴ SMART (1968), p. 357.

⁶⁵ Más aún, al momento de pensar el perdón, inmediatamente se lo reconoce como una virtud. El agente que puede perdonar es considerado virtuoso o, cuanto menos, que ha obrado de una manera que exigió rectitud de carácter.

⁶⁶ SNOW (1993), pp. 75-77.

⁶⁷ SNOW (1993), pp. 79-80.

un familiar o un amigo, se repite esta situación: mientras su entorno lo perdona, él no. De aquí que, la generalidad de las veces, se encuentre bajo tratamiento psicológico y psiquiátrico que lo ayuda a afrontar esto.⁶⁸

Dejado en claro esto, también se puede reconocer que el concepto de arrepentimiento tiene una clara relación de familia con el concepto de remordimiento; este está compuesto por dos aspectos: el cognitivo, que es el reconocimiento de haber obrado mal; y el emocional, que es el sentimiento de culpa, el peso de esa obra sobre la conciencia. Esto conlleva el cambio de perspectiva del agente por el de la víctima dañada, del orden vulnerado o de ambos. Si no sucediera esto —y el agente mantuviera su punto de vista— entonces tendería a construir una autojustificación que lo tranquilice moralmente.⁶⁹ En otras palabras, el remordimiento solo se hará presente si el agente puede figurarse el daño que ha cometido y lo reconoce y valora de manera negativa.⁷⁰

De esta manera, el concepto de arrepentimiento se encuentra conformado por el reconocimiento de haber obrado mal, de manera incorrecta o —en términos jurídicos—antijurídicamente. Este reconocimiento tiene como consecuencia el sentimiento de culpa y por lo tanto, el arrepentimiento propiamente dicho. En otras palabras, estar arrepentido implica la cancelación del orgullo o de la autojustificación de ese obrar, y la aceptación que la acción cometida era incorrecta y por lo tanto no debió haber sido realizada.

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

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

⁶⁸ Con esta afirmación no intento restarles valor a las normas procesales relativas al principio de oportunidad donde, si la víctima expresa su voluntad de no querer continuar con el juicio, este se termina con la libertad del acusado. Esto es un ámbito totalmente diferente y obedece, no al concepto de pena natural, sino a una cuestión de oportunidad. Es claro que algunas situaciones caracterizables como pena natural, lleguen a la cancelación del juicio en razón del perdón de la víctima. Pero esto es equiparable con que la parte acusadora —el fiscal— tome la misma decisión por las mismas razones o porque, simplemente, no tiene pruebas suficientes o no le parece que el delito cometido sea de entidad suficiente para ser juzgado.

⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ (2018), pp. 131-132.

⁷⁰ El poder tomar la perspectiva de la víctima es esencial ya que esto permite diferenciarlo de otra emoción como la vergüenza, donde el agente toma la perspectiva de un observador social del hecho. SILVA SÁNCHEZ (2018), pp. 131-132.

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

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

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

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

“la relación ahora invocada como profunda fue sistemáticamente negada y rechazada por Benítez durante el transcurso del debate oral a punto tal que sobre ella se cimentó toda su estrategia defensiva, por consiguiente, aparece inverosímil asignar tal entidad a la relación a los efectos de aminorar la pena.

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

En efecto, en este punto el Tribunal afirmó [...] que [...] se ha probado [...], que la joven Elizabeth Tamay había sido registrada por la policía como alternadora en la whiskería ‘Las Palmeritas’ en el mes de agosto de 2010, fecha que coincide con aquélla en que se fue de su casa [...] La tortuosa relación que, según explicaron sus padres, ‘Eli’ mantenía con el imputado Benítez la ubica por cierto en una situación de sometimiento a este y de vulnerabilidad que resulta impropia de una conducta como la que reclama el objeto de las presentes [...]”⁷¹

⁷¹ Cámara Federal de Casación Penal, “Benítez, Rafael Salvador s/recurso de casación”, 1 de septiembre de 2015, pp. 24 – 25.

Recapitulando, los jueces tuvieron acreditados los siguientes extremos: en primer lugar, que Tamay y Benítez convivían en la vivienda donde se produjo la explosión; que esa relación estaba marcada por la dominación patriarcal de Benítez, en cuanto constantemente sometía a Tamay mediante violencia física y psicológica; esto se ve acrecentado por la marcada diferencia de edad entre ambos (cuarenta y siete años, él y veinte, ella) y el pasado de Tamay como víctima de trata de personas; a su vez, los jueces destacan que en todo el juicio Benítez negó constantemente la relación con Tamay, afirmando que estaba casado y tenía seis hijos, es recién al momento de presentar el recurso de casación que —de manera totalmente contradictoria— admite esta relación y alega un profundo sufrimiento por la muerte de su pareja.

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

Otra cuestión a tener en cuenta es que el arrepentimiento por sí solo no puede constituir una pena natural. Deben encontrarse acreditados los demás requisitos, como el sufrimiento, la proporcionalidad y la comisión de un delito o injusto. Un caso realmente ilustrativo de esto es “Braslavsky” en el que la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal resolvió un recurso de casación en contra de la sentencia que condenó a Luis Alberto Braslavsky a la pena de diecisiete años de prisión por haber asesinado a su esposa de un disparo, frente a sus dos hijos menores de edad. La defensa pidió que se tuviera en cuenta el arrepentimiento inmediato del condenado, su colaboración brindada durante el proceso al confesar su delito y que, de manera voluntaria, hubiera comenzado tratamiento psicológico. Sin embargo, los jueces no acordaron con esto porque estas acciones no son suficientes en relación a la gravedad del hecho, por lo que no alcanzan para considerar irrazonable la condena.⁷²

Los conceptos de arrepentimiento y proporcionalidad son fundamentales para pensar el castigo como empresa comunicativa. Para Duff el castigo penal es una pena que se impone a una persona por haber cometido un crimen, con la cual se espera que se arrepienta de su accionar delictivo, comience a reformarse y se reconcilie con la víctima. Estos son los objetivos del castigo que se encuentran profundamente vinculados con el arrepentimiento *qua* requisito de aplicación de la *poena naturalis*.⁷³

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

⁷² Cámara Federal de Casación Penal – Sala IV, “Braslavsky, Luis Alberto s/ recurso de casación”, 22 de abril 2013.

⁷³ DUFF (2001), p. 106.

arrepentimiento, el castigo tiene como finalidad hacer que los condenados sufran lo que merecen sufrir: el dolor del arrepentimiento.⁷⁴

Ahora bien, ante esto surge la inevitable pregunta sobre por qué deberíamos comunicar el castigo por medio de la prisión y no por otros, como una declaración pública o un castigo simbólico.⁷⁵ La respuesta de Duff es que esto tiene fundamento en el reconocimiento de la falibilidad moral de los seres humanos, por un lado, y en la naturaleza del arrepentimiento, por el otro. Cuando actúo mal, es muy fácil distraerme de ese hecho apelando a una disculpa inmediata que parezca que estoy arrepentido de hacerlo, cuando en realidad no lo estoy y tampoco reconocí seriamente mi conducta incorrecta. El arrepentimiento, al menos en los delitos más graves, no puede ser inmediato, sino que requiere una reflexión interna más profunda, que el agente ocupe su atención, sus pensamientos y emociones en su accionar por un tiempo considerable.⁷⁶

Como consecuencia del arrepentimiento surge la reforma del carácter. De manera más precisa, aquí corresponde hablar de un compromiso de auto-reforma, toda vez que un sistema penal liberal no puede ponerse como objetivo la modificación del carácter de los agentes. Si reconozco y me arrepiento de mis acciones incorrectas, entonces debo evitar reiterarlas en el futuro. El castigo tiene como objetivo la reforma del agente, no como un objeto de nuestros deseos acerca de cómo debería ser, sino para persuadirlo de que necesita cambiar. Además, el arrepentimiento no involucra tanto el cómo debo cambiar, sino más bien el qué debo cambiar (qué tipo de cambio debo hacer en mis actitudes, comportamientos y cómo debo hacerlos).⁷⁷

Por último, la reconciliación es aquello que el agente arrepentido busca con quien ha dañado con su accionar. A su vez, el objetivo de esto es que el agente siga siendo y sea visto como un ciudadano. La reconciliación necesita, además, un pedido de disculpas; y en algunos delitos más graves, no basta con un pedido verbal, sino que necesita de penitencia punitiva (castigo). Ahora bien, si los castigos penales no son elegidos por el agente sino que son impuestos ¿Cómo puede ser pensada la pena como una disculpa? Parte de la respuesta es que, a diferencia de una disculpa dada en un ámbito privado —donde interesa que sea una disculpa sincera—, la pena es una disculpa más formal que no necesariamente requiere de sinceridad. Más precisamente, no podemos poner el foco en la sinceridad, sino con que pague la pena de disculpas y reparación.⁷⁸

Como se afirmó, la reparación del daño y la reconciliación no pueden ser exigencias *sine qua non*, de aquí que el castigo será legítimo si tiene como objetivos —entre otros requisitos, como la

⁷⁴ DUFF (2001), p. 107.

⁷⁵ Esto no significa que el único castigo posible sea la pena privativa de la libertad en una prisión. Por el contrario, la teoría comunicativa reconoce que existen otras alternativas que funcionarían mejor para cumplir sus fines como como la reparación del daño o su compensación, los servicios comunitarios, etc. Sin embargo, como afirma Tasioulas el castigo debe evidenciar, apropiadamente, la sinceridad de nuestra condena, precisamente porque es lo que el delincuente merece como reproche de su conducta. Esto no significa caer en una venganza. Hay distinguir entre retributivismo y venganza. Este último implica un derecho penal de autor, mientras que el primero de acto. TASIIOULAS (2006), pp. 296 – 297.

⁷⁶ DUFF (2001), pp. 107 – 108.

⁷⁷ DUFF (2001), pp. 108 – 109.

⁷⁸ DUFF (2001), pp. 109–111.

proporcionalidad, legalidad y autoridad de quien lo ordena— el arrepentimiento y la reforma del carácter del condenado.⁷⁹

A partir de esta caracterización se puede afirmar que el arrepentimiento, en cuanto requisito de la pena natural, no se puede limitar a una simple enunciación o un acto inmediato que sirva para ocultar o distraer por esta conducta. Por el contrario, debe ser un arrepentimiento real y aquí es donde surge un fundamento del castigo penal: que el agente ocupe su atención, sus pensamientos y emociones en su accionar, por un considerable tiempo. Como consecuencia del arrepentimiento surge la reforma o autoreforma del carácter. Al reconocer y arrepentirse de las conductas incorrectas, el agente acepta que debe evitarlas en el futuro modificando su carácter. Con respecto al perdón, si bien no puede ser exigido a la víctima, tiene una importancia fundamental para pensar la finalidad del castigo penal. Como se afirmó anteriormente —citando a Nancy Snow—, si no se logra el perdón interpersonal es necesario que el agente se auto-perdone para que pueda mantener su agencia moral (requisito ineludible de toda perspectiva liberal). Este perdón surge de reconocer que la acción incorrecta tiene como causa el carácter personal, comportamientos o disposiciones actitudinales del propio agente que deben modificarse.

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

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

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

⁷⁹ DUFF (2001), p. 111.

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

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

La salida de esta tensión se encuentra en el “enganche” que tienen estas circunstancias con el hecho delictivo. Es Silva Sánchez quien da luz sobre esta cuestión al afirmar que la *poena naturalis* tiene una función comunicativa en cuanto tiene una vinculación *ex post* con el hecho del agente y no es imprevisible *ex ante*.⁸⁰ En efecto, estas circunstancias son tenidas en cuenta porque tienen una clara vinculación con el delito. Esta respuesta es insuficiente: que haya una conexión necesaria no implica que deba ser tenida en cuenta. Al momento de juzgar un homicidio, que el agente haya o esté sufriendo por su accionar no impacta en la existencia del homicidio; efectivamente, el homicidio ocurrió y el estado anímico del homicida al momento de la sentencia no modifica tal hecho. Esto es así porque, precisamente, cuando hablamos de pena natural, no nos referimos al delito; este existe y hay un responsable. El asunto donde la pena natural ingresa como razón es que el homicida no pueda ser condenado a la pena establecida en la ley. Así, el problema de la pena natural se relaciona con la pena, con el castigo. La pena natural afecta al cumplimiento de la pena, pero no a la responsabilidad por el hecho.

Dado esto, la contradicción con el Estado liberal se muestra como únicamente aparente. La pena natural no afecta al análisis del delito sino a la condena del acusado. Ahora bien, la legislación, los juristas y los jueces apelan a las condiciones personales del acusado para determinar la pena en el caso concreto y estos son aspectos fundamentales de la culpabilidad y la lesividad de la conducta. Más aún, al momento de observar las normas en las que se apoyan los jueces y los teóricos para afirmar que se está ante un caso de pena natural, los principios⁸¹ de proporcionalidad entre delito y pena, y de humanidad, ocupan un lugar central.⁸² Esto es así porque imponer una condena estatal

⁸⁰ SILVA SÁNCHEZ (2018), p. 141.

⁸¹ No es mi intención ingresar al análisis del estatus conceptual de los principios jurídicos. Baste aquí caracterizarlos como lo hizo Dworkin, a saber: 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 peso de cada uno en la situación particular. DWORKIN (1978), pp. 22-28.

⁸² SERRANO (2021), pp. 336-340. En este punto, si bien se afirma que existen dos respuestas diferentes (FIGARI (2012), p. 2 y BOBADILLA (2016), p. 560), caracterizadas como la compensación de culpabilidad que defiende BACIGALUPO (1998), por un lado, y la aplicación de los principios de legalidad, proporcionalidad y racionalidad

sin tener en cuenta el daño que ha sufrido el acusado implicaría un exceso en la pena, una desproporción entre el delito cometido y la condena que le corresponde. Más precisamente, esto demostraría una irracionalidad del poder punitivo en tanto solo buscaría castigar.⁸³

Estos principios se ubican en el marco de la teoría del castigo y no en la teoría del delito. Por esta razón, superan la crítica que se hizo 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 delinquirido —o ha cometido un injusto— y eso no se discute, el problema está en cómo impacta este sufrimiento en la pena legal.

Estos principios, 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”.⁸⁴

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

Conclusiones

El objetivo principal que guió este trabajo fue la reconstrucción racional del concepto de pena natural en la doctrina y la jurisprudencia. Para ello, se esclarecieron los elementos esenciales que comparten los casos de pena natural. Realizada esta tarea, se puede afirmar que el concepto de pena natural hace referencia a los daños y sufrimientos que recaen sobre el autor de un delito o injusto, que tienen como causa a este último. Estos daños (o sufrimientos) no cancelan el delito, sino que constituyen otra dimensión analíticamente diferenciable. A su vez, deben ser de tal entidad que, de aplicarse la pena establecida en la ley, la condena sería desproporcionada. Es necesario que el agente sobre el que recae este daño (o sufrimiento) se encuentre arrepentido de su accionar.

que defienden ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR (2002), por el otro. Es posible reconocer una tercer, que afirma que la clemencia o la compasión judicial es el fundamento de la pena natural. Aquí se encuentran RUIZ MIGUEL (2018), *passim*; LARIGUET y SAMAMÉ (2017), *passim*.

⁸³ ZAFFARONI *et al.* (2002), p. 996

⁸⁴ BECCARIA (2015), pp. 33-34.

Bibliografía citada

- AGÜERO-SAN JUAN, Sebastián (2018): “¿Qué involucra un análisis conceptual en red? Alcances de una imagen strawsoniana para la teoría del derecho” en: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho (N°41), pp. 101-119.
- BACIGALUPO, Enrique (1998): “Principio de culpabilidad, carácter del autor y poena naturalis en el derecho penal actual” en: OUVIÑA, Guillermo (comp.) Teorías actuales en el derecho penal, 75° Aniversario del Código Penal (Bs. As; Editorial Ad-Hoc), pp. 131 – 152.
- BACIGALUPO, Enrique (2016): Derecho penal. Parte general (Buenos Aires, Hamurabi).
- BECCARIA, Cesare (2015): Tratado de los delitos y de las penas (Madrid, Universidad Carlos III de Madrid).
- BOBADILLA, Carlos (2016): “La ‘pena natural’: fundamentos, límites y posible aplicación en el derecho chileno” en: Política criminal (Vol. 11 N° 22), pp. 548-619.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio (1999): “La pena natural” en: La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, año XX, N° 4797, Madrid, pp. 1–5.
- DUFF, Antony (2001): Punishment, communication and community (Oxford, Oxford University Press).
- DUFF, Antony (2007): “The intrusion of mercy” en: Ohio State Journal of Criminal Law (N° 4), pp. 361-387.
- DWORKIN, Ronald (1978): Taking Right Seriously (Cambridge, Harvard University Press).
- DWORKIN, Ronald (1986): Law’s Empire, (Cambridge, Harvard University Press).
- DWORKIN, Ronald (2006): Justice in robes (Cambridge, Harvard University Press).
- DWORKIN, Ronald (2011): Justice for hedgehogs (Cambridge, Harvard University Press).
- FERRAJOLI, Luigi. (2010): Democracia y garantismo, 2ª ed. (Edic. de Miguel Carbonell, Madrid, Editorial Trotta)
- FIGARI, Ruben (2012): “Sobre la pena natural. Aciertos e inconveniencias. Comentario al fallo ‘G. s/Homicidio Agravado por el Vínculo’” en: IJ Editores – Argentina (IJ-LXIV-719, 31-05-2012).
- HERRERA, Hernán; SERRANO, Manuel Francisco; GORRA, Daniel Gustavo (2021): “Legítima defensa y violencia de género en situaciones no confrontacionales. Un estudio de la doctrina y la jurisprudencia argentina” en: Cadernos de Dereito Actual (N° 16), pp. 70-99.
- JAKOBS, Günter (1992): “El principio de culpabilidad” en: Anuario de derecho penal y ciencias penales (Trad. Manuel Cancio Meliá Tomo XLV, Fascículo III), pp. 1051-1083.
- LARIGUET, Guillermo; SAMAMÉ Luciana (2017): “El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial” en: AMAYA, Amalia; DEL MAR, Maksymilian; HADDAD BERNAT, Pedro Humberto; LARIGUET, Guillermo; NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón y SAMAMÉ, Luciana. Emociones y virtudes en la argumentación jurídica (México, Tirant lo Blanch), pp. 81-103.
- POLITOFF, Sergio (1998): “Fines de la pena y racionalidad en su imposición” en: Ius et Praxis (vol. 4, núm. 2), pp. 9-16.
- ROTH, Laura (2015): “El derecho penal de una comunidad política democrática” en: DUFF, Antony. Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad (Trad. Horacio Pons, Bs. As.: Siglo Veintiuno Editores), pp. 13-23.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (2018): “Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)” en: InDret Revista para el análisis del derecho (N° 2), pp. 1-25.

- SERRANO, Manuel Francisco (2021): “La discusión en torno al estatus jurídico conceptual o naturaleza jurídica de la pena natural (*poena naturalis*)” en: *Cadernos de Dereito Actual* (N° 16), pp. 322-344.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2015): *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena* (Buenos Aires, B de F editores).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2018): *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal* (Barcelona, Atelier Libros Jurídicos).
- SMART, Alwayne (1968): “Mercy” en: *Philosophy* (N° 43 (166)), pp. 345-359.
- SNOW, Nancy (1993): “Self-forgiveness” en: *The Journal of Value Inquiry* (N° 27, 1), pp. 75-80.
- TASIOULAS, John. (2003): “Mercy” en: *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series* (Vol. 103), pp. 101-132.
- TASIOULAS, John (2006): “Punishment and Repentance” en: *Philosophy*, (N° 81), pp. 279-322.
- VITALE, Gabriel (1998): “Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal” en: OUVIÑA, Guillermo. *Teorías actuales en el derecho penal, 75° Aniversario del Código Penal* (Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc), pp. 71-130.
- ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA Alejandro; SLOKAR, Alejandro (2002): *Derecho penal. Parte general* (Buenos Aires, Editorial Ediar).

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 IV, “Braslavsky, Luis Alberto s/ recurso de casación”, 22 de abril 2013.
- Cámara Federal de Casación Penal, “Benítez, Rafael Salvador s/recurso de casación”, 1 de septiembre de 2015.
- Cámara Nacional de Casación Penal - Sala IV, “Zeni, Cristian Maximiliano s/recurso de casación”, 4 de octubre de 2010.
- Juzgado Correccional N° 1 de Bahía Blanca, “Paredes Roberto Marcial S/ homicidio culposo agravado”, 31 de agosto de 2015.
- Juzgado de Garantías N 8 de Lomas de Zamora, “G. s/Homicidio Agravado por el Vínculo”, 30 diciembre de 2011.
- Juzgado en lo Correccional N° 3 del Departamento Judicial Quilmes, “Causa N° 992/2015 (registrada en la Secretaría única de este Juzgado bajo el N° J-0007259), seguida a Silvia Beatriz Espinola por el presunto delito de homicidio culposo”, 11 de febrero de 2016.
- Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Criminal y Correccional Federal, “Bianchi Suárez s/Sobreseimiento”, 01 de febrero de 2012.
- Juzgado Nacional en lo Correccional N° 11 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Causa N° 27074/71, seguida por el delito de lesiones culposas y homicidio culposo - arts. 94 y 84 del Cod. Penal - del registro de Secretaría 71, y respecto de la situación procesal de Osvaldo y Juan Juan”, 28 de marzo del 2000.
- Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, “Causa nro. 07-02-002086-15, registro interno nro. 4844/5, seguida a Brian Leonel Giménez, en orden a los delitos de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda en grado de tentativa en concurso real con tenencia ilegal de arma de guerra”, 4 de agosto de 2016.

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

Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, “Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas”, 05 de mayo de 2011.